

Etudes de droit suisse

Editées par Heinz Hausheer, docteur en droit
Professeur em. à l'Université de Berne



Hüseyin Murat Develioğlu
Docteur en droit

Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement

Etude de droit suisse et de droit turc

Exemplaire universitaire hors commerce



Stämpfli Editions SA Berne · 2006

Hüseyin Murat
Develioğlu

Les garanties indépendantes examinées à la lumière des
règles relatives au cautionnement

Etudes de droit suisse

Nouvelle série

Fondées par le professeur Max Gmür †,
continuées par les professeurs Theo Guhl †
et Hans Merz †

Editées par

Heinz Hausheer

Professeur em. à l'Université de Berne
Docteur en droit
Docteur honoris causa en droit



Stämpfli Editions SA Berne · 2006

Hüseyin Murat Develioğlu

Docteur en droit

**Les garanties indépendantes
examinées à la lumière des
règles relatives au cautionnement**

Etude de droit suisse et de droit turc



Stämpfli Editions SA Berne · 2006

RÉSUMÉ

Le cautionnement et la garantie indépendante sont deux contrats qui constituent l'un et l'autre une sûreté personnelle. Ils ont pour objet et pour but de garantir à un créancier l'exécution de la prestation due par le débiteur, cela le plus souvent dans le cadre d'une convention. Dans la pratique des affaires, s'il est difficile de tracer la limite entre un cautionnement et une garantie indépendante, il est toutefois nécessaire de le faire car le cautionnement est un contrat réglé de manière détaillée par le législateur alors que la garantie indépendante ne l'est pas ; elle est laissée à la liberté contractuelle. Cela pose donc souvent le problème de la délimitation des deux institutions et de leur qualification. Dans ce travail, les deux contrats ont été examinés surtout sous l'angle de leurs convergences et divergences, ainsi que du point de vue des règles d'interprétation susceptibles de permettre leur qualification. Enfin, les droits et obligations des parties à l'un et à l'autre des contrats sont étudiés de façon comparée, sous l'angle des droits suisse et turc.

Information bibliographique de Die Deutsche Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie;
les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse
<http://dnb.ddb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2006

Réalisation intégrale:
Stämpfli Publications SA, Berne
Printed in Switzerland

ISBN 3-7272-0459-1

REMERCIEMENTS

Je prie Monsieur le Professeur Sylvain Marchand de bien vouloir trouver ici l'expression de ma profonde reconnaissance pour ses précieux conseils et pour l'ouverture d'esprit dont il a fait preuve à chaque fois que la matière se révélait difficile. Mes remerciements vont également à Monsieur le Professeur Pierre Wessner pour sa disponibilité et sa promptitude à répondre à toutes les questions que je lui ai posées. Enfin, je tiens remercier Monsieur le Professeur Halûk Burcuoğlu pour le goût du raisonnement juridique qu'il m'a donné pendant mes études à l'Université de Galatasaray.

Je remercie également mes amis Marie Finger qui m'a toujours aidé lors de la rédaction de ma thèse, Noémie Helle qui a accepté de la relire entièrement et d'y apporter certaines corrections grammaticales et stylistiques ainsi que Valentin Rétornaz pour les discussions juridiques que nous avons eues ces deux dernières années.

Pour leur chaleureux accueil en Suisse, je ne peux que remercier Mme et M. le Professeur Bolle ainsi mes chers amis Gün Arun, Kondylis Atanassios, Jilber Barutçıyan, Stephan Bieri, Michael Boulianne, Virginie Brunner, Esra Demir, Jules Djoukeng, Gülgün Dursen, Danilo Fachinetti, Nevin et Mustafa Gözcan, Olivier Hari, Nicolas Humbert, Manon Jendly, Salimata Keita, Alexandre Leuba, Esin et Uğur Sirmen, Mehmet Tanrısever, Cenk Ünal Erzen, Levent Zaim, Olivier Zava et Christian Zumsteg.

Enfin, je tiens également à remercier maman ainsi que Balca qui ont été un soutien constant et ont toujours été présentes malgré la distance qui nous séparait.

Hüseyin Murat Develioğlu
İstanbul, le 22 décembre 2005

A la mémoire de mon père

BIBLIOGRAPHIE

- AKEV, Sahir Talat, La forme dans les contrats de cautionnement et de garantie dans les droits suisse et turc, in : Travaux de la 5^{ème} semaine juridique turco-suisse, La forme dans les actes juridique, Journées d'Istanbul 13-20 avril 1975, Istanbul 1975, p. 327-346.
- AKYAZAN, Sıtkı, Banka Teminat Mektupları, in : BATİDER 1969, p. 16-33 (cité Teminat).
- AKYAZAN, Sıtkı, Banka ve Ticaret Hukuku ile ilgili : I- İncelemeler, II- Yargıtay Kararları, III- Kanuni Mevzuat, Ankara 1972 (cité Ticaret).
- AKYAZAN, Sıtkı, Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar, in : BATİDER, 1974, p. 567-579 (cité Tatbikat).
- ALBISETTI, Emilio, GSELL, May, Bankgeschäfte, Leitfäden das Bankwesen, Band 2, Zürich 1981.
- ANDEREGG, Karl, Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht, th. Berne 1943.
- ARIK, Fikret, Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi, in : AÜSBFD 1955, v. X, no. 2, p. 45-75.
- ARKAN, Sabih, Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, in : BATİDER 1992, p. 59-84 (cit  Teminat).
- ARKAN, Sabih, Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK'nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi), in : Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, v. I, İstanbul 2003, p. 983-991 (cit  Karar).
- ARTUS, Amil, Borcun Nakli Halinde Kefilin Mesuliyeti, in : İBD 1941, p. 317-319.
- BADUR, Emel, Kefil ile Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, in : MTÜHFD, İstanbul 2002, p. 145-163.
- BÄR, Thomas, Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Diss. Zurich, Winterthur 1963.

- BARLAS, Nami, Kredi Kartı İlişkinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, in : Ömer Teoman'a Armağan, p. 937-989 (cité Kredi).
- BARLAS, Nami, Türk Hukuk Sistemi'nde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986 (cité Teminat).
- BATTAL, Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001.
- BECK, Emil, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942.
- BECK, Emil, Die Bürgschaft im internationalen Privatrecht der Schweiz, in : RJB 71, p. 514-533 (cité international).
- BECKER, H, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, art. 184-551, Berner Kommentar, 2^{ème} éd., Berne 1934.
- BECKER, H, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, art. 1-183, Berner Kommentar, Berne 1934.
- BEGUÉLIN, Edouard, Porte-fort, FJS 769.
- BELLIS, Marc, POULLET, Yves, Emergence de la sûreté personnelle non accessoire, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 153-162.
- BELSER, Eva Maria, Finanzierung und Bürgschaft : die Bürgin zwischen Verantwortung und Verschuldung, in : Annuaire de droit de consommation, Berne 2002, p. 203-234 (cité Finanzierung).
- BELSER, Eva Maria, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, in : PJA 4/98, p. 433-445 (cité Freiheit).
- BERTOSSA, Bernard, Lésion et usure : Un couple bien étrange, Quelques réflexions sur les relations entre les articles 21 CO et 157 CP, , in : Le contrat dans tous ses états, Genève 2004, p. 125-134.
- BİLGE, Necip, Borçlu Hakkındaki Hükümün Kefile Tesiri, in : AD 1954, p. 592-602 (cité Hüküm).
- BİLGE, Necip, Kefilin Mesuliyetinin Şümulü, in : AÜHFD 1956, v. XIII, p. 86-171 (cité Mesuliyet).
- BİLGE, Necip, Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, in : AÜHFD 1954, v. XI, p. 281-295 (cité Halef).

- BOVET, Christian, La garantie des créances dans la construction, in : Journées du droit de la construction, Volume II, Séminaire pour le droit de construction, Fribourg 1995, p. 1-22.
- BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2^{ème} éd., Zurich 1988.
- BÜHLER, Theodor, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Dokumentakkreditiv, Bankgarantie, Eigentumsvorbehalt, Zürich 1997.
- BÜSSER, Andres, Einreden und Einwendungen der Bank als Garant gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie, Fribourg 1997.
- CAVIN, Pierre, La nature juridique des obligations du créancier dans le nouveau droit du cautionnement, in : RDS 1944, p. 280-314 (cité nature).
- CAVIN, Pierre, La révision de la législation en matière de cautionnement, in : JT 1938, p. 290-305 (cité révision).
- CAVIN, Pierre, Le nouveau droit du cautionnement, JT 1942, p. 34-53 ; A propos de nouveau droit du cautionnement, in : JT 1942, p. 381-382 (cité cautionnement).
- COSTET, Louis, L'opération à garantir et les risques couverts, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p.107-114.
- CREMADES, Juan Antonio, Les garanties bancaires à première demande en droit espagnol, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 251-257.
- CREMADES, Juan Antonio, VALLUIS, Marie-Annick, ZIVY, Isabel, Droit et pratique des garanties en Amérique latine, , in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 81-104.
- CUÉNOD, Albert, La résiliation du cautionnement souscrit pour un temps déterminé qui garantit une dette dénonçable, in : RSJ 1954, p. 206.
- de BIASIO, Albino, Der Übergang der Gläubigerrechte auf den Bürgen und dessen Regressrechte, th. Berne 1944.
- de GOTTRAU, Nicolas, Garantie Bancaire I, FJS 1348 (cité I).

- de GOTTRAU, Nicolas, Garantie Bancaire II, FJS 1349 (cité II).
- de GOTTRAU, Nicolas, La lettre de crédit *standby* en droit suisse, à la lumière des règles de la CCI et de la CNUDCI, in : SJ 2005 II p. 1–35 (cité *standby*).
- DEPRAZ, Alex, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Lausanne 2002.
- DESCHENAUX, Henri, Les contrats du Code des obligations, Deuxième cahier, Le contrat de garantie et le cautionnement, en collaboration avec Jacques Bonfils, Fribourg 1968 (cité *Garantie*).
- DESCHENAUX, Henri, Le titre préliminaire du code civil, in : Traité de droit civil suisse, Tome II, I, Fribourg 1969 (cité *Préliminaire*).
- DESCHENAUX, Henri, STEINAUER, Paul-Henri, Personnes physiques et tutelle, 4^{ème} éd., Berne 2001.
- DESMET, Paul, Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes techniques particuliers, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p.121–126.
- DESSEMONTET, François, Sûretés, garanties et abstraction, in : Sûretés et garanties bancaire, Lausanne 1997, p. 71–120.
- DOĞAN, Vahit, Banka Teminat Mektupları, Ülke İçi Ticari İlişkiler, Milletlerarası Ticari İlişkiler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2002.
- DOHM, Jürgen, Bankgarantien und Schiedsgerichtsbarkeit, die Zuständigkeit des im Grundverhältnis bestellten Schiedsgerichts, Entscheidungen hinsichtlich des Schicksals von Bankgarantien zu treffen, in : Bulletin ASA 1987, 2, p. 92–106 (cité *Schiedsgerichts*).
- DOHM, Jürgen, Les garanties bancaires dans le commerce international, Berne 1986 (cité *Garantie*).
- DOHM, Jürgen, Les garanties bancaires dans le domaine de la construction, in : Communication sur le droit privé et public de la construction, 1981/1, p. 3–8 (cité *Construction*).
- DOHM, Jürgen, Mesures conservatoires dans le cadre des garanties bancaires « à première demande », in : SAS 1982, p. 53–69 (cité *Conservatoire*).

- DOHM, Jürgen, Mesures conservatoires pour empêcher l'appel abusif à une garantie bancaire « à première demande », in : SJ 1985, p. 417–440 (cité *Mesures*).
- Du PASQUIER, Silvia Tevini, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 17, Genève, Bâle, Munich 2003.
- Du PASQUIER, Silvia Tevini, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 110–113, Genève, Bâle, Munich 2003.
- DUBISSON, Michel, Les garanties bancaires, les risques couverts, leur durée et leur mise en oeuvre, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 115–120.
- DUFT, Leo, Die Zustimmung des Ehegatten als Gültigkeitserfordernis für die Bürgschaft, th. Freiburg 1943.
- DUPERREX, Emile, Cautionnement en cas de perte, in : FJS 1005 (cité *Cautionnement*).
- DUPERREX, Emile, Cautionnement et crédit, in : SJ 1942, p. 81–100 (cité *Crédit*).
- EGGER, Walter H., Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien, in : RSDA 1990, p. 12–19.
- EHRAT, R. Felix, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, art. 1–529, art. 151–163, 3^{ème} éd., Bâle, Genève, Munich 2003.
- EL HAKIM, Jacques, Les pays du Proche-Orient, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 383–406.
- EMCH, Urs, RENZ, Hugo, ARPAGAU, Reto, Das Schweizerische Bankgeschäft, Das Praktische Lehrbuch und Nachschlagewerk, Mitautoren : GASSER, Andreas, KRAMER, Georg, TÖDTLI, Markus R., WERLEN, Thomas, 6. Auflage, Thun 2004.
- EMCH, Urs, RENZ, Hugo, BÖSCH, Franz, MONTAVON, P., de VERRA, A., BIZZOZERO, A., Le monde et la pratique bancaires suisse, Tome II : Les opérations, Lausanne 1995.
- ENGEL, Pierre, Contrats de droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 2000 (cité *Contrats*).

- ENGEL, Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} éd., Berne 1997 (cité Obligations).
- ERDEM, Nafiz, *Türk Borçlar Hukuku Şerhi ve Davaları, Genel Hükümler*, 1–181, Adana 1991 (cité Genel).
- ERDEM, Nafiz, *Türk Borçlar Hukuku Şerhi ve Davaları, Özel Hükümler*, 355–544, Adana 1990 (cité Özel).
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul 2003.
- ERİŞ, Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler*, Ankara 1992.
- ERMAN, Eyüp Sabri, *Teminat Mektubu – Kefalet Akdi – Garanti Akdi*, in : *Adalet Dergisi*, no. 7, 1969, p. 411–419.
- FAVRE-BULLE, *Le contrat électronique*, in : *Le contrat dans tous ses états*, Genève 2004, p. 175–206.
- FLORESCU, Grigore, *Pays socialistes européens*, in : FEDUCI, *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980*, Paris 1981, p. 367–381.
- FLURY-SCHMITT, Petra, *Personalsicherheiten*, in : ABEGG, Philipp, FLURY-SCHMITT, Petra, GATTLEN, Thomas, GEISSBÜHLER, Alex, HUGGENBERGER, Eric, WALDMEYER, Hanspeter, *Schweizerisches Bankenrecht, Ein Lehr- und Handbuch für Bankfachleute*, Zürich 2002, p. 157–174.
- FOËX, Bénédicte, *Sûretés bancaires et droits réels*, in : *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne 1997, 121–171.
- FREY, Hans Ueli, *Die Voraussetzung der Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt des Bürgenschutzes, insbesondere im neuen schweizerischen Bürgschaftsrecht*, Zurich 1943.
- FUCHS, Margret, *Zur Revision des Bürgschaftsrecht, Die Stellung der Ehefrau im Bürgschaftsrecht und das Postulat betr. Zustimmung der Frau zur Bürgschaftsverpflichtung des Mannes*, in : *RSJ 1937*, p. 337–343.
- GAUCH, Peter, *Die Übervorteilung – Bemerkungen zu art. 21 OR*, in : *Recht 1989*, p. 91–100 (cité Übervorteilung).

- GAUCH, Peter, SCHMID, Jörg, *Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (art. 1–529 OR), Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, art. 419–424 OR*, 3^{ème} édition, Zurich 1993.
- GAUCH, Peter, SCHLUEP, Walter, SCHMID, Jörg, REY, Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band : I, II*, 8^{ème} éd. Zurich, Bâle, Genève 2003.
- GAUTSCHI, Georg, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklerevertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, art. 407–424*, Berne 1964.
- GEIGY-WERTHEMANN, Catherine, *Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern*, in : *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973*, Basel 1973, p. 21–38.
- GIGER, Hans, *Missbrauchsproblematik bei Bankgarantien, Ein Beitrag zum schweizerischen Recht*, in : *Mélanges Piotet*, Berne 1990, p. 247–264.
- GILLIÉRON, Pierre André, *Les garanties personnelles en matière bancaire*, Genève 1969.
- GILLIERON, Pierre-Robert, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1^{er} janvier 1997, Articles 159–270*, Lausanne 2001.
- GILLIERON, Pierre-Robert, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1^{er} janvier 1997, Articles 271–352*, Lausanne 2003.
- GIOVANOLI, Mario, *Télécommunications et forme écrite dans les contrats internationaux*, in : *Mélanges Piotet*, Berne 1990, p. 425–449. (cité télécommunications)
- GIOVANOLI, Mario, *Tendances modernes du droit des sûretés bancaires et contrôle prudentiel des banques*, in : « *Sûretés et garanties bancaire* », Lausanne 1997, p. 23–69 (cité Tendances).
- GIOVANOLI, Silvio, *Ausgewählte Fragen aus der Revision des schweizerischen Bürgschaftsrechts*, in : *RDS 1941*, p. 205–265 (cité Fragen).

- GIOVANOLI, Silvio, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 7. Teilband : Die Bürgschaft, Spiel und Wette, art. 492–515 OR, Berne 1978.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku, in : AÜHFD 1950, no. 3–4, p. 325–352.
- GOLSER, Karl, Die Abgrenzung bürgschaftsähnlicher Versicherungen gegenüber der Bürgschaft, Muri-Berne 1956.
- GOODE, Roy, Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC publication n. 510, Paris 1992.
- GRASSINGER, Gülçin Elçin, Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996.
- GUGGENHEIM, Daniel, La garantie bancaire principale et accessoire dans le commerce international et au regard du droit suisse, in : Mélanges Schnitzer, Genève 1979, p. 165–178 (cité Garantie).
- GUGGENHEIM, Daniel, Les contrats de la pratique bancaire suisse, Genève 2000 (cité Bancaire).
- GUGGENHEIM, Daniel, Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome I, La conclusion des contrats, Genève 1991 (cité Conclusion).
- GUGGENHEIM, Daniel, Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome II, Les effets des contrats, Genève 1995 (cité Effets).
- GUGGENHEIM, Daniel, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 11–16, Genève, Bâle, Munich 2003.
- GUHL, Theo, Cautionnement I, Notion et Formation, FJS 179 (cité cautionnement I).
- GUHL, Theo, Cautionnement II, Droits et obligations de la caution, FJS 180 (cité cautionnement II).
- GUHL, Theo, Cautionnement III, Droits et obligations de la caution, FJS 181 (cité cautionnement III).
- GUHL, Theo, Cautionnement IV, Fin du cautionnement, FJS 182 (cité cautionnement IV).
- GUHL, Theo, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz : nach dem Bundesgesetz über die Revision des XX. Titels des Obligationenrecht : « Die Bürgschaft » vom 10. Dezember 1941, Zurich 1942 (cité Bürgschaftsrecht).

- GUHL, Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Bearbeitet von : Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, Zurich 2000 (cité Obligationenrecht).
- GÜNAL, Vural, Teminat Mektupları, in : ABD 1968, v. 25, no. 6, p. 969–973.
- GUT, Gottlieb, Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen nach neuem Recht, th. Berne 1941.
- GUTZWILLER, p. Christoph, Bankgarantien als Rechtsöffnungstitel, in : RSJ 2003, no. 10, p. 245–250.
- GUTZWILLER, Peter Max, Die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie, in : RDS 1984, p. 121–131.
- HANDSCHIN, Lukas, Zur Abgrenzung von Garantievertrag und Bürgschaft : Akzessorietät der Verpflichtung als massgebendes Kriterium ?, in : Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zürich 1994, p. 226–231.
- HANISCH, Hans, Bürgschaft mit Auslandsbezug : (zu schweiz. BG, 14. 12. 1984, C 279/84/tk, oben S. 34, Nr. 8 = BGE 110 II 484, sowie BGE 111 II 175 ; BGE 111 II 276), in : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1987, p. 47–51.
- HASENBÖHLER, Franz, Mitwirkung beider Ehegatten beim Vertragsschluss, Bâle, Frankfurt a. M. 1982.
- HEMMELE, Hans, Die Gründe für den Untergang der Bürgschaft nach schweizerischem Recht, th. Berne, Aarau 1954.
- HENRY, Max, La révision de la législation en matière de cautionnement, in : Actes de la Société suisse des juristes 1935, p. 145–216.
- HOMMERBERGER, Max, Vom neuen Bürgschaftsrecht : art. 501 Abs. 2 OR, in : RSJ 1944/45, p. 4–7.
- HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, siebte, ergänzte und verbesserte Auflage, Berne 2003.
- HORN, Norbert, Die Bankgarantie im internationalen Umfeld, in : Personalsicherheiten, Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld, herausgegeben von Professor Dr. Wolfgang Wiegand, Berne 1997, p. 87–129.

- HOŞLAN, Osman, Kefilin Teminat Verilmesini ve Kefaletten Kurtulmayı İsteme Hakkı (BK. 503), in : AD 1979, p. 93–108.
- HUGUENIN, Claire, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, art. 1–529, art. 19–21, 3^{ème} éd., Bâle, Genève, Munich 2003.
- HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeinen Teil, unter Mitarbeit von : Michel Brunner, Micheal Feit, Michael Hochstrasser, Michael Isler, Marc Joost, Claudia Kaczynski-Coninx, Rapfael Weiss, Zürich, Bâle, Genève 2004 (cité Obligationenrecht).
- HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Besonderer Teil, unter Mitarbeit von : Michel Brunner, Carole Gehrler, Gion Giger, Michael Isler, Reto Jenny, Claudia Kaczynski-Coninx, Rapfael Weiss, Zürich, Bâle, 2. Auflage, Genève 2004 (cité Besonderer).
- IYNEDJIAN, Nicolas, Les sûretés globales : études de droit bancaire vol. 33, Zurich 1999.
- KADERLI, Rudolf J., Das Schweizerische Bankgeschäft, Thun 1954.
- KAHYAOĞLU, Emin Can, Banka Garantileri, İstanbul 1996.
- KAPLAN, İbrahim, Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulması, Ankara 1987 (cité Müdahale).
- KAPLAN, İbrahim, Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve Tamamlanması, BATİDER 1987, p. 1–24 (cité Yorum).
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, İkinci Cilt, İstanbul 2002.
- KARATAY, Ali, İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme, in : İBD 1952, v. XXVI, no. 11–12, p. 617–640.
- KLEINER, Beat, Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, 4. Auflage, Zurich 1990 (cité Bankgarantie).
- KLEINER, Beat, Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwiederruflichen Akkreditiven, in : RSJ 1976, p. 353–356 (cité Zahlungspflicht).

- KLEINER, Beat, La garantie en droit suisse, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 203–209 (cité Suisse).
- KNOEPFEL-KUNZ, Ulrich, Willensbildung, Beeinflussung und Vertragsschluss, Ein Betrag zur Bedeutung von Bewusstsein, Kommunikation, Motivation und Manipulation für die Gültigkeit von Verträgen im schweizerischen Privatrecht, th. Zürich, Berne, Stuttgart 1989.
- KOCAMAN, Arif B., Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine, in : BATİDER 1990, p. 49–64.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz, Son Değişikleri ile Bankalar Kanunu Şerhi, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, BDDK – Hazine Müsteşarlığı – T.C. Merkez Bankası Yönetmelik, Tebliğ ve Genelgeleri, İlgili Danıştay Kararları, İtirazın İptali ve Menfi Tespit Davaları, 5^{ème} Bası, Ankara 2004.
- KRAMER, Ernst, A, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band : VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu art. 19–22 OR, Berne 1986.
- KRAMER, Ernst, A, PROBST, Thomas, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Zurich, Bâle, Genève 2003.
- KRAMER, Ernst, A, SCHMIDLIN, Bruno, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band : VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu art. 1–18 OR, Berne 1986.
- KUNTALP, Erden, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, in : Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, p. 263–299.
- KUNTALP Erden, BARLAS Nami, AYANOĞLU MORALI Ahi, ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN Pelin, İPEK Mehtap, YAŞAR Mert, KOÇ Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- LCHAT-HERITIER, Anne, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 419–424, Genève, Bâle, Munich 2003.

- LARDELLI, Albert, Beiträge zum Bürgschaftsrecht, in : RSJ 1929/30, p. 93–97.
- LAUBER, Hans, Die Verbürgung von Kaufverträgen, in : RSJ 1923/24, p. 317–320.
- LESGUILLONS, Henry, Conclusion générale du Colloque de Tours 1980 sur les garanties bancaires dans les contrats internationaux, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 515–521 (cité Conclusion).
- LESGUILLONS, Henry, Histoire, signification et pratique des garanties, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 1–10 (cité Histoire).
- LOERTSCHER, Denis, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 84–96, Genève, Bâle, Munich 2003.
- LOGOZ, François, La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire, Lausanne 1991.
- LOMBARDINI, Carlo, Droit bancaire suisse, Genève 2002.
- LÖW, Franziska, Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz : eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts, Bâle, Genève, Zurich 2002.
- MARCHAND, Sylvain, La poursuite contre les coobligés, in : Aktuelle Aspekte des Schuld – und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 247–263.
- MARGOT, Alfred, Le cautionnement du compte de crédit, th. Lausanne 1930.
- MAZZONI, Alberto, Les garanties bancaires en droit italien, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 279–306.
- MEIER, Philippe, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 492–512, Genève, Bâle, Munich 2003.
- MEIER-HAYOZ Arthur, Contrats non prévu par la loi : Généralités – Contrats sui-generis, FJS 1134.
- MERZ, Hans, Garantievertrag oder Bürgschaft ? in : RJB 125, p. 228–230.

- Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi révisant le XX^e du Code des obligations du 30 mars 1911, FF 1939, II, p. 857 ss.
- MOOSER, Michel, Les actes de cautionnement : exigences de forme selon le droit fribourgeois, note sur l'arrêt de la Cour d'appel du Tribunal cantonal du 28 octobre 1998, in : RFJ 1999, p. 260–262.
- MÜLLER, Emil, Die Solidarbürgschaft und die Reform des Bürgschaftsrechts, in : RSJ 1939/40, p. 277–280.
- MUSTER, Eric, La reconnaissance de dette abstraite, art. 17 CO et 82 ss LP : Etude historique et de droit actuel, th. Lausanne, Zurich 2004.
- NOBEL, Peter, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Berne 1979, Ergänzungsband, Berne 1984.
- NOËL, Yves, Droit du cautionnement : les pièges de la protection du faible : à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral R. c/Société S. du 9 juillet 1985, in : Mélanges F. Gilliard, Lausanne 1987, p. 111–124.
- NUSSBAUMER, Lucien, Subrogation et recours de la caution lors du concours des sûretés personnelles et réelles dans le nouveau droit du cautionnement, th. Fribourg 1945.
- ODERMATT, Hugo, Die Stellung des Bürgen nach dem Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen (vom 12. Dezember 1940), th. Berne 1942.
- OFTINGER, Karl, Die Haftung des Bürgen für die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzugs des Hauptschuldners, in : Festgabe Fritz Fleiner, Zurich 1937, p. 175–202 (cité Haftung).
- OFTINGER, Karl, Über Bankgarantien, in : RSJ 1941/42, p. 58–62 (cité Bankgarantien).
- OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2000.
- OKÇUOĞLU, Yavuz, Yargı Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara 1991.
- OLGAÇ, Senai, Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, v. II, Genel Hükümler (Madde : 61–181), Ankara 1976 (cité Genel).
- OLGAÇ, Senai, Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nevileri, (Madde : 372–545), Ankara 1976 (cité Akit).
- OLGAÇ, Senai, Kefalet, Ankara 1979 (cité Kefalet).

- OSER, Hugo, SCHÖNENBERGER, Wilhelm, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Erste Halbband : art. 1–183, Zurich 1929.
- OSER, Hugo, SCHÖNENBERGER, Wilhelm, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil : art. 419–529, art. 492–512, Zurich 1945.
- OSSIPOW, Paul, De la lésion, Etude de droit positif et de droit comparé, th. Lausanne 1940.
- ÖZDEMİR, Atalay, Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları (I), (II), in : Yargıtay Dergisi, 1984, p. 252–271, 466–481.
- ÖZTÜRK, Fahreddin, ERULUÇ, Osman, AKÇOLLU, Adil, ŞENTÜRK, Ali, Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesi Emsal Kararları, Borçlar, Ticaret, İcra İflas, Usul, İş Kanunlarıyla, Medeni Kanun ve Hususi Kanunlara İlişkin Kararlar (1934–1958), Ankara 1956.
- PARDON, Jean, Organisations internationales, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 407–411.
- PESTALOZZI, Christoph M., Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, art. 1–529, art. 111, 3^{ème} éd., Bâle, Genève, Munich 2003.
- PESTALOZZI, Christoph M., Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, art. 1–529, art. 492–512, 3^{ème} éd., Bâle, Genève, Munich 2003.
- PETER, Hansjörg, La sûreté personnelle, in : Sûreté et garantie bancaires, CEDIDAC 1997, p. 291–321.
- PETITPIERRE, Gilles, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 62–67, Genève, Bâle, Munich 2003.
- PICHONNAZ, Pascal, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 151–157, Genève, Bâle, Munich 2003.
- PIOTET, Denis, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 114–118, Genève, Bâle, Munich 2003.
- PLEYER, Klemens, Pays de droit germanique, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 185–196.

- POULLET, Yves, Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 127–142 (cité Garantie).
- POULLET, Yves, Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 13–47 (cité Présentation).
- PROBST, Thomas, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 164–183, Genève, Bâle, Munich 2003.
- RAPP, Jean Marc, Garanties à première demande et autres garanties bancaires, in : Sûretés et garanties bancaire, Lausanne 1997, p. 259–289.
- REICHEL, Hans, Zum Bürgschaftsrecht I, in : RSJ 1913/14, p. 47 ; Zum Bürgschaftsrecht II, in : RSJ 1914/15, p. 104–105 ; Zum Bürgschaftsrecht III, Verwirkung der Vorausklage, in : RSJ 1916/17, p. 211–212 ; Zum Bürgschaftsrecht IV, Betrügerische Erschleichung der Bürgschaft, in : RSJ 1920/21, p. 177–183 ; Zum Bürgschaftsrecht V, Verbürgung für Schulden einer Kollektifgesellschaft, in : RSJ 1921/22, p. 265–268 ; Zum Bürgschaftsrecht VI, Die « Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung », in : RSJ 1923/24, p. 173–179 ; Zum Bürgschaftsrecht VII, Widderrechtlich Drohung, in : RSJ 1932/33, p. 3–5.
- REICHWEIN, Heinz, Bankgarantie und Bürgschaft, in : RDS 1956, p. 374–377.
- REIN, Walter, Die Voraussetzungen der Bürgschaft im schweizerischen Recht mit besonderer Berücksichtigung der Revisionsforderungen, th. Jena, Würzburg 1937.
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2004.
- REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları, in : THYKS, VI, 1989, p. 67–91 (cité Taahhüt).
- REİSOĞLU, Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963 (cité Garanti).
- REİSOĞLU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992 (cité Kefalet).

- REİSOĞLU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 1983 (cit  Teminat).
- REİSOĞLU, Seza,  zellikle Dıř  lkelerle İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları – Kontrgarantiler ve Ortaya  ıkan Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliđi Yayınları, No. 105, Ankara 1980 (cité Yabancı).
- REUSSER, Samuel, Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsvertrgen, th., Berne 1938.
- ROESLE, Eugen Alex, Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien, Zurich 1983.
- ROSSEL, Virgile, Le porte-fort en droit fédéral (art.127), in : JT 1893, p. 465–471(cité porte-fort).
- ROSSI, Tuto Raimondo, Garantie ou cautionnement ?, in : SJ 1986, p. 405–413(cité Garantie ou cautionnement ?).
- ROSSI, Tuto Raimondo, La garantie à première demande : pratique commerciale internationale, droit comparé, droit international privé, th. Fribourg, Le Mont-sur-Lausanne 1990 (cité Garantie).
- RUTZ, Alfred, Die Dividendengarantie, th. Fribourg 1928.
- SCHMIDLIN, Bruno, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 23–31, Genève, Ble, Munich 2003.
- SCHNEEBERGER, Ernst, Garantien ?, in : RSJ 1979, p. 74ss.
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm, JÄGGI, Peter, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband VI a : art. 1–17 OR, Zurich 1973.
- SCHÖNLE, Herbert, Cession et compensation en matière de crédit documentaire, in : Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, p. 309–329 (cité Compensation).
- SCHÖNLE, Herbert, Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien, in : RSJ 1983, p. 53– 61 ; 73–78 (cité Missbrauch).
- SCHULTHESS, Friedrich, Die Verpflichtung des Bürgen nach schweizerischem Recht, in : RDS 1925, p. 63–119.
- SCHWANDER, Ivo, Die internationalprivatrechtliche Behandlung der Bankgarantien, in : Banken und Bankrecht im Wandel, in : Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, p. 41–53.

- SCHWENZER, Ingeborg, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, art. 1–529, art. 11–17, 3^{ème}  d., Ble, Genève, Munich 2003.
- SCHWENZER, Ingeborg, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, art. 1–529, art. 23–31, 3^{ème}  d., Ble, Genève, Munich 2003.
- SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Dritte, überarbeitete Auflage, Berne 2003 (cité Obligationenrecht).
- SCYBOZ, Georges, Le contrat de garantie et le cautionnement, in : Traité de droit privé, Tome VII, 2, Fribourg 1979.
- SELÇUK, Mehmet Emin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Statüsü, in : ABD p. 19–22.
- SEROZAN, Rona, Atipik S zleřmelerde Uygulanacak Kuralların Seiminde İzlenecek Yol, İlgin Bir Paradigma :  st ne Denklik Parası  denerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası, in : Prof. Dr.  mer Teoman’a 55. Yař G n  Armađanı, v. II, p. 1223–1233.
- SIMONT, Lucien, Questions susceptibles de se poser lors de l’appel d’une garantie bancaire autonome, in : FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980, Paris 1981, p. 475–497.
- SOMUNCUOĐLU,  nal, Banka Teminat Mektuplarına İliřkin Bazı Davalarda Aktif Husumet, in : İBD, 1977, p. 64–67 (cité Husumet).
- SOMUNCUOĐLU, Ünal, Banka Teminat Mektuplarına İliřkin Bazı Davalarda Sıfat ve Bir Eleřtiri, in : İBD, 1985, p. 131–134 (cité Sıfat).
- SOMUNCUOĐLU, Ünal, Banka Teminat Mektuplarına İliřkin Umumi Kontrgaranti Taahh tlerine G re Bankaların Nakit Depo Talebi, in : İBD, 1975, p.831–842 (cité Depo).
- SPAINI, Mauro, Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Dietikon 2000.
- STAEHELIN, Adrian, Die persönlichen Sicherungen im schweizerischen Recht des 19. und 20. Jahrhunderts, in : Les s ret s personnelles, Bruxelles 1969, p. 323–354.
- STAEHELIN, Max Sr., Bürgschaft und Aval, in : Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Ble 1942, p. 25–35.

- STARK, Emil W., Die Übervorteilung (art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in : *Enthaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Bâle 1975*, p. 377–398.
- STAUFFER, W., Die Revision des Bürgschaftsrechtes, in : *RDS 1935*, p. 1a–144a.
- STOOS, Alfred, Der Anspruch des Bürgens auf Diligenz des Gläubigers nach O.R. in besondere art. 508, in : *RJB 47*, p. 473–486.
- TANDOĞAN, Halûk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, v. II, 3. Bası, Ankara 1987 (cité II).
- TANDOĞAN, Hâluk, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, in : *Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève*, no 36, Genève 1972 (cité *Notions*).
- TEKİNALP, Ünal, *Türk Mali Kurumlar Hukuku*, v. I, *Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Mevcut Borca İhtihak mi, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü ?*, in : *İBD XXXII*, no. 11–12, p. 233–238.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Halûk, ALTOP, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı*, İstanbul 1993.
- TEPECİ, Kamil, *Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu*, Ankara 1959.
- TERCIER, Pierre, *Le droit des obligations*, 3^{ème} éd. revue et corrigée, avec la collaboration de M^e Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, Fribourg 2004 (cité *obligations*).
- TERCIER, Les contrats spéciaux, 3^{ème} éd. avec la collaboration de Silvio Venturi, Fribourg 2003 (cité *Contrats*).
- THEVENOZ, Luc, *Les garanties indépendantes devant les tribunaux suisses*, in : *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, Berne 1994, p. 166–197.
- THEVENOZ, Luc, *Commentaire Romand, Code des obligations I*, art. 1–529, Intro. art. 184–529, Genève, Bâle, Munich 2003.

- TOBLER, Hans, *Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger : nach schweizer. Obligationenrecht*, th. Berne 1926.
- TRIGO TRINDADE, Rita, *Jurisprudence récente en droit bancaire privé*, in : *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, Berne 2001, p. 215–244.
- TUĞSAVUL, Muhsin, ÖZOĞUZ, Abdülkadir, *Emsal İçtihatlar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi*, Ankara 1949.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, v. I, *Genel Hükümler*, İstanbul 1976.
- TÜRK, Ahmet, *Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Kredi Alacaklarına Müteselsil Kefalet İlişkin Bazı Sorunlar*, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl : 66, Ocak 2001, p. 19–39.
- UMAR, Bilge, *Une « exception de la discussion » n'existe pas en droit Turco-Suisse*, in : *RSJ 1974*, p. 81–84.
- ÜNLER, Ayhan, *Banka Teminat Mektupları*, in : *İBD XXXIX*, no. 1–2–3, 1965, p. 1–17.
- VASSEUR, Michel, *Rapport de synthèse : le Droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'ouest*, in : *FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980*, Paris 1981, p. 319–364.
- VELIDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, ÖZDEMİR, Refet, *Türk Borçlar Kanunu Serhi (Genel-Özel)*, Ankara 1987.
- VELU, Sylviane, *Les garanties à première demande en droit belge*, in : *FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980*, Paris 1981, p. 211–249.
- VILLEREY, André, *Les garanties bancaires en droit français*, in : *FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours 1980*, Paris 1981, p. 259–278.
- VIONNET, Guillaume, von der CRONE, Hans Caspar, *Sicherungsversprechen und Vertrauensprinzip, Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgericht 4C.136/2003 (BGE 129 III 702) vom 23. September 2003 i.S. X. AG (Beklagte une Berufungsklägerin) gegen A. (Klägerin und Berufungsbeklagte)*, in : *RSDA 2004*, p. 386–393.
- von BÜREN, Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil*, Zurich 1964 (cité *Allgemeiner*).

- von BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht : Besonderer Teil (art. 184–551), Zurich 1972 (cité Besonderer).
- von RICHENTHAL, August Arnold, Das Erlöschen der Bürgschaft infolge Untergangs der Hauptschuld, Wohlen 1951.
- von SALIS, Reto, Die Stellung des Amtsbürgers im Bürgschaftsrecht, ZBI 1950, p. 265–274.
- von TUHR, Andreas, ESCHER Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II, 3. Auflage, Zurich 1974.
- von TUHR, Andreas, PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band I, 3. Auflage, Zurich 1979.
- von TUHR, Andreas, PETER, Hans, ESCHER Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Supplement zur dritten Auflage, Zurich 1984.
- von TUHR, Andreas, Zum Regress des Bürgen, in : RDS 1923, p. 101–120 (cité Regress).
- von TUHR, Andreas, Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht, in : RSJ 1922/23, p. 225–229, 245–249 (cité Bemerkungen).
- WACKE, Andreas, Zwei Probleme aus Formmängeln schweizerischer Bürgschaftserklärungen, in : RSJ 1978, p. 17–21.
- WEBER, Rolf H., Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband, Artikel 110–113, Berne 2002.
- WEBER, Rolf H., Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, art. 1–529, art. 419–424, 3^{ème} éd., Bâle, Genève, Munich 2003.
- WEGELIN, Andreas, Der Schutz des Bürgen gegen Betreibung durch Leistung von Realsicherheit, th. Berne 1943.
- WIEGAND, Wolfgang, Akzessorietät und Spezialität, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, p. 35ss. (cité Akzessorietät)
- WIEGAND, Wolfgang, Die Bürgschaft im Bankgeschäft, in : Personalsicherheiten, Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld, Herausgegeben von Professor Dr. Wolfgang Wiegand, Berne 1997, p. 175–216 (cité Bürgschaft).

- WINIGER, Benedict, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 1–529, art. 18, Genève, Bâle, Munich 2003.
- YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2002.
- YUNG, Walter, La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse, th. Genève 1930.
- ZEMBULİDİS, Temistokli, Kefalet, in : İBM 1941, p. 784–793.
- ZEVKLİLER, Aydın, AYDOĞDU, Murat, PETEK, Hasan, Zevkliler Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1998.
- ZIMMERMANN, Harry, Bemerkungen über das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten zur Bürgschaftseingehung gemäß OR art. 494, Abs. 1 und 2, in : RSJ 1942/43, p. 121–125.
- ZOBL, Dieter, Die Bankgarantie in schweizerischen Recht, in : Personalsicherheiten, Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld, Herausgegeben von Professor Dr. Wolfgang Wiegand, Berne 1997, p. 23–53.

ABREVIATION

ABD	Ankara Barosu Dergisi (Revue de barreau d'Ankara)
aCO	(ancien) Code fédéral des obligations, du 14 juin 1881
AD	Adalet Dergisi (Revue de justice)
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la faculté de droit de l'Université d'Ankara)
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasi Bilimler Fakültesi Dergisi (Revue de la faculté de sciences sociales de l'Université d'Ankara)
art.	article(s)
a.art.	ancien(s) article(s)
ASA	Associations suisse de l'arbitrage
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (Recueil officiel)
c.	considérant(s)
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Revue bancaire et de droit commercial)
BaK	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht
BJM	Basler Juristische Mitteilug
BK	Berner Kommentar
CBtr	Code bancaire turc
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907
CCfr.	Code civil français, du 1 ^{er} janvier 1804
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CComtr	Code de commerce turc, du 29 juin 1956
CCtr	Code civil turc, du 4 avril 1926
CO	Code des obligations, du 30 mars 1911(Loi fédérale complétant le Code civil suisse, Livre cinquième : Droit des obligations)

COtr	Code des obligations turc, du 8 mai 1926
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
CPCtr	Code de procédure civile turc
CR	Commentaire Romand
E.	Esas (numéro de de l'affaire)
etc.	<i>et cetera</i>
ex.	exemple(s)
FEDUCI	Fondation pour l'étude de droit et des usages du commerce international
HD	Hukuk Dairesi (Chambre civile de Yargıtay)
HGK	Hukuk Genel Kurulu (Conseil des chambres civiles réunies)
HMUK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (Code de procédure civile turque, du 18 juin 1927)
İBD	İstanbul Barosu Dergisi (Revue du barreau d'İstanbul)
İBK	İçtihatları Birleştirme Kararı (Arrêt d'unification de la jurisprudence)
i. e.	<i>id est</i>
İHFD	İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la faculté de droit de l'Université d'İstanbul)
İİD	İcra ve İflas Dairesi (Chambre de poursuite pour dettes et la faillite de Yargıtay)
İKİD	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi (Revue de la doctrine et de la jurisprudence)
JdT	Journal des Tribunaux
K.	Karar (numéro de la décision)
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé

LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillite
LPtr	Loi de poursuite pour dettes et faillite turque, du 09 juin 1932
MTÜHFD	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la faculté de droit de l'Université d'İstanbul)
n.	numéro(s) marginal (aux)
no.	numéro(s)
note.	note(s) de bas de page
p.	page(s)
PCOtr	Projet de loi révisant le Code des obligations turc
PJA	Pratique juridique actuelle
Pra	die Praxis des Bundesgerichts (Bâle)
RDS	Revue de droit suisse
rés.	résumé(e)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RG	Resmi Gazete (Journal officiel de la République de Turquie)
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RKD	Resmi Kararlar Dergisi (Revue officielle des arrêts) = YKD depuis 1975
RNRF	Revue suisse de notariat et de registre foncier
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (depuis 1990) = SAS jusqu'à 1990
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RUGD,	Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande, Paris 1993 (Publication CCI n. 458).
RUUCD	Règles et usances uniformes en matière de crédits documentaires, Paris, Révision de 1983 (Publication CCI n. 400) ; Révision de 1974 (Publication CCI n. 290).

RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SA	Société anonyme
SAS	Société anonyme suisse (jusqu'à 1990) = RSDA depuis 1990
SJ	Semaine judiciaire
Son İç	Son İçtihatlar (Dernière jurisprudence)
ss.	suivant(e)(s)
TD	Ticaret Dairesi (Chambre commercial de Yargıtay)
th.	Thèse
TİK	Türk İçtihatlar Külliyatı (Recueil de la jurisprudence turque)
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi (Revue des arrêts de la Cour de cassation turque) = RKD jusqu'à 1975
v.	volume(s)
vorbem.	Vorbemerkung(en)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZK	Zürcher Kommentar
Yargıtay	Cour de cassation turque

INTRODUCTION

1. Cette thèse a pour but d'examiner les ressemblances et les différences entre deux contrats de sûretés personnelles : le contrat de cautionnement et la garantie indépendante. En recourant à l'un de ces contrats, une personne (la caution, le garant) garantit à une autre (le créancier, le bénéficiaire) qu'un tiers (le débiteur principal, le donneur d'ordre) va exécuter une obligation découlant d'un rapport de droit entre ces deux derniers (le rapport de base, respectivement le contrat de base).
2. La différence principale entre le cautionnement et la garantie indépendante résulte de ce que le cautionnement est un contrat accessoire. Par conséquent, son contenu, son existence, son extinction, ainsi que l'exigibilité de la dette garantie dépendent strictement du contrat de base. En outre, il fait l'objet d'une stricte réglementation dans le titre vingtième du Code des obligations.
3. En revanche, la garantie indépendante est un contrat indépendant de n'importe quel autre contrat. Elle ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique.
4. Cette différence de traitement législatif a pour conséquence que si la sûreté est qualifiée de cautionnement, les articles du titre vingtième du Code des obligations lui sont applicables. Tel n'est pas le cas s'il s'agit d'une garantie indépendante. Il faut donc faire la distinction entre les deux contrats et les qualifier. C'est cette qualification qui va déterminer la forme, l'étendue et les modalités de la sûreté¹.
5. Dans la doctrine turque, tout comme chez les auteurs suisses, plusieurs critères ont été développés pour opérer la distinction. Celui de l'accessorité a toujours occupé la première place. Malgré tous ces efforts, les frontières entre les deux contrats demeurent difficiles à tracer, et ceci pour plusieurs raisons.

¹ Le cautionnement est soumis à des règles de forme très strictes. En revanche, la garantie est un contrat non formel. Voir *infra*, n. 274 ss. Une telle différence quant à la forme existe également entre le cautionnement et la reprise cumulative de dette. CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 26.

6. Tout d'abord, comme les deux contrats ont un grand domaine d'application², ils jouent des rôles très comparables avec une fiction presque identique. La raison majeure pour laquelle le cautionnement ne se distingue jamais totalement de la garantie indépendante est que les deux contrats couvrent la même sphère d'activité. Ils servent à recouvrir un risque qui peut affecter le patrimoine d'une personne. La caution et le garant apparaissent comme un nouveau débiteur aux côtés du débiteur principal. On peut parler ici de « l'adjonction d'un nouveau débiteur »³, c'est-à-dire de l'engagement d'un patrimoine autre que celui du débiteur garanti. La doctrine allemande le dit d'ailleurs plus clairement : « *einstehen für eine fremde Schulden* ». La question est de savoir pourquoi, en plus du cautionnement qui est une institution codifiée, la pratique a créé une autre sûreté alors que leurs domaines d'application sont si proches. Selon la doctrine, il s'agit simplement de surmonter certaines contraintes économiques parmi lesquelles on peut énumérer le besoin de liquidité⁴, celui d'allègement de la charge du donneur d'ordre, la volonté de réduire le prix de l'opération de base, de raccourcir la durée d'opération ou de surmonter des problèmes dus à la taxation⁵. En bref, pour cette doctrine, on peut dire que la garantie indépendante est une institution alternative au cautionnement⁶.

7. Une autre raison qui crée cette difficulté est que, contrairement au cautionnement, les garanties indépendantes ne sont presque jamais codifiées. Dans le droit suisse et le droit turc, les auteurs ont plutôt choisi comme référence l'article 111 du Code des obligations (l'art. 110 COtr) qui concerne la promesse de porte-fort, et qui reste insuffisant pour régir

² C'est un résultat dû à la croissance du nombre, de la durée et de la complexité des contrats dans le domaine des affaires. De plus, dans le domaine des crédits, avec Giovanoli, on peut dire qu'« avoir des sûretés adéquates constitue souvent une condition d'accès au crédit ». GIOVANOLI, Mario, Tendances, p. 24.

³ GILLIERON, Pierre André, p. 109. Voir aussi ROSSI, Garantie, p. 15, n. 2..

⁴ On parle du besoin de liquidités parce que le cautionnement n'offre pas au bénéficiaire l'immédiate disponibilité de la somme, puisque la caution peut lui objecter les exceptions du contrat de base. Voir *infra*, n. 722 ss.

⁵ GUTZWILLER, p. Max, p. 124 ss. Ou encore en raison de la difficulté à indiquer numériquement dans l'acte même le montant total de l'engagement. ATF 129 III 702, 707, c. 2.3 (= JdT 2004 I 535, 539 ss = rés. RSJ 100, n. 1, 18).

⁶ La garantie constitue « le pendant logique du cautionnement. » KLEINER, Suisse, p. 204.

les contrats de garanties⁷. La pratique internationale a donné sa forme au contrat de garantie.

8. Ces difficultés de qualification qui peuvent paraître assez théoriques se répercutent amplement dans le milieu des affaires. Le Tribunal fédéral et la Cour de cassation turque (Yargitay) ont maintes fois qualifié les contrats de garantie conçus par les parties d'une manière indépendante, de véritables cautionnements, devant encourir, le cas échéant, la nullité pour le vice de forme⁸.

9. Dans ce travail, nous allons d'abord étudier les différences et les ressemblances théoriques des deux contrats afin de dégager des règles de qualification susceptibles de déterminer les règles applicables à la sûreté du point de vue du droit privé.

10. Comme indiqué dans le titre, cette thèse sera un travail de droit suisse et de droit turc. Plutôt qu'un examen de droit comparé *stricto sensu*, il s'agit ici de celui de deux systèmes juridiques similaires, en particulier celui de la Suisse enrichie par les solutions du droit turc, et ce bien que le

⁷ Dans la doctrine française également, l'article 1120 CCfr sur « la représentation sans pouvoir » est pris comme base de réflexion pour expliquer les contrats de garanties.

⁸ Voir Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 1^{er} février 2001, 4C.259/2000, c. 4, in : Journée 2000 de droit bancaire et financier, Berne 2001, p. 239 ; Arrêt du Tribunal fédéral non du 29 septembre 1987, C.440/1986, c. 2c (cité par THEVENOZ, p. 195 ss) ; ATF 111 II 276 (= rés. JT 1986 255 = SJ 1986 177) ; SJ 1962 129, 134, c. 3 ; 11. HD, E. 2003/980, K. 2003/583, T. 10.04.2003 (BATIDER, Haziran 2003, v. XXII, no. 1, p. 271). Thévenoz souligne que « plus souvent que n'importe quels autres contrats, les plaideurs qui s'affrontent à propos d'une sûreté personnelle viennent en disputer la qualification. La jurisprudence publiée par le Tribunal fédéral montre, presque rituellement, que le garant tente de répudier sa signature en prétendant que son engagement, dûment interprété, n'aurait un caractère accessoire, qu'il tomberait ainsi sous le coup des dispositions impératives du cautionnement et serait donc nul de nullité absolue, faute d'en avoir respecté les conditions de formes et de capacité. » THEVENOZ, p. 169. Voir aussi ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 406 ; HANDSCHIN, p. 226 ; ARKAN, Karar, p. 986. Cette nullité, qui a constitué le sujet de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, apparaît plutôt comme un résultat de la présomption en faveur du cautionnement sur laquelle la doctrine a commencé à avoir des doutes. Il s'agit là d'une application qui génère l'insécurité des transactions nouvelles. Les parties, versées dans les pratiques du commerce, n'ont pas besoin d'être protégées de la même manière que la caution. Cela donne l'occasion à des hommes d'affaires de se soustraire à leurs engagements en invoquant les dispositions protectrices du cautionnement. NOËL, p. 113ss. « Ce risque est faible pour les garanties émises par les banques, mais non pour celles qu'elles reçoivent. Il est d'autant plus grand que l'engagement est souscrit par une personne physique dans le cadre d'une opération sans caractère international. » THEVENOZ, p. 185 ss. Voir aussi SJ 2002 I 574.

législateur turc n'ait pas adapté les modifications de 1941 du Code des obligations suisse sur le cautionnement⁹.

PREMIERE PARTIE :

**LES NOTIONS DE CAUTIONNEMENT
ET DE GARANTIE INDEPENDANTE,
CARACTERISTIQUES COMMUNES ET
DISTINCTES, CONCLUSION ET REGLES
D'INTERPRETATION**

⁹ La Turquie a presque le même Code civil et le même Code des obligations que la Suisse depuis 1926, 3 ans après la fondation de la République turque. Voir cependant *infra*, n. 44.

CHAPITRE PREMIER :

LES NOTIONS DE CAUTIONNEMENT ET DE GARANTIE INDEPENDANTE

§1 TERMINOLOGIE

11. De manière à délimiter le sujet de cette thèse, il sied de déterminer la terminologie propre à ces contrats. Nous allons ainsi parler de la notion de « sûreté » et de celle de « garantie ».

12. Dans son sens large, la notion de « garantie » est une notion plus étendue que celle de « sûreté ». Selon Gilliéron¹⁰, « la sûreté n'est qu'une espèce de garantie : c'est une garantie fournie en vue de l'exécution d'une obligation. Tandis que le concept de garantie est très large et embrasse tous les cas où une personne a le devoir d'éviter un dommage ou de le réparer indépendamment de sa faute ; la notion de sûreté est une notion plus étroite, qui vise le cas particulier de la garantie stipulée pour éviter que le créancier ne souffre de l'inexécution d'une obligation. La sûreté peut se définir donc comme <le moyen d'assurer l'exécution d'une obligation par une règle de droit> . »

13. En revanche, dans son sens étroit, soit le sens tel que nous l'avons utilisé dans le titre de ce travail en parlant des garanties indépendantes, la garantie n'est qu'une sorte de « sûreté ».

14. Nous allons donc d'abord traiter de la « garantie » au sens large, puis de la « sûreté ».

I. Notion de « Garantie » au sens large

15. Le Code des obligations ne définit pas le contrat de garantie. Quant au terme « garantie », il ne l'utilise que pour définir certaines

¹⁰ GILLIERON, Pierre André, p. 55.

obligations, telles que les obligations du vendeur, de l'entrepreneur, du bailleur ou du cédant¹¹.

16. La « garantie¹² » a plusieurs significations. Au sens large, elle peut être définie comme « toute espèce de moyen juridique d'éviter une perte ou de réparer un dommage. »¹³ Elle est corrélative de la notion de risque¹⁴.

17. Dans ce sens large, elle comprend notamment deux institutions juridiques¹⁵, soit :

- La garantie pour les défauts (*Gewährleistung*), à savoir la garantie donnée par le vendeur, le bailleur ou l'entrepreneur en relation avec l'état d'une chose ou de l'ouvrage qu'il livre ou met en location (art. 197 ss, 258, 367 ss CO).
- La garantie des créances (*Sicherungsrechte*), qui assure l'exécution, c'est-à-dire le respect des termes d'un contrat. Il s'agit des « sûretés » légales ou conventionnelles dont dispose une partie à l'encontre d'une autre pour assurer l'exécution des prétentions que la première a, aura ou pourrait avoir à l'encontre de la seconde.

18. La doctrine rapproche également de cette notion la clause pénale (art. 160 ss CO)¹⁶, convention accessoire par laquelle le débiteur promet au créancier une prestation pour les cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite ou tardive de son obligation¹⁷.

¹¹ THEVENOZ, p. 170 ss. Par exemple article 192 ss, 197 ss CO.

¹² « Garantie » est un mot qui vient de la langue allemande et qui trouve son origine à l'époque où les langues romanes ont repris le vocable « *wären* » du vieil allemand pour le transposer dans celui de garantie. KLEINER, Suisse, p. 203.

¹³ GILLIERON, Pierre André, p. 51.

¹⁴ SCYBOZ, p. 11.

¹⁵ BOVET, p. 5 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 4.

¹⁶ TERCIER, Obligations, p. 243, n. 1230 ; DESCHENAUX, Garantie, p. 1.

¹⁷ ENGEL, Obligations, p. 862. En revanche, cette institution s'éloigne de la garantie indépendante par le fait qu'elle est accessoire. BÜSSER, p. 165, n. 564. Ce n'est pas la seule différence entre la garantie indépendante et la clause pénale. En effet, bien que la garantie indépendante présuppose l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat de base, la peine conventionnelle est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage (art. 161 I CO). De plus, si la garantie indépendante ne peut être payée que par le garant en raison de son caractère indépendant, le donneur d'ordre peut en demander le remboursement partiel ou total en fonction du dommage effectivement subi par le créancier. LOGOZ, p. 72. La peine conventionnelle garantit seulement une « *Leistungsbereitschaft* ». Elle n'accorde pas au créancier une sûreté

19. C'est dans le sens de « garantie de créance » que la garantie nous occupe dans ce travail, c'est-à-dire dans le sens de « sûreté ».

II. Notion de « Sûreté »

20. La sûreté n'est pas définie par le législateur. Selon le Tribunal fédéral, la sûreté est « l'ensemble des relations juridiques qui offrent une garantie au créancier pour le remboursement de sa créance » ou « tous droits qui améliorent la position du créancier par rapport aux créanciers ordinaires » ou encore « tout droit lié à la créance qui, abstraction faite de la personne du débiteur, est apte et destiné à couvrir. »¹⁸

21. La sûreté est un moyen pour le créancier de se prévaloir contre l'inexécution d'un débiteur, soit en lui réservant des biens sur lesquels il sera en mesure de se désintéresser prioritairement (les sûretés réelles), soit en lui fournissant d'autres débiteurs (les sûretés personnelles). En d'autres termes, le créancier qui ne sait pas au moment de la conclusion du contrat si le patrimoine du débiteur sera suffisant, ni combien d'autres créanciers pourront se servir sur ce patrimoine, exige une sûreté réelle qui le privilégie en cas de concours avec d'autres créanciers ou/et une sûreté personnelle qui le protège contre l'insuffisance du patrimoine (*i. e.* contre le risque d'insolvabilité) du débiteur en rendant responsable d'autres personnes pour une partie ou totalité de la même dette. Elle est la garantie de l'exécution parfaite d'une obligation¹⁹.

additionnelle sur la solvabilité du débiteur ce qui la différencie également du cautionnement. BÜSSER, p. 85 ss, n. 299. En outre, « dans les rapports contractuels entre le donneur d'ordre de la garantie et le bénéficiaire, les paiements de la banque qui agit pour le compte du donneur d'ordre, doivent être naturellement imputés aux prétentions qui appartiennent au bénéficiaire de la garantie. Or, cela est manifestement contraire à la nature de la peine conventionnelle. » DOHM, Garantie, p. 56, n. 69. La caractéristique par laquelle la clause pénale est due même en l'absence de dommage la différencie d'une sûreté au sens strict. Elle est ainsi une sanction incitative, ce qui la différencie du cautionnement. CR-MEIER, art. 492, n. 35 ; SCYBOZ, p. 30. Enfin, lorsque le débiteur s'engage lui-même à payer la clause pénale, ce qui est généralement la règle, cela ne donne pas lieu à une opération triangulaire. KLEINER, Bankgarantie, p. 101, n. 9.02. En effet, le cautionnement et la garantie indépendante donnent lieu à une opération triangulaire, voir *infra*, n. 128 ss.

¹⁸ ATF 106 II 161, 163 ss, c. 2b (= JdT 1980 I 594, 596). (Définition donnée par le Tribunal fédéral en expliquant la notion de « sûreté » de l'article 494 III CO).

¹⁹ SCYBOZ, p. 23.

22. La notion de sûreté comprend donc toutes les garanties réelles ou personnelles procurant au créancier plus que le droit ordinaire sur l'ensemble des biens du débiteur. Cette définition est toutefois suffisamment vaste pour recouvrir aussi tous les privilèges légaux dont peuvent jouir certaines catégories de créanciers dans la procédure de faillite. Nous n'en parlerons toutefois pas dans la mesure où cette forme particulière de sûretés est traditionnellement rattachée au seul droit des faillites et concordats sans qu'un lien direct ne soit établi avec le droit des obligations. La distinction entre les sûretés telles que nous les entendons et les privilèges légaux réside dans le seul fait que les premiers reposent sur des actes passés entre le débiteur, le créancier et un éventuel tiers et ne visent pas, en tout cas pas directement, l'exécution forcée, alors que les privilèges légaux reposent, comme leur nom l'indique, sur la seule loi, plus particulièrement sur la Loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite.

A. Sûreté réelle

23. Une sûreté réelle est une sorte de garantie dont l'objet est une chose mobilière ou immobilière. Par une sûreté réelle, un débiteur affecte spécialement un objet de son patrimoine à la garantie d'une obligation et donne au créancier un droit réel sur cet objet. Elle confère à son titulaire un droit réel, opposable *erga omnes*, grève un objet particulier sur lequel le créancier a un droit préférentiel, soit un droit de se faire désintéresser prioritairement aux autres créanciers du même débiteur. Contrairement aux sûretés personnelles, les sûretés réelles sont limitées par le principe de *numerus clausus*. Cela signifie que les parties ne peuvent pas valablement créer d'autres sûretés réelles que celles qui ont été admises par le législateur²⁰.

24. Si l'objet est une chose immobilière, on parle de gages immobiliers, tels que l'hypothèque, la cédula hypothécaire et la lettre de rente. En revanche, s'il s'agit d'une chose mobilière ou de créances et d'autres « droits aliénables » régis par les articles 899 ss CC, on parle de gage mobilier.

25. Dans la mesure où notre travail porte sur les garanties personnelles, nous n'étudierons pas en détail les sûretés réelles.

²⁰ BOVET, p. 6 ; FOËX, p. 122 ; SCYBOZ, p. 24.

B. Sûreté personnelle

26. Contrairement à une sûreté réelle, une sûreté personnelle ne confère pas au créancier un droit réel sur une chose, mais uniquement une créance, un droit personnel contre le garant qu'il peut faire valoir lorsque les conditions sont réunies²¹.

27. Par une sûreté personnelle, une ou plusieurs personnes ajoutent leur engagement personnel à l'obligation du débiteur principal²². Elle est définie comme l'engagement que prend le tiers en garantie de la dette du débiteur²³. Le créancier exerce son droit provenant de la sûreté personnelle exclusivement contre la personne du garant et ne jouit pas d'un droit direct de réalisation sur ses biens²⁴. Une sûreté personnelle implique donc trois parties en cause. On ne peut pas imaginer une garantie personnelle accordée par le débiteur lui-même²⁵.

28. Le cautionnement et la garantie indépendante font partie des sûretés personnelles et confèrent au créancier un droit contre le garant qu'il peut faire valoir si le débiteur principal n'exécute pas son obligation ou ne l'exécute pas à temps.

29. Ces sûretés personnelles font l'objet de notre étude. Cependant, même après toutes ces explications, le sujet est loin d'être délimité.

30. En effet, dans le milieu des affaires, les termes « contrat de garantie » ne font pas référence à un type de contrat de droit des obligations, mais aux sûretés personnelles en général. De même, lorsque le mot « garant » est utilisé, on comprend le fournisseur d'une garantie personnelle, quelle que soit l'exacte nature juridique de son engagement, qu'il s'agisse, par exemple, d'une garantie indépendante, d'un cautionnement ou d'un aval²⁶. Nous suivrons également cette pratique et n'utili-

²¹ PETER, p. 292.

²² GILLIERON, Pierre André, p. 109.

²³ TERCIER, Obligations, p. 245, n. 1245.

²⁴ BOVET, p. 13.

²⁵ GILLIERON, Pierre André, p. 121.

²⁶ POULLET, Garantie, p. 20. Pour le traducteur du Tribunal fédéral aussi, « dans la traduction qui suit, convention de garantie (*Sicherungsversprechen, Sicherungsvertrag*) est un terme générique. La convention comprend notamment la reprise cumulative de dette, le cautionnement, la promesse de porte-fort. Dans le texte allemand du CO, le titre marginal de l'article 111 porte <Vertrag zu Lasten eines Dritten>. Manifestement erronée, l'expression est inutilisée. Doctrine et jurisprudence disent <Garantievertrag>. Dans le texte français, le titre marginal de l'art. 111 indique : <Porte-fort>. D'où promesse de porte-fort pour le contrat. Bien précise,

serons que le terme « garantie » lorsque les deux contrats seront en question et que le terme « garant » quand les explications concerneront la caution et le garant en même temps.

31. Enfin, la notion de garantie « bancaire » est souvent utilisée, car, bien que toute personne physique ou morale puisse s'engager en tant que garant, il s'agit une activité traditionnellement bancaire²⁷.

III. Délimitation quant aux contrats-types

32. La doctrine récente opère une distinction entre deux types de contrats de garantie indépendante : « Garantie pure » ou « garantie déliée (*Reine Garantie*) » et la « garantie similaire au cautionnement (*die Bürgerschaftsähnliche Garantie*) ».

33. Le premier type de garantie est un contrat stipulé isolément ; il lie le garant et le bénéficiaire indépendamment de l'existence d'un autre contrat. La fonction économique de ce contrat est d'orienter un tiers (le bénéficiaire) pour qu'il agisse au profit du garant, de son organisation, ou qu'il exécute une prestation déterminée. En d'autres termes, il s'agit d'encourager telle attitude du stipulant ou de promouvoir le succès de l'une de ses activités²⁸. C'est pourquoi une certaine doctrine le dénomme comme « *Animiergarantievertrag* »²⁹. Le garant promet un résultat indépendamment de tout autre rapport d'obligation. Le type classique de garantie dite « pure » est la garantie de bénéfice ou de dividende³⁰. Il s'agit des contrats par lesquels, le garant, ou plutôt une banque chargée par une société d'attirer des investisseurs, garantit aux nouveaux actionnaires le versement d'un dividende minimum à la clôture de l'exercice³¹.

l'expression est préférable à <contrat de garantie> traduction littérale de l'allemand. » JdT 1988 I 185 ss.

²⁷ PETER, p. 303. On peut la définir comme l'« engagement irrévocable pris par une banque ou une autre institution analogue de fournir au bénéficiaire une prestation en espèces au cas où un tiers ne respecterait pas les obligations qu'il a envers lui. » TERCIER, Contrats, p. 905, n. 6313.

²⁸ SCYBOZ, p. 14 ; TEKINALP, p. 374, n. 73.

²⁹ BÄR, p. 13 ; TANDOĞAN, II, p. 804.

³⁰ Dans ces derniers cas, un « *einfachen und ganz bestimmter Erfolg* » est garanti. ZOBL, p. 32.

³¹ ROSSI, Garantie, p. 90, n. 231. Voir aussi RUTZ, p. 1 ss, Pour des exemples de garanties déliées, voir *Idem*, p. 90, n. 232-234. Voir aussi BÜSSER, p. 40, n. 137 ; LARDELLI, p. 93 ; BECK, einl., n. 23 ; SPAINI, p. 74 ; TUNÇOMAĞ, p. 977.

34. Régi par l'article 111 CO, le contrat de garantie pure peut être aisément distingué d'un cautionnement, car il n'y a pas de contrat de base, ni d'obligation préexistante, mais uniquement une prestation due à la réalisation de certaines conditions³². En d'autres termes, la garantie naît, existe, et disparaît de manière tout à fait autonome, sans avoir aucune liaison avec une autre obligation³³. Ce type de garantie ne fait pas l'objet de ce travail.

35. Le second type de garantie indépendante se différencie en ce que la conclusion du contrat est précédée d'un rapport de base dit « de valeur » entre le bénéficiaire de garantie et un tiers, le donneur d'ordre³⁴.

36. Ce deuxième type pose plusieurs problèmes de qualification dus à sa ressemblance avec le cautionnement³⁵. En effet, tant en matière de cautionnement qu'en matière de garantie, le fait promis consiste en l'exécution d'une obligation d'un tiers envers le stipulant provenant d'un contrat de base. Nous allons étudier ce deuxième type de garantie à la lumière des règles relatives au cautionnement.

37. La problématique de la thèse ne porte ni sur la garantie indépendante ni sur le cautionnement en général. C'est pourquoi nous n'allons pas traiter d'une manière approfondie de ces contrats en tant que tels, mais essayer seulement de donner des explications rapides sur quelques

« Une banque ou une communauté publique, par exemple, couvre la perte que subirait une entreprise sans que des tiers doivent quoi que ce soit au bénéficiaire. » ATF 113 II 434, 436, c. 2a (= JdT 1988 I 185, 187). Par exemple, une banque fait une promesse publique et déclare que le gagnant d'une loterie organisée par un journal quotidien peut être récompensé par n'importe laquelle de ses succursales. HGK, E. 1987/3-309 K. 1987/870 T. 25.11.1987 (www.kazanci.com.tr).

³² ZBJV 58, 498, c. 3 ; GUGGENHEIM, Bancaire, p. 348. Cet auteur nous donne toutefois un exemple après avoir dit que les garanties dites pures sont extrêmement rares ; par exemple, la garantie donnée par la Confédération à l'occasion de l'exposition nationale suisse en 1964 dans laquelle il était prévu que cette dernière prenait en charge une certaine partie du déficit. Pour d'autres exemples, voir GUGGENHEIM, Bancaire, p. 348, note. 76. Sur ce sujet, voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 28, n. 5.01 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 24.

³³ THEVENOZ, p. 169. Par exemple, la garantie du déficit d'une kermesse.

³⁴ Voir aussi CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 3 ; TEKINALP, 374, n. 72 ; ERDEM, Genel, p. 987 ; YAVUZ, p. 804 ss ; DOĞAN, p. 49 ss.

³⁵ BK-WEBER, art. 111, n. 46 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 21 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 6 ; THEVENOZ, p. 169. Meier, pour qui le contrat de garantie n'est rien d'autre que le porte-fort, exprime son idée de manière suivante : « [...] en d'autres termes lorsque la promesse de porte-fort se rapporte d'une manière ou d'une autre à un contrat qui confère au bénéficiaire une prestation contre un tiers. » CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 25.

caractéristiques, afin de mettre en évidence les raisons et les conséquences juridiques d'une telle distinction du point de vue du droit des obligations. Dans notre systématique, nous allons laisser la priorité au cautionnement, contrat réglé de manière détaillée par le législateur, afin de bien comparer et comprendre la garantie indépendante.

§2 HISTORIQUE

I. Cautionnement

38. A la différence du Code des obligations turc dont les dispositions n'ont pas été modifiées³⁶, le Code fédéral des obligations de 1881 a été révisé par le Code des obligations de 1911³⁷ et les dispositions inhérentes au cautionnement ont été modifiées en 1941.

39. L'introduction du nouveau Code des obligations du 30 mars 1911 a entraîné la modification des dispositions régissant le droit du cautionnement. La nouvelle version comprenait les dispositions suivantes destinées à sauvegarder les intérêts de la caution : la protection de la caution qui s'engage en fonction de l'existence d'autres cautions³⁸, l'indication dans l'acte du montant à concurrence duquel la caution est tenue³⁹ et enfin l'interdiction de renoncer d'avance au bénéfice de la subrogation dans ses droits contre le débiteur⁴⁰.

40. Ces nouvelles dispositions visent à prémunir les cautions contre les abus qu'elles peuvent subir et qu'elles subissent d'ailleurs fréquemment. L'abus est dû à l'inexpérience des cautions qui ne mesurent pas bien les risques qu'elles encourent. Elles sous-estiment la future

³⁶ Voir cependant *infra*, n. 44.

³⁷ FF 1911 II 1 ss.

³⁸ Art. 497 III aCO : « Lorsque la caution s'est engagée sous la condition, reconnaissable pour le créancier, que d'autres cautions s'obligeraient avec elle pour la même, elle est libérée si cette condition ne s'accomplit pas. »

³⁹ Art. 493 aCO : « La validité du cautionnement est subordonnée à l'observation de la forme écrite et à l'indication d'un montant déterminé jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue. »

⁴⁰ Art. 505 II aCO : « Il n'est pas permis de renoncer d'avance au bénéfice de cette subrogation. »

éventualité de paiement en la considérant comme improbable et fréquemment lointaine⁴¹.

41. La doctrine fut unanime à critiquer l'insuffisance de la révision de 1911. Selon elle, « la simple forme écrite se révélait insuffisante, les exigences relatives à l'indication du montant de la garantie étaient imprécises et les contrats préformulés écartaient systématiquement tout devoir de diligence à la charge du créancier. »⁴² Il fallait éviter la réalisation des engagements irréfléchis motivés par des seules questions de convenance personnelles. Aussi, les sollicitations d'un parent ou d'un ami jointes à la crédulité et à l'inexpérience inclinent-elles la caution à souscrire une garantie à la légère, parfois hors de proportion avec sa capacité financière, quand ce n'est pas dans l'égarement du cautionnement réciproque⁴³.

42. Ces constatations doctrinales ont poussé le législateur à effectuer de nouvelles modifications en matière de cautionnement. Le droit du cautionnement a été donc soumis à une révision complète par la loi fédérale du 10 décembre 1941, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1942. Les modifications apportées par cette nouvelle loi ont reçu, elles aussi, plusieurs critiques par la doctrine au motif qu'elles étaient trop complexes et par conséquent hors de portée de tout un chacun⁴⁴. Les modifications ont eu pour effet de sauvegarder les intérêts de la caution, c'est-à-dire d'améliorer sa position juridique en limitant notamment sa capacité de cautionner et exigeant un formalisme très strict pour s'engager⁴⁵. Le fait que ces exigences de forme soient aussi présentes dans le domaine commercial a restreint l'utilisation de ce contrat⁴⁶. En effet, le droit suisse

⁴¹ CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 2 ; WIEGAND, Bürgschaft, p. 178 ; KARATAY, 618. Et cela était le cas surtout dans les régions agricoles. CAVIN, Révision, p. 290.

⁴² CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 2.

⁴³ SCYBOZ, p. 37. Voir aussi BELSER, Finanzierung, p. 211. Pour des exemples, voir STAUFFER, p. 11a ss ; HENRY, p. 146a ss. Voir aussi Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de lois révisant le XX^{ème} titre du Code des obligations du 30 mars 1911, FF 1939, II, p. 862 ss.

⁴⁴ CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 3 ; CAVIN, Cautionnement, p. 52 ; WIEGAND, Bürgschaft, p. 187.

⁴⁵ CAVIN, Cautionnement, p. 34 ss. Voir aussi ALBISETTI, GSELL, p. 76 ss ; GÖKTÜRK, p. 335 ss. Voir aussi Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de lois révisant le XX^{ème} titre du Code des obligations du 30 mars 1911, FF 1939, II, p. 857 ss.

⁴⁶ HANDSCHIN, p. 226. On avait aussi proposé un registre des cautionnements, qui n'a pas été admis par le législateur. Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de lois révisant le XX^{ème} titre du Code des obligations du 30 mars 1911, FF 1939, II, p. 867 ss.

ne distingue pas le cautionnement civil du cautionnement commercial, si bien que les règles strictes qui conviendraient peut-être à un cautionnement civil apparaissent bien trop sévères lorsqu'elles sont appliquées à un cautionnement commercial. Cela découle du fait que le droit suisse ne distingue pas, en général, le droit civil du droit commercial.

43. Avec la révision de 1941, à part les normes protectrices relatives à la formation, à la modification et à la fin du contrat (art. 493 ; 494 ; 499 I ; 500 I-2 ; 509 CO) et les incombances imposées au créancier (art. 501 I, III ; 503 ; 505 I, II CO) les droits conférés à la caution sont accrus⁴⁷ ; en ce qui concerne :

- le bénéfice de discussion (art. 495 I, II ; 496 II CO)⁴⁸,
- le bénéfice de division (art. 497 II CO)⁴⁹,
- la suspension de la poursuite (art. 501 II CO)⁵⁰,
- les exceptions provenant de contrat de base (art. 502 CO)⁵¹,
- le droit d'imposer le paiement (art. 504 CO)⁵²,
- les droits à des sûretés et à la libération (art. 506 CO)⁵³,
- le droit de recours (art. 507 CO)⁵⁴,
- le droit à l'action en enrichissement illégitime du créancier (art. 508 III)⁵⁵,
- la limitation de la responsabilité de la caution dans le temps (art. 509-511 CO)⁵⁶.

⁴⁷ CR-MEIER, art. 492, n. 60, WIEGAND, Bürgerschaft, p. 185 ss, GUHL, Bürgschaftsrecht, 16 ss.

⁴⁸ Voir *infra*, n. 748 ss.

⁴⁹ Voir *infra*, n. 758 ss.

⁵⁰ Voir *infra*, n. 640 ss.

⁵¹ Voir *infra*, n. 722 ss. Pour la doctrine, bien que le Code ne parle que des exceptions, il s'agit là des exceptions au sens technique du terme (*Einrede*) et des objections (*Einwendung*), ainsi que de « tous les moyens, résultant de la loi ou de l'obligation, qui permettent au débiteur principal de refuser, temporairement ou définitivement, l'exécution de la dette principale. » Voir *infra*, n. 723. Dans ce travail aussi, le terme « exception » est utilisé dans ce sens large quand il s'agit des exceptions que le garant peut ou ne peut pas opposer en cas d'appel à la garantie.

⁵² Voir *infra*, n. 802 ss.

⁵³ Voir *infra*, n. 825 ss.

⁵⁴ Voir *infra*, n. 830 ss.

⁵⁵ Voir *infra*, n. 686.

44. Actuellement, le Ministère turc de la justice a préparé un projet de loi révisant le Code des obligations turc (PCOtr)⁵⁷. Le projet a notamment pour but d'adapter le Code des obligations aux développements économiques et techniques de notre époque et aux besoins de la globalisation. Pour ce faire, il prévoit les mêmes modifications que celles apportées par le législateur suisse en 1941 sur le cautionnement, avec les exceptions suivantes :

- Pour la conclusion du cautionnement, seule la forme écrite qualifiée est prévue. En revanche, la caution doit écrire de sa main l'indication du montant maximum à concurrence duquel elle est tenue, la date de l'engagement et, le cas échéant, qu'elle s'engage en qualité de caution solidaire (art. 588 PCOtr, art. 493 CO).
- Selon l'article 590 I 3 PCOtr, à part les cas prévus par l'article 495 CO, la caution perd également son bénéfice de discussion en cas d'ajournement de la faillite.
- L'article 590 II PCOtr (art. 495 II CO) prévoit que le créancier doit se payer d'abord sur les gages à condition qu'ils soient constitués avant ou simultanément au cautionnement,
- A la différence de l'article 497 III CO, l'article 592 III PCOtr ne prévoit pas que lorsque l'engagement de l'une des cautions est déclaré nul, le juge puisse se borner, si l'équité l'exige, à atténuer convenablement la responsabilité de la caution.
- L'article 603 III PCOtr ne prévoit qu'un délai maximum de dix ans, à la différence du délai de vingt ans prévu par l'article 509 III CO.
- L'article 605 PCOtr prévoit que, à la différence de l'article 510 III CO qui accorde au créancier un délai de grâce de quatre semaines, la caution qui s'est engagée pour un temps déterminé est libérée à l'expiration de ce délai.
- L'article 606 PCOtr prévoit une durée d'un mois au lieu de quatre semaines (art. 511 I CO).

⁵⁶ Voir *infra*, n. 897 ss, 912 ss, 928 ss.

⁵⁷ Pour le projet de loi révisant le Code des obligations turc, voir KUNTALP, BARLAS, AYANOĞLU MORALI, ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, İPEK, YAŞAR, KOÇ, p. 287 ss.

- Selon l'article 607 PCOtr, si la caution garantit la prestation d'employés pour une durée indéterminée, le cautionnement peut, par avertissement donné une année à l'avance, être dénoncé pour la fin de chaque période de trois ans. Cette durée est de quatre ans pour le droit suisse (art. 512 III CO).
- Les articles 509 IV, VI, 510 IV, V, 512 I et II CO et la deuxième phrase de l'article 509 III CO font défaut dans le nouveau projet de loi.

45. Enfin l'article 608 PCOtr introduit une toute nouvelle disposition dans le système du cautionnement. Selon cette disposition, une convention est soumise aux règles relatives au cautionnement lorsqu'elle a été passée avec une caution qui est une personne physique et que cette convention a été dénommée différemment afin d'éviter les règles protectrices du cautionnement. Apparemment, la disposition vise à augmenter la protection apportée à la caution par le législateur suisse de 1941. Il est cependant difficile de comprendre le sens exact de cette disposition. Si on la comprend comme une disposition spécifique de la simulation, elle n'ajoute rien à l'article 18 CO. Le contrat dénommé différemment constitue l'acte simulé et est inefficace faute de manifestations de volonté réciproques et concordantes (art. 1 CO). Le cautionnement, le contrat dissimulé, est efficace si les parties ont respecté les prescriptions de forme, inefficace si elles ne les ont pas respectées. On ne peut pas dire que la disposition vise à sauvegarder le cautionnement, même si ce dernier ne revêt pas la forme écrite, car, c'est dans ce cas-là que les règles relatives à la forme de ce contrat perdraient toute leur efficacité.

II. Garantie indépendante

46. La garantie indépendante est apparue afin de suivre les exigences de la pratique. Après la fin de la deuxième guerre mondiale, suite à une croissance considérable dans les affaires commerciales internationales, les exportateurs-vendeurs, dans un marché de « vendeurs », ont commencé à se faire payer par l'intermédiaire des crédits documentaires pour supprimer le risque d'insolvabilité de l'acheteur et pour lui garantir le paiement dès l'expédition de la marchandise. Après le rééquilibrage du marché au profit des acheteurs, comme résultat de la concurrence, les importateurs-acheteurs ont commencé à exiger une garantie de bonne exécution à leur tour. Les vendeurs ont fourni des « dépôts en espèces ou

en titres » en guise de garantie. L'exportateur devait donc supporter la saisie de ses biens, mis en dépôt au cas où l'importateur contesterait la bonne exécution du contrat, suivant la fameuse règle « payer d'abord, réclamer ensuite »⁵⁸.

47. Avec la croissance dans les durées et la complexité des contrats au fil des années, ce type de sûreté est devenu un poids lourd pour les trésoreries des entreprises exportatrices, car elle les obligeait à immobiliser des fonds considérables.

48. Le cautionnement se révélait également inadéquat, car, sûreté accessoire, il donnait à la caution le droit et l'obligation d'opposer toutes les exceptions du vendeur-exportateur. L'importateur devait engager une procédure judiciaire ou arbitrale, longue et coûteuse, pour justifier le bien-fondé de sa demande de paiement⁵⁹.

49. En outre, le risque assumé par la caution se limitait à l'insolvabilité du débiteur principal. La caution est tenue dans la mesure où le débiteur principal est tenu. En revanche, une telle limitation du risque assumé s'est révélée inadéquate dans le domaine des affaires, et surtout au plan international qui ajoutait d'autres menaces au risque d'insolvabilité du débiteur. Par une garantie indépendante, le garant peut notamment assumer, au-delà du risque d'insolvabilité du débiteur principal, les risques de change, de force majeure, politiques, de transfert, d'extranéité, d'imprévision, d'incompétence de l'exportateur, de modification des obligations de l'exportateur et les risques dus à la rédaction du contrat ou à la multiplicité des parties au contrat⁶⁰. Le garant est responsable de tout hasard atypique⁶¹.

50. La garantie indépendante a donc plutôt été l'instrument de la pratique internationale⁶² en tant que conséquence des nouvelles structures

⁵⁸ Par contre, si l'importateur admettait que l'exécution était parfaite, il restituait le dépôt à l'amiable à l'exportateur.

⁵⁹ Pour plus de détails LOGOZ, p. 17 ss ; ROSSI, Garantie, p. 27 ss, n. 33 ss. La garantie offre en outre l'avantage de ne pas impliquer une immobilisation de fonds de la part du donneur d'ordre. VELU, p. 214.

⁶⁰ Voir *infra*, n. 175 ss.

⁶¹ DOHM, Garantie, p. 57, n. 71.

⁶² NOËL, p. 113 ; LOGOZ, p. 20 ; KAHYAOĞLU, p. 1 ; BOVET, p. 13 ; FLORESCU, p. 373. En revanche, ceci ne veut pas dire qu'elle n'a pas de domaine d'application dans le droit interne. Par exemple, en Suisse, on utilise de telles garanties pour remplacer les hypothèques légales des artisans et des entrepreneurs (art. 836 ss CC) grevant des immeubles destinés à une vente de spéculation. Puis, cela est devenu une pratique étendue dans tous les domaines où un dépôt de sommes

d'échanges. L'apparition de relations contractuelles sophistiquées⁶³, notamment les contrats de longue durée, les contrats de services, les contrats de transfert de technologie, a entraîné un nouveau besoin de crédit.

51. Tout ce que nous avons dit ci-dessus a donné lieu à l'utilisation des garanties indépendantes dans le commerce à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, puis à l'émergence d'un type de garantie autre que le cautionnement, spécialement dans le milieu des affaires internationales⁶⁴.

52. Malgré tous ces besoins de la pratique pour la garantie indépendante, celle-ci n'est pas régie par le législateur de manière détaillée. La seule disposition dans la législation suisse et la législation turque⁶⁵ à

d'argent est requis en guise de garantie. En outre, en matière des contrats de locations immobiliers d'une certaine importance, on voit plutôt des engagements bancaires inconditionnels au lieu des dépôts de cautionnement. De même, les grosses entreprises du bâtiment préfèrent les garanties bancaires à première demande même dans les affaires internes. Pour les exemples, ROSSI, Garantie, p. 71, n. 175 ss et note. 23. « Le remplacement du dépôt de cautionnement par la garantie automatique atténuée certainement la radicalité de la sûreté, en atténuée la brutalité. » LESGUILLONS, Conclusion, p. 516.

⁶³ Contrairement aux accords ponctuels et de courte durée des années avant la fin de Deuxième guerre mondiale. DOHM, Garantie, p. 30, n. 2, Conservatoire, p. 54. « Les contrats d'exportation n'ont pas cessé de se compliquer, faisant apparaître l'insuffisance de l'offre et de l'acceptation comme instrument juridique. Ces contrats nécessitent une élaboration juridique beaucoup plus longue que les contrats classiques. Ils ne se limitent pas à envisager la livraison de biens corporels, mais prévoient aussi le transfert de certains services ainsi que la garantie du bon fonctionnement de l'ensemble. Il faut rappeler que, dans des contrats d'une telle envergure, il est difficile de délimiter avec précision les prestations de l'exportateur. De plus, au moment de la conclusion du contrat, il est souvent impossible de déterminer toutes les conditions essentielles auxquelles l'exportateur devra satisfaire pour atteindre le but de l'opération. Aussi est-il rare que le déroulement de pareils accords ne se heurte à aucune contrainte. La réalisation du marché exige souvent la modification des engagements auxquels l'exportateur a souscrit. » ROSSI, Garantie, p. 52, n. 118.

⁶⁴ Une banque n'accepte que des engagements de garantie des personnes morales, surtout des autres banques, à l'exclusion des personnes physiques. EMCH, RENZ, BÖSCH, MONTAVON, de WERRA, BIZZOZERO, p. 98 ; HORN, p. 88.

⁶⁵ Voir cependant *infra*, n. 63, 725. Il y a également d'autres articles qui parlent de la garantie sans toutefois en fournir une définition ni définir un régime juridique en ce qui la concerne. Par exemple, l'article 7 I b de la Loi fédérale sur le crédit à la consommation prévoit que la loi en question ne s'applique pas aux contrats de crédit ou aux promesses de crédit couverts par le dépôt d'une garantie bancaire usuelle ou pour lesquels le consommateur a déposé suffisamment d'avoirs auprès du prêteur.

laquelle la doctrine et la jurisprudence tentent de rattacher la garantie est l'article 111 CO (art. 110 COtr) qui concerne le porte-fort⁶⁶.

⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 5 août 1998, C.23/1998 ; in : RSDA 1998 315 ; ATF 120 II 34, c. 6d (= rés. JdT 1995 I 157 = rés. SJ 1994 432) ; ATF 120 II 34 c. 5b (considérant non publié, cité par THEVENOZ, p. 194) (= rés. SJ 1994 432) ; ATF 120 II 331, 334, c. 3a (= JdT 1995 I 359, 362) ; ATF 113 II 434, 438, c. 2c (= JdT 1988 I 185, 188) ; ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JT 1986 255 = SJ 1986 177, 180) ; RSJ 82, n. 59, 374, ZR 1974 n. 94, p. 245, 252, c. 2 ; ATF 101 II 323 (= JdT 1976 I 537 = RNRF 58 309 = Pra 64 262) ; RVJ 1968 163, 165 ; RVJ 1967 144, c. 1 ; SJ 1964 49, 51 ; ATF 75 II 49, 50, c. 2 (= JdT 1949 I 298) ; SJ 1962 129, 133 ss ; c. 3, SJ 1959 542, 547, 548, c. e ; RJB 1957 278, 279, c. 2, RSJ 48, n. 84, 224, 225 ; ATF 76 II 33, 35, c. 2 (= JdT 1950 I 488, 490) ; ATF 66 II 26, 28, c. a (= JdT 1940 I 551, 552) ; RJB 72 232, 233, c. 3 ; 13. HD, E. 2002/811, K. 2003/3514, T. 27.3.2003 (www.kazanci.com.tr) ; 19. HD, E. 2001/8061, K. 2002/5973, T. 23.9.2002 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 2002/3720, K. 2002/7696, T. 24.6.2002 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 2002/2275, K. 2002/5138, T. 6.5.2002 (www.kazanci.com.tr) ; 11. HD, E. 2001/10654, K. 2002/506, T. 28.1.2002 (YKD 2002, v. 28, no. 8, p. 1190) ; HGK, E. 2001/19-998, K. 2001/1088, T. 28.11.2001 (Yargı Dinyast, Mart 2002, no. 75, p. 49) ; HGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583, T. 4.7.2001 (www.kazanci.com.tr) ; 19. HD, E. 1999/4793, K. 1999/7676, T. 14.12.1999 (www.kazanci.com.tr) ; 19. HD, E. 98/3247, K. 98/5718, T. 2.10.1998 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 942) ; 13. HD, E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr) ; 15. HD, E. 1989/2547, K. 1990/359, T. 5.2.1990 (www.kazanci.com.tr) ; 11. HD, E. 1983/2462, K. 1983/2617, T. 17.5.1983 (www.kazanci.com.tr) ; HGK, E.1979/1-1941, K. 1981/560, T. 3.7.1981 (www.kazanci.com.tr) ; 11. HD, E. 1979/5075, K. 1979/5456, T. 27.11.1979 (www.kazanci.com.tr) ; İBK, E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 (RG 3.10.1969 13317) ; 19 HD, E. 7107, K. 8738, T. 18.12.2000 (cité par BARLAS, Kredi, p. 945, note. 12) ; 11. HD, E. 5093, K. 4856, T. 28.9.1987 (Yasa 1988, v. 11, no. 275) ; HGK, E. 1979/11-1915, K. 1982/865, T. 27.10.1982 (www.kazanci.com.tr) ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 359, n. 4156 ; BEGUELIN, FJS 769, p. 1 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 132, n. 12.03 ; RAPP, p. 264 ; GUTZWILLER, p. Max, p. 126 ; SCYBOZ, p. 13 ss ; BK-WEBER, art. 111, n. 22 ss ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 1 ; FLURY-SCHMITT, p. 158 ; YAVUZ, p. 803 ; SCHNEEBERGER, p. 74 ; de GOTTRAU, I, p. 26 ; HANDSCHIN, p. 228 ; ZOBL, p. 30 ; REIN, p. 58 ; EREN, p. 1108 ; DOĞAN, p. 77 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 772 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 48 ; SELÇUK, p. 19 ; TEKİNALP, p. 379, n. 86 ; ERMAN, p. 415 ; von TUHR, ESCHER, p. 236 ; EMCH, RENZ, ARPAGAUS, p. 386, n. 1194 ; HUGUENIN, Besonderer, p. 187, n. 1224 ss ; SCHWENZER, Obligationenrecht, p. 468, n. 86.28 ss ; GUHL, Obligationenrecht, p. 176, n. 20 ; STAUFFER, p. 9a ss ; BECK, einl., n. 18 ; LARDELLI, p. 94 ; PETER, p. 299 ; HONSELL, p. 388 ; HANISCH, p. 49 ; KRAMER, PROBST, p. 455. Pour des opinions divergentes, voir de GOTTRAU, I, p. 25ss ; GUGGENHEIM, Garantie, p. 170, note. 11 ; GÜNAL, p. 971 ; DOHM, Garantie, p. 66, n. 95 ; GIGER, p. 258 ; ÖZDEMİR, p. 258 ; TUNÇOMAĞ, p. 978 ss ; RAPP, p. 265. Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a admis la différence entre le porte-fort et la garantie. Selon

53. En revanche, bien qu'il n'y a pas de disposition légale détaillée sur les garanties, celles-ci ont toutefois fait l'objet de réglementation au niveau international. Premièrement, en 1978, la Chambre du Commerce Internationale (CCI) a élaboré des « Règles uniformes pour les garanties contractuelles » en 1978⁶⁷. Il s'agissait de moraliser la pratique des **garanties indépendantes** par la consécration du principe selon lequel l'appel à la garantie doit être fondé. La pratique n'a presque jamais suivi ces règles, qui n'ont aucune force obligatoire et n'étant que de simples suggestions pour les parties acceptant de les incorporer dans leur contrat⁶⁸.

54. Le CCI en a tiré les conclusions et a publié en avril 1992 les « Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD) » qui élargissent l'application des anciennes Règles aux garanties « à première demande »⁶⁹. Toutefois, elles ne constituent ni du droit coutumier commercial⁷⁰ ni de simples usages commerciaux⁷¹ et elles n'ont pas trouvé, elles non plus, un grand domaine d'application.

55. En outre, en 2000, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a élaboré la « Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (CNUDCI) ». Mais, faute d'avoir traité de manière satisfaisante la fraude, cette convention n'a pas été signée par un grand nombre de pays et n'a pas été incorporée dans les conventions des parties⁷².

la Cour, « en vertu de la liberté contractuelle (art. 19 CO), une partie qui entend fournir une garantie, couvrir un cocontractant contre un risque ou partager ce risque avec lui n'est pas limitée au choix entre un cautionnement ou porte-fort. Elle dispose d'autres possibilités d'engagement telles que la reprise de dette, la reconnaissance d'une dette future déterminable, la garantie <à première demande> ou encore une garantie proche ou similaire, qui est contrat *sui generis* ou innommé. » ATF 119 II 132, c. 4a (considérant non publié, cité par BÜSSER, p. 483).

⁶⁷ Publication CCI n. 325, Paris 1978.

⁶⁸ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 333.

⁶⁹ RAPP, p. 278. Voir aussi LOGOZ, p. 40.

⁷⁰ de GOTTRAU, I, p. 8 ; GUGGENHEIM, Garantie, p. 168, note. 8.

⁷¹ « Il est toutefois difficile d'admettre qu'il existe, en l'occurrence, un usage suffisamment généralisé de ces règles toutes nouvelles, ainsi qu'une opinion *iuris sive necessitatis*, pour admettre une telle coutume. » GUGGENHEIM, Bancaire, p. 334, note. 30. Voir aussi BÜSSER, p. 47, n. 158 ss.

⁷² de GOTTRAU, I, p. 8 ss. La Convention ne s'applique *ipso iure*, en matière de garantie indépendante, que si l'établissement du garant dans lequel l'engagement a été émis est situé dans un Etat contractant ou si les règles du commerce international privé aboutissent à l'application de la législation d'un Etat contractant, à moins que l'engagement n'exclue l'application de la présente convention. de GOTTRAU, Standby, p. 21.

56. Dans la pratique, c'est donc la convention des parties qui délimite principalement les droits et obligations des parties. Dans notre travail, nous allons traiter le cautionnement et la garantie indépendante de point de vue du Code des obligations suisse et du Code des obligations turc⁷³.

III. Systématique des sûretés personnelles du point de vue du législateur

57. En matière de cautionnement, le législateur a donc préféré sauvegarder les intérêts de la caution, censée être la partie faible, par la voie de règles impératives. L'article 492 IV CO dispose qu'à moins que le contraire ne ressorte de la loi, la caution ne peut pas renoncer d'avance aux droits qui lui sont conférés dans ce titre⁷⁴. Une éventuelle renonciation de la part de la caution est « est nulle et non avenue », sauf dans les cas expressément réservés par la loi (art. 495 IV ; 496 II ; 497 II, IV ; 499 II-III ; 500 I ; 507 II ; 512 IV CO)⁷⁵.

58. Pour le droit turc, qui n'a pas suivi le droit suisse en ce qui concerne la modification de 1941, l'article 492 IV du Code des obligations suisse n'existe pas⁷⁶. Yargıtay admet que les dispositions du cautionnement ne sont pas impératives⁷⁷. L'engagement de la caution par

⁷³ En revanche, comme le fait le Tribunal fédéral, nous allons essayer d'analyser les ressemblances entre les solutions que nous allons dégager et les RUGD. « Bien que la garantie litigieuse n'est pas soumise aux RUGD, il sied de révéler que l'art. 7 let. a va dans le même sens. Les RUGD permettent en effet de préciser les qualifications et les relations entre les parties. » SJ 1997 245, 251, c. 5a. Voir également ATF 122 III 273, 276, c. 3a (aa) (= rés. JT 1997 I 223).

⁷⁴ En cas de doute, étant donné le but du législateur, à savoir la protection de la caution, la disposition en cause sera présumée exclure toute renonciation. CR-MEIJER, art. 492, n. 59 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 27. Pour une doctrine minoritaire, il s'agit d'une règle impérative imparfaite étant donné que les parties peuvent stipuler une sûreté autre qu'un cautionnement nommé pour y échapper. ROSSI, Garantie, p. 110, n. 332. Pour l'évolution des règles régissant le cautionnement, voir GIOVANOLI, Fragen, p. 205 ss.

⁷⁵ SCYBOZ, p. 42 ; LOMBARDINI, p. 601 ss, n. 117.

⁷⁶ Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 587 III PCotr.

⁷⁷ HGK, E. 2002/19-866, K. 2002/845, T. 23.10.2002 (Yargı Dünyası, Şubat 2003, no. 86, p. 29) ; HGK, E. 2002/19-426, K. 2002/513, T. 12.6.2002 (Yargı Dünyası, Ekim 2002, no. 82, p. 52). Yargıtay a certaines fois admis que l'article 490 COtr, sur l'étendue de la responsabilité de la caution, n'est pas impératif. 15 HD, E. 982/409, K. 982/507, T. 5.3.1982 (cité par KARAHASAN, p. 1245) ; 15. HD, E. 980/1509, K. 980/1522, T. 16.6.1980 (cité par KARAHASAN, p. 1244) ; 15. HD, E. 980/1378, K.

un contrat préformulé prévoyant la renonciation de celle-ci aux droits qui lui sont conférés par le législateur est donc valable⁷⁸, à moins qu'il ne soit contraire aux règles de la bonne foi. Cependant, une partie de la doctrine turque admet qu'une telle renonciation n'est valable que dans la mesure où elle ne change pas le caractère accessoire du cautionnement⁷⁹.

59. L'interdiction de la renonciation aux droits est impérative au moment de la conclusion du cautionnement. La renonciation est cependant toujours possible après la réalisation de l'état de fait sur lequel la loi se fonde pour conférer un droit à la caution⁸⁰. La caution peut donc renoncer à tous les droits qui lui sont conférés après qu'elle a été recherchée par le créancier⁸¹.

60. Malgré l'existence de dispositions impératives pour la sauvegarde de la caution, tant le législateur⁸² que la doctrine et la jurisprudence

980/1352, T. 28.5.1980 (cité par KARAHASAN, p. 1244) ; 15. HD, E. 979/1149, K. 797/1294, T. 29.5.1979 (cité par KARAHASAN, p. 1243).

⁷⁸ REİSOĞLU, Kefalet, p. 34. Voir cependant l'article 587 III PCOr.

⁷⁹ GRASSINGER, p. 13.

⁸⁰ SCYBOZ, p. 42 ; CR-MEIER, art. 492, n. 62 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 27 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 89.

⁸¹ Une partie de la doctrine y voit un changement de caractère de la sûreté. Selon Meier, « la caution qui renoncerait à faire valoir, au moment où elle est recherchée, les moyens appartenant au débiteur ou à ses héritiers et qui ne résultent pas de l'insolvabilité du débiteur (CO 502 I-1), répondra dans les faits comme un porte-fort, comme un garant ou éventuellement comme un codébiteur solidaire, en vertu d'un engagement qu'elle a transformé d'accessoire en indépendant par sa renonciation à faire valoir ses moyens. En revanche, si cette renonciation intervient d'emblée au moment de la conclusion de l'acte et en toute connaissance de cause, l'on sortira en règle générale du champ d'application de CO 492 IV et du droit du cautionnement en général : le caractère accessoire du cautionnement, qui participe de la nature du contrat, est en effet écarté. On aura alors affaire à un porte-fort ou à une garantie indépendante (voire à un engagement solidaire) dès l'origine, non soumis aux règles (notamment de la forme) de CO 492-512 ». CR-MEIER, art. 492, n. 62. Dans ce cas-là, la caution perd son droit de recours envers le débiteur principal. Voir *infra*, n. 843.

⁸² Le législateur a bel et bien connu les problèmes de qualification des contrats de sûretés personnelles : « Dans la pratique, la délimitation du cautionnement et du contrat de garantie (art. 111 CO) a souvent donné lieu à des difficultés, car on a toujours essayé de maintenir comme contrat de garantie un contrat de cautionnement nul pour vice de forme. [...] C'est pourquoi le premier projet avait tenté de faire, dans la loi même, la démarcation entre ces deux contrats. Mais, cette façon de procéder a été critiquée dans plus d'un des mémoires adressés à la division de justice. Aussi, le présent projet a-t-il adopté une solution différente, en soumettant le contrat de garantie aux mêmes conditions de forme que le cautionnement (art. 493,

admettent qu'une personne qui veut fournir une sûreté personnelle puisse choisir entre le cautionnement, la garantie indépendante ou encore la reprise cumulative de dette⁸³. Il n'y a aucun auteur qui soutienne le contraire à notre connaissance⁸⁴. Une personne qui veut être débiteur solidaire à côté du débiteur principal va reprendre sa dette cumulativement, donner un crédit, souscrire un aval ou se porter garant ; elle peut donc le faire sans que son engagement ne soit considéré comme un contournement de la loi⁸⁵. Cela est admis bien que l'engagement assumé par le garant soit beaucoup plus étendu que celui de la caution.

3^e al.). Le 2^e alinéa, qui devait définir le contrat de garantie, est donc devenu sans objet. » FF 1939 II 896 ss. Voir aussi GUTZWILLER, p. 121 ss, 127.

⁸³ ATF 129 III 702, 705 ss, c. 2.3 (= JdT 2004 I 535, 539 ss = rés. RSJ 100, n. 1, 18) ; HANDSCHIN, p. 228 ; ZOBL, p. 31 ; ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 406 ss ; GUTZWILLER, p. Max, p. 121 ss, 130 ; LOMBARDINI, p. 302, n. 46, p. 602, n. 118 ; GILLIERON, Pierre André p. 165. Selon Gillieron, « Les règles impératives du cautionnement n'auront par conséquent force obligatoire que pour ceux qui acceptent de se soumettre au dispositions du titre XX^e du Code des Obligations ; pour les autres, ils y échapperont complètement et pourront à la rigueur utiliser d'autres moyens. » *Idem*, p. 225 ss. En outre, « en vertu de la liberté contractuelle (art. 19 CO), une partie qui entend fournir une garantie, couvrir un cocontractant contre un risque ou partager ce risque avec lui n'est pas limitée au choix entre cautionnement et porte-fort [...] Elle dispose d'autres possibilités d'engagement telles que la reprise de dette, la reconnaissance d'une dette future déterminable, la garantie <à première demande> ou une garantie proche ou similaire, qui est un contrat *sui generis* ou innommé. » Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 29 septembre 1987, C.440/1986, c. 2c (cité par THEVENOZ, p. 196 ss). Voir aussi ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 412.

⁸⁴ Pour Béguelin, « sans doute, au premier abord, ce résultat peut paraître déconcertant, puisque les parties peuvent éluder, en se plaçant sur le terrain de l'art. 111 CO, les formalités prescrites par l'art. 493 CO. A quoi on peut cependant répondre que le porte-fort, moins favorisé que la caution dont il n'a pas les bénéfices, ne s'engage pas aussi à la légère et a moins besoin d'être protégé par l'exigence de ces formalités. » BEGUELIN, p. 2. Voir aussi ATF 66 II 26, 29, c. a (= JdT 1940 I 551, 553) ; ATF 64 II 346, 350, c. 1 (= JdT 1939 I 167, 171) ; ATF 56 II 375, 381, c. 2.

⁸⁵ LOMBARDINI, p. 602, n. 118 ss. En revanche, pour Lombardini, bien que cette conclusion semble exacte dans la majorité des cas, elle n'a pas de valeur absolue. Il faut faire preuve de circonspection, notamment quand une personne s'engage en tant que codébiteur solidaire, institution souvent utilisée pour éviter les règles impératives du cautionnement. L'auteur continue : « pour être valables, de tels engagements doivent correspondre à la réalité. Celui qui s'engage en qualité de codébiteur solidaire d'un crédit doit bénéficier, au moins en partie, directement du crédit octroyé. Il ne peut simplement revêtir cette qualité pour la forme dans le seul but de faire bénéficier la banque créancière d'une garantie supplémentaire. Dans une telle hypothèse, l'engagement du codébiteur solidaire est simulé ; la réelle intention des parties est de conclure un cautionnement, nul pour cause de vice de forme (art. 18 al. 1 CO) ». Sur ce sujet, voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du

61. En admettant avec la doctrine qu'une personne a le choix entre souscrire un cautionnement, être soumise aux articles du XX^{ème} titre du Code des obligations, et souscrire une garantie indépendante pour les raisons que nous venons d'évoquer, il faut en même temps tenir compte des règles impératives du cautionnement visant à sauvegarder les intérêts de la partie réputée faible. On doit dès lors se poser la question suivante en qualifiant le contrat : la partie qui s'engage mérite-t-elle d'être soumise aux règles protectrices issues du droit du cautionnement⁸⁶? Il faudra surtout l'admettre quand il s'agit d'une personne physique qui n'est pas rompue aux affaires⁸⁷.

14 mai 2001, 4C.344/2000, c. 3b (www.bger.ch); ATF 119 II 132, c. 4a (considérant non publié, cité par BÜSSER, p. 483); ATF 111 II 284, 287 ss, c. 2 (= rés. JdT 1986 I 96 = SJ 1986 183 = RNRF 69 313, 315). « *Insbesondere ergibt sich aus diesen Untersuchungen, dass der Garantievertrag, dessen Anwendung an und für sich am nächsten liegen würde, als Umgehungsgeschäft kaum geeignet sein wird [...] Allerdings kann dem Gläubiger, der die angeblich gesicherte Forderung im Vertrauen auf die schriftliche Erklärung des Parteiwillens erworben hat, nach OR 18 Abs. 2 die Einrede der Simulation nicht entgegengesetzt werden. Praktisch aber wird ein solcher Fall selten sein und namentlich dann nicht vorliegen, wenn eine Bank Gläubigerin ist. Denn sie wird in der Regel ihre Forderung überhaupt nicht abtreten und dort, wo ausnahmsweise eine Zession stattfindet, wird der Erwerber meistens ebenfalls eine Bank sein, der zugemutet wird, die Modalitäten des Abschlusses, die Auszahlung der Valuta, die Verbuchung und spätere Abwicklung des Geschäftes zu prüfen. Nach dieser Prüfung wird sie kaum mehr das Vertrauen besitzen, die Erklärung der ursprünglichen Parteien entspreche ihrem wirklichen Willen, es sei denn, dass die Abwicklung von Anfang an so raffiniert und kompliziert vor sich ging, dass die Beobachtung der Bürgschaftsform der einfachere Weg gewesen wäre. Es ist also nicht zu erwarten, dass sie vorgenannten Geschäfte geeignet sein werden, der Umgehung der Bestimmungen des Bürgschaftsrechtes in grossem Masse zu dienen.* » STAEHELIN, Max, p. 28 ss.

En droit français aussi, on admet que les parties peuvent librement convenir une sûreté personnelle indépendante, car l'accessoriété des sûretés personnelles n'est pas d'ordre public. Si c'était le cas, tout engagement non accessoire de sûreté personnelle serait nul. BELLIS, POULLET, p. 156 ss. Pour les ex-pays socialistes voir aussi FLORESCU, p. 373.

⁸⁶ SEROZAN, p. 1225.

⁸⁷ Cette liberté de choix et le risque couru par les parties inexpérimentées amènent les juges à qualifier les contrats de « cautionnement » et à les tenir pour nuls pour vice de forme, surtout quand l'intéressé est une personne physique. Selon Thévenoz, « en droit désirable, il serait opportun de faire dépendre la protection voulue par le législateur non pas de la qualification du contrat, mais de la personne même du garant. On pourrait poser des exigences de formes identiques pour tous les types de sûretés personnelles mais différentes suivant qu'elles sont fournies par des personnes physiques ou morales. Parmi les premières, on pourrait distinguer suivant qu'elles sont ou non inscrites au registre du commerce en certaine qualité – c'est ce que fait l'article 494 CO –, voire en fonction de la finalité de l'opération garantie. La

62. Dans le but de sauvegarder les intérêts des personnes physiques non rompues aux affaires, le Tribunal fédéral a qualifié plusieurs fois de cautionnement les engagements pris par celles-ci malgré l'existence du mot « garantie » dans l'acte. Dans un dernier arrêt, la liberté de choix d'une personne physique qui n'est pas rompue aux affaires a été délimitée de la manière suivante : « pour protéger la partie inexpérimentée qui s'oblige, il est donc nécessaire en de tels cas d'exposer dans le contrat même de manière clairement compréhensible pour elle, et non par des formules, qu'elle se rende compte de la portée de l'engagement pris, et d'indiquer les raisons pour lesquelles elle a renoncé à choisir la forme juridique du cautionnement. »⁸⁸

63. Pour finir, il faut ajouter que la seule exception au système « bipolaire » par lequel on admet que le cautionnement ne peut être qu'accessoire et la garantie indépendante est apportée par le législateur. Selon l'article 492 III CO, « quiconque déclare garantir la dette résultant d'un contrat qui, par suite d'erreur ou d'incapacité, n'oblige pas le débiteur, en répond aux conditions et d'après les principes applicables en matière de cautionnement s'il connaissait, au moment où il s'est engagé, le vice dont le contrat était entaché. La même règle s'applique à celui qui s'engage à garantir l'exécution d'une dette prescrite pour le débiteur. » Dans ce cas, les parties doivent obéir aux prescriptions visant à protéger la caution, telles que celles relatives à la forme⁸⁹, à la capacité de cautionner, à l'indication du montant maximum de la responsabilité et à l'inalié-

distinction entre activité professionnelle ou commerciale d'une part, usage personnel, familial ou domestique de l'autre, est adoptée par un nombre croissant de lois suisses. Outre ces prescriptions de forme et dans la mesure où une protection substantielle serait nécessaire, on pourrait imposer le cautionnement pour les engagements souscrits par des personnes physiques agissant hors de tout contexte commercial et laisser aux autres une entière liberté entre toutes les formes de garantie. Des critères objectifs, tels que ceux que l'on vient d'évoquer, seraient sans doute préférables aux incertitudes d'une casuistique soucieuse de protéger la partie réputée faible en intervenant sur la qualification du contrat, que l'on gauchit au péril de la sécurité juridique. » THEVENOZ, p. 187 ss.

⁸⁸ ATF 129 III 702, 709, c. 2.4.3 (= JdT 2004 I 535, 542 ss = rés. RSJ 100, n. 1, 18). Dans ce sens, voir aussi ARKAN, Karar, p. 990. Voir *infra*, n. 595.

⁸⁹ SPAINI, p. 123; AKEV, p. 344 ss; THEVENOZ, p. 176; CR-MEIER, art. 492, n. 53; BÜSSER, p. 193, n. 656; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 25; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 80; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 36. Pour Thévenoz, il s'agit de la seule entorse à la liberté de choix entre les différentes sûretés personnelles. THEVENOZ, p. 187.

nabilité des droits conférés à la caution⁹⁰. En revanche, le garant n'a pas le droit de recours légal⁹¹, sauf s'il a garanti une dette prescrite par mandat du débiteur (art. 507 VI 2^{ème} phrase CO)⁹². Il ne dispose pas non plus des bénéfices de discussion⁹³.

§3 DEFINITIONS ET DOMAINES D'APPLICATION

I. Cautionnement

A. Définition

64. La définition du cautionnement se trouve à l'article 492 alinéa 1 CO : « le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur »⁹⁴. La personne qui s'engage s'appelle la caution (*der Bürge*), et la personne envers laquelle la caution s'est engagée le créancier (*der Gläubiger*) ; le débiteur principal n'est pas partie au cautionnement.

65. Compte tenu de cette définition, le cautionnement apparaît comme une garantie de paiement, d'exécution. Ce paiement va être effectué par un tiers qui n'est pas le débiteur. La caution intercede pour la dette d'autrui⁹⁵. En général, la caution s'engage dans l'intérêt du débiteur principal. Mais, ceci n'est pas une règle absolue. Si la caution s'engage

⁹⁰ ATF 113 II 434, 437, c. 2b (= JdT 1988 I 185, 188). Voir aussi BJM 1994 38, 40, c. 1.

⁹¹ TERCIER, Contrats, p. 867, n. 6018 ; BÜSSER, p. 194, n. 656 ; de BIASIO, p. 119.

⁹² « Dans un tel cas, celui-ci répond envers le garant-caution selon les règles du mandat. » CR-MEIER, art. 492, n. 54. Notons qu'il ne s'agit pas d'une application spécifique pour la garantie dans cet article mais pour toutes les garanties.

⁹³ SCYBOZ, p. 101 ; CR-MEIER, art. 495, n. 5. Le créancier qui entend néanmoins se prévaloir de l'article 492 III CO doit prouver que la caution connaissait l'erreur ou l'incapacité du débiteur principal ou bien que la dette était prescrite quand elle s'est engagée. ATF 81 II 9, 16. BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 26.

⁹⁴ Malgré les termes de « dette contractée », la doctrine admet que la caution peut s'engager pour le paiement d'une dette qui provient d'autres sources d'obligations, telles que de l'enrichissement illégitime, de l'acte illicite ou de la loi. BILGE, Mesuliyet, p. 92 ; GRASSINGER, p. 13.

⁹⁵ SCYBOZ, p. 48 ; BK-BECKER, a.art. 492, n. 17.

pour une dette déjà existante, on peut dire qu'elle agit dans l'intérêt du créancier⁹⁶.

66. Du point de vue de la banque se portant caution envers un tiers sur la demande d'un de ses clients, l'institution apparaît comme un crédit qui n'est pas octroyé effectivement⁹⁷. La doctrine le nomme « *Kautionskredit* »⁹⁸. Il s'agit là d'une obligation éventuelle pour la banque. Elle n'est obligée que si son client, débiteur principal de la convention de base, ne paie pas sa dette⁹⁹.

67. L'obligation de la caution est conditionnelle puisqu'elle n'est tenue de payer que si le débiteur principal n'exécute pas sa prestation ou ne l'exécute qu'imparfaitement.

68. La caution s'engage uniquement à fournir la prestation qu'elle a promise, et non à fournir celle du débiteur principal¹⁰⁰ ni à payer des dommages-intérêts, faute d'identité entre le débiteur des dommages-intérêts et l'auteur du dommage¹⁰¹. Mais, du côté du créancier, cette prestation de la caution apparaît non seulement comme l'exécution de l'obligation du débiteur, mais aussi comme la réparation du dommage résultant de l'inexécution de l'obligation en question¹⁰². Il faut comprendre ceci dans le sens suivant : l'obligation de la caution n'est pas de payer des dommages-intérêts en soi, mais de compenser la perte patrimoniale que le créancier n'aurait pas éprouvée si le contrat avait été convenablement exécuté par le débiteur principal. En d'autres termes, pour que la caution soit obligée de payer, il faut et suffit que les condi-

⁹⁶ REİSOĞLU, Kefalet, p. 2.

⁹⁷ Le crédit de cautionnement n'appartient pas aux crédits en espèces, mais aux crédits par engagement. EMCH, RENZ, BÖSCH, MONTAVON, de WERRA, BIZZOZERO, p. 30.

⁹⁸ EMCH, RENZ, ARPAGAU, p. 271 ss, n. 826 ss. On admet de soi la « *Kautionskreditlimite* ». La prétention de la banque qui paie envers son donneur d'ordre, son client, sera assurée par les sûretés réelles ou personnelles. ZOBL, p. 49. Voir aussi İBK, E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 (RG 3.10.1969 13317).

⁹⁹ On parle d'une « *Eventualverpflichtungen* ». EMCH, RENZ, ARPAGAU, p. 272, n. 830.

¹⁰⁰ GUHL, Theo, Cautionnement I, p. 1.

¹⁰¹ Selon Yargıtay, la caution ne s'engage cependant pas à fournir la prestation du débiteur principal, mais à payer des dommages-intérêts. 3. HD. 22.1.1952 K. 666, HGK, E. 3/258-88, K. 87, T. 1.7.1953 (TİK 1953, v. II, no. 1557, p. 1162).

¹⁰² GUHL, Cautionnement I, p. 1. Au cas où l'obligation du débiteur n'est pas une dette d'argent, mais une obligation de faire ou de ne pas faire, il s'agira plutôt, toujours du point de vue du créancier, d'une réparation du dommage.

tions relatives à l'appel à la garantie soient réalisées¹⁰³. Par exemple, à la différence de l'article 97 I CO, la caution ne peut pas se soustraire à sa responsabilité en invoquant le fait qu'elle n'a commis aucune faute.

B. Domaine d'application

69. En principe, la caution garantit la solvabilité d'un débiteur ou l'exécution d'une dette¹⁰⁴. On rencontre le cautionnement aussi bien entre les particuliers que dans le domaine bancaire¹⁰⁵. Dans le domaine bancaire, le cautionnement est fréquemment donné par une banque en faveur d'un tiers sur la demande d'un de ses clients (*Bankbürgschaft*)¹⁰⁶; ou bien, par un tiers en faveur d'une banque fournissant un crédit à un de ses clients¹⁰⁷. Ce type de cautionnement prend principalement place dans le domaine du crédit à la consommation. La banque octroie un crédit à un consommateur et demande un cautionnement comme sûreté de son remboursement. C'est aussi dans ce domaine-là qu'on voit davantage l'aspect « familial » du cautionnement¹⁰⁸.

70. Le cautionnement s'utilise principalement dans les transactions internes. Cependant, on le rencontre de plus en plus dans le commerce international, spécialement en matière de crédits à l'exportation¹⁰⁹.

¹⁰³ Voir art. 495 et 496 CO et *infra*, n. 631 ss, 748 ss.

¹⁰⁴ ATF 113 II 434, 437, c. 2b (= JdT 1988 I 185, 188); ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JT 1986 255 = SJ 1986 177); SJ 100 18; RJB 1957 278, 281, c. 3.

¹⁰⁵ Les articles inhérents au cautionnement s'appliquent au cautionnement des dettes ressortissant au droit cantonal, public et privé. En matière de droit de change, les prescriptions spéciales (art. 1020 ss CO), et non les prescriptions du cautionnement, sont applicables à l'aval.

¹⁰⁶ Dans ce cas, on parle de « *Bürgschaft – oder Kautionskredit* ». BaK-PESTALOZZI, *vorbem. zu art. 492–512*, n. 5.

¹⁰⁷ CR-MEIER, *Intro. art. 492–512*, n. 18; WIEGAND, *Bürgschaft*, p. 175.

¹⁰⁸ BELSER, *Finanzierung*, p. 203 ss.

¹⁰⁹ Dans ce dernier cas, la caution est soit l'Etat soit une banque. CR-MEIER, *Intro. art. 492–512*, n. 19.

II. Garantie indépendante

A. Définition

71. N'étant pas codifiée de manière détaillée, on ne dispose d'aucune définition légale de la garantie indépendante. Seul l'article 111 CO nous fournit le principe : « celui qui promet le fait d'un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers. » Pour la doctrine, la garantie se définit comme¹¹⁰ le contrat par lequel une personne (le garant, *der Garant*) promet à une autre (le créancier, le bénéficiaire, *der Garantiebegünstigter, der Sicherungsnehmer*) le fait d'un tiers (le débiteur principal, le donneur d'ordre, *der Dritter*) et s'engage à l'indemniser pour le cas où ce tiers n'exécuterait pas la prestation visée. Dans ce sens large, qui comprend tantôt la garantie pure, tantôt la garantie similaire au cautionnement, le garant promet au bénéficiaire une prestation indépendante avec effet immédiat mais pour le cas où surviendrait, ou ne surviendrait pas, un événement déterminé mais incertain, espéré ou redouté, qui présente pour le bénéficiaire un intérêt patrimonial¹¹¹. Dans notre travail, nous ne nous occupons que de la garantie similaire au cautionnement pour la comparer à celui-ci.

72. La garantie similaire au cautionnement est l'engagement irrévocable pris par un garant de fournir au bénéficiaire une prestation en espèces au cas où un tiers ne respecterait pas les obligations qu'il a envers lui¹¹². Si on ajoute à cette définition la banque au lieu du garant, on est en

¹¹⁰ TERCIER, *Contrats*, p. 901, n. 6287.

¹¹¹ THEVENOZ, p. 168; SCYBOZ, p. 13.

¹¹² Voir TERCIER, *Contrats*, p. 905, n. 6313; de GOTTRAU, I, p. 4. Voir aussi KAHYAOĞLU, p. 2. Ce sont presque exclusivement les banques qui émettent des garanties sur la demande de leurs clients en faveur des bénéficiaires. (A l'exception de l'Angleterre où la délivrance par les compagnies d'assurances de Bonds dans les rapports internationaux n'est pas chose rare, les assureurs européens interviennent peu comme garants dans le commerce international. POULLET, *Présentation*, p. 14.) C'est la raison pour laquelle la doctrine parle souvent de la garantie « bancaire ». « *Durch den Garantievertrag verpflichtet sich der Sicherungsgeber (Garant) gegenüber dem Sicherungsnehmer (Garantiebegünstigter) zu einer Ersatzleistung (Garantieleistung) für den Fall (Garatiefall), dass ein Dritter, der meistens Vertragspartner des Begünstigten ist, eine bestimmte Leistung nicht, nur teilweise oder nicht gehörig (z.B. verspätet) erbringt.* » SPAINI, p. 1.

Définition suffisante pour cette thèse, elle a été critiquée par Rapp, car elle ne s'occupe point des cas dans lesquels l'engagement du garant existe bien qu'il n'y ait aucun engagement du créancier envers le débiteur principal de « *Reine Garantie* (garantie pure ou déliée). RAPP, p. 260. Par contre, dans le domaine bancaire, ce

présence d'une garantie bancaire. Par ce contrat, le garant promet irrévocablement d'effectuer le paiement d'une somme d'argent à une personne (le bénéficiaire), la plupart du temps à sa première demande, si un tiers (le donneur d'ordre) n'exécute pas l'obligation qu'il a envers le bénéficiaire ou si un risque déterminé survient¹¹³. Les contrats de garantie bancaire ont donc pour fonction d'assurer le bénéficiaire contre l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat commercial de base¹¹⁴. En d'autres termes, la banque promet d'effectuer le paiement au cas où un risque prévu par la garantie se réaliserait¹¹⁵.

73. D'un autre point de vue, la garantie bancaire est un crédit sous forme d'obligation, dans lequel il n'y a pas d'octroi effectif de crédit¹¹⁶.

dernier n'a guère d'application. BÜSSER, p. 40, n. 139. « *Vereinzelt leisten Banken aber auch reine Garantien, namentlich Dividenden – oder Defizitgarantien. Letztere werden etwa im Auftrag eines Gemeinwesens oder auch im bankeigenen Interesse (Sponsoring) für die Durchführung kultureller oder sportlicher Veranstaltung geleistet.* » *Idem* p. 40, n. 140.

¹¹³ ZOBL, p. 25 ; DOHM, Garantie, p. 29 n. 1. Voir aussi BÜSSER, p. 25, n. 88. En d'autres termes, il promet qu'un « *Erfolg* » déterminé aura lieu ou qu'un dommage déterminé n'aura pas lieu (HORN, p. 87) jusqu'à une date précise. DESSEMONTET, p. 100. « Issue du principe de la liberté contractuelle, la garantie bancaire vise à assurer au bénéficiaire (acheteur, importateur) un certain résultat, l'exécution parfaite des obligations contractuelles de son partenaire (vendeur-exportateur) au contrat de base. A cet effet, un tiers, le garant (la banque), promet au bénéficiaire de lui remettre une somme d'argent à première demande de sa part, en se référant au seul texte de l'engagement. Ce texte prévoit, sauf exception, que le bénéficiaire déclare dans sa demande de paiement que le résultat promis par le donneur d'ordre n'est pas atteint. » En revanche, le bénéficiaire n'est pas toujours un acheteur-importateur ni le donneur d'ordre un vendeur-exportateur. Le type de garantie détermine si le bénéficiaire est un créancier du prix de vente (garantie de paiement) ou bien s'il est le créancier d'une obligation de livrer (garantie de livraison). LOGOZ, p. 25 ss.

¹¹⁴ DOHM, Garantie, p. 29, n. 1.

¹¹⁵ REİSOĞLU, Teminat, p. 55. C'est souvent le paiement d'une somme déterminée.

¹¹⁶ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 325 ; KAHYAOĞLU, p. 23 ; KOSTAKOĞLU, p. 929 ; TEKINALP, p. 367, n. 53 ; GÜNAL, p. 969 ; ÜNLER, p. 1 ; SOMUNCUOĞLU, Depo, p. 831 ; BARLAS, Teminat, p. 8 ss ; BATTAL, p. 255 ; DOĞAN, p. 125. En doctrine turque, on dénomme « contrat de crédit » le contrat entre le donneur d'ordre et la banque. ÖZDEMİR, p. 262 ; REİSOĞLU, Yabancı, p. 6. Par ce contrat, la banque n'effectue pas un paiement, mais promet de payer lorsque le risque aura lieu. L'article 38 CBtr compte le cautionnement et la garantie indépendante parmi des crédits « non-pécuniaires ». « Du point de vue du banquier, il faut souligner que l'émission d'une garantie par la banque à la demande de et pour compte de son client est avant tout un crédit octroyé par la banque à ce client ». DESMET, p. 121. « Or, dans la pratique bancaire [...] il y a <crédit> non seulement en cas de prêt effectif, mais aussi lorsque la banque s'oblige en fournissant par

La doctrine la nomme par analogie avec le cautionnement comme un « *Kautionskredit* », en vertu duquel la banque assume une obligation éventuelle.

74. Enfin, la garantie est une obligation conditionnelle pour le garant et une créance conditionnelle pour le créancier. Par la garantie indépendante, le garant promet une prestation sous condition suspensive. Il s'engage à payer sous condition que le résultat estimé par le bénéficiaire ne se réalise pas¹¹⁷.

75. Du côté du créancier, la prestation du garant apparaît comme la réparation du dommage résultant de l'inexécution de l'obligation de la dette principale. C'est pour cette raison qu'une partie de la doctrine admet que l'obligation du garant est de payer des dommages-intérêts en cas d'inexécution de la prestation garantie¹¹⁸. A notre avis, on peut soutenir la même idée que celle que nous avons soutenu en matière de cautionnement¹¹⁹ et comprendre cette opinion dans le sens suivant : le garant s'engage à fournir uniquement la prestation qu'il a promise et non à fournir celle du donneur d'ordre, ni à payer des dommages-intérêts, faute d'identité entre le débiteur de ceux-ci et l'auteur du dommage. En effet l'obligation du garant consiste à réparer le dommage que le bénéficiaire subit du fait que le donneur d'ordre n'a pas exécuté convenablement la prestation garantie. Comme le dit Du Pasquier, « il exécute son obligation : le promettant ne doit pas des <dommages-intérêts d'inexécution>, contrairement à ce que pourrait laisser entendre le texte français de la norme. Le dommage à réparer consiste dans la différence entre la situation patrimoniale du bénéficiaire telle qu'elle est, et telle qu'elle

exemple une garantie ou une caution...en l'espèce, la Banque X. n'a, dans la garantie qu'elle-même libellée, émis aucune restriction ou limitation particulières qui pourraient laisser envisager qu'elle n'entendait couvrir la Banque Y. que pour des prêts en espèce accordés à F. SA. La demanderesse n'était en tous les cas pas fondée à le croire, car selon les usages bancaires et commerciaux bien connus de la Banque X. elle-même, le crédit d'engagement est une forme usuelle de crédit, telle l'émission d'une garantie subsidiaire envers une autre banque, la solvabilité de F. SA. n'étant bien entendu garantie par la Banque X. qu'à concurrence de ... francs ». RJN 1994 88, 91, c. 3.

¹¹⁷ BÜSSER, p. 35, n. 117. C'est en examinant le type de la garantie bancaire conclue (par exemple, la garantie de soumission, la garantie de bonne exécution ou la garantie de remboursement des acomptes) qu'on peut déterminer à quelle condition le garant doit payer le montant promis. PETER, p. 304 ss. Voir *infra*, n. 212.

¹¹⁸ Voir *infra*, n. 603.

¹¹⁹ Voir *supra*, n. 68.

serait » si le donneur d'ordre avait exécuté convenablement sa prestation¹²⁰.

76. Un garant garantit « le fait d'un tiers ». Doctrine et jurisprudence comprennent le « fait » d'une manière assez large. Il peut s'agir notamment d'un fait quelconque de l'homme, positif ou négatif, d'une prestation au sens technique, d'un comportement, d'un geste, d'une présence, d'une absence, d'une action juridique, d'un acte juridique ou encore d'une décision, pourvu que l'accomplissement de ce fait ne dépende ni seulement de la volonté du garant ni exclusivement du hasard et qu'il présente un intérêt patrimonial pour le bénéficiaire¹²¹. En revanche, la prestation garantie doit comprendre un intérêt patrimonial faute de quoi la détermination du montant de la perte patrimoniale serait impossible, à moins que les parties déterminent un montant fixe dès le début¹²².

77. Il ne s'agit pas d'un contrat de garantie mais d'un mandat lorsque le garant promet de s'efforcer d'amener le tiers à contracter¹²³. De même, il n'y a pas de contrat de garantie quand le garant ne donne, par exemple, que des informations, des conseils ou recommandations.

B. Domaine d'application

78. En principe, on recourt à la garantie indépendante pour couvrir le risque d'insolvabilité du débiteur principal, comme dans le cadre du cautionnement. Mais, à travers une garantie indépendante, on peut en outre promettre d'effectuer un paiement au cas où la dette n'existerait pas

¹²⁰ CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 12.

¹²¹ BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 4; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 111, n. 8; BK-WEBER, art. 111, n. 9, 132; DESCHENAUX, Garantie, p. 4; ARIK, p. 53; BÜSSER, p. 30, n. 102; TUNÇOMAĞ, p. 985. Pour des exemples, voir SCYBOZ, p. 19; ATF 101 II 323 (= JdT 1976 I 537 = RNRF 58 309 = Pra 64 262); ATF 96 II 18 (= JdT 1971 I 354); ATF 88 II 350 (= JdT 1963 I 157); ATF 82 II 238 (= JdT 1956 I 462); ATF 81 II 520 (= JdT 1956 I 462); ATF 76 II 33 (= JdT 1950 I 488); ATF 75 II 49 (= JdT 1949 I 298); ATF 72 II 19 (= JdT 1946 I 524); ATF 56 II 375, 383, c. 2; ATF 46 II 157 (= JT 1920 I 489); ATF 43 II 301 (= JdT 1917 I 647); ATF 37 II 69 (= JdT 1912 I 2); ATF 17 II 702. On peut garantir par exemple l'autorisation, le consentement d'une autorité de tutelle ou d'une autorité administrative. BK-WEBER, art. 111, n. 8; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 3.

¹²² BK-WEBER, art. 111, n. 133; ARIK, p. 54.

¹²³ BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 10.

ou bien serait impossible¹²⁴. La raison de cette inexistence et de cette impossibilité peut être diverse. On peut citer, par exemple, l'incapacité d'exercice des droits du tiers, l'absence, ou plutôt l'inexistence, du fait promis.

79. Les opérations internationales constituent le principal domaine d'application de la garantie indépendante, car, à côté des risques d'insolvabilité et de retard dans le paiement du débiteur, celles-ci comprennent de nombreux autres risques que les contrats nationaux¹²⁵. Il est en outre plus difficile d'évaluer la capacité ainsi que la volonté du cocontractant d'exécuter son obligation découlant du contrat en raison de l'éloignement des parties¹²⁶. Cependant, les garanties indépendantes existent également au plan purement interne¹²⁷.

80. En général, le débiteur du contrat de base, lequel peut être un contrat de vente, de construction ou de transfert de technologie, demande à une banque l'émission d'une garantie en faveur du créancier. Toutefois, une banque peut être le bénéficiaire d'un contrat de garantie émise en sa faveur par une société ou par une entité de droit public¹²⁸.

¹²⁴ BK-WEBER, art. 111, n. 8; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 3. Voir aussi DOHM, Schiedsgerichts, p. 95. Pour le Tribunal fédéral, « *Dabei ist für den Garantievertrag im Unterscheid zur Bürgschaft typisch, dass eine Leistung als solche, ein bestimmter Erfolg und nicht die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrags schlechthin gesichert wird.* » Arrêt du Tribunal fédéral non publié, C.166/1983, c. 2c (cité par BÜSSER, p. 488).

¹²⁵ Pour les risques découlant de son caractère international, voir *infra*, n. 177.

¹²⁶ DOHM, Garantie, p. 29, n. 2.

¹²⁷ ZOBL, p. 26. En Suisse, on les trouve surtout dans le domaine des télécommunication et de la construction. « C'est ainsi que les participants à un appel d'offres de l'Office fédéral de la communication sont tenus de fournir des garanties bancaires. » de GOTTRAU, I, p. 2, note. 1.

¹²⁸ De telles garanties créent des problèmes relatifs à la capacité de leurs émetteurs ou aux pouvoirs de leurs signataires. LOMBARDINI, p. 293, note. 14. C'est pour cette raison que les banques n'acceptent pas les personnes physiques comme garantes d'une obligation dont elles sont créancières. Pour des exemples ATF 124 III 382 (= JT 2000 I 142, = SJ 1999 107); ATF 124 III 134 (= JdT 2000 I 262).

§4 QUELQUES TYPES DE CAUTIONNEMENT ET DE GARANTIE

81. Dans cette partie de notre travail, nous n'allons examiner que quelques types de cautionnements et de garanties de manière à comprendre les fonctions des contrats et de faciliter les explications que nous fournirons ultérieurement. Nous n'allons toutefois pas approfondir ces explications, dans la mesure où cela dépasserait largement le sujet de notre travail.

I. Cautionnement

82. Les articles 495 et 496 du Code des obligations traitent de manière différente l'engagement de la caution dite « simple » et de la caution dite « solidaire ».

A. Cautionnement simple

83. Il s'agit du type de cautionnement par lequel la caution assume non seulement une obligation accessoire mais également une obligation subsidiaire. Cela signifie que la caution jouit à la fois du bénéfice de discussion personnelle, soit l'exception qui lui donne le droit de refuser le paiement aussi longtemps que le débiteur principal n'a pas été recherché, et du bénéfice de discussion réelle qui lui fournit la possibilité de refuser le paiement tant que le créancier n'a pas d'abord tenté de réaliser les gages (art. 495 CO)¹²⁹.

84. Le cautionnement simple est présumé par le code. Lorsqu'on ne peut déterminer de quel type de cautionnement il s'agit, il faut donc

¹²⁹ Cette deuxième possibilité n'est pas valable lorsque le débiteur qui a fourni les gages est sujet à la poursuite par voie de la faillite et a été déclaré en faillite ou a obtenu un sursis concordataire. Lorsque le débiteur est sujet à la poursuite par voie de saisie et que le créancier a obtenu un acte de défaut de biens définitif, ou bien lorsque le débiteur est sujet à la poursuite par voie de faillite et que la faillite a été prononcée, le créancier peut s'adresser à la caution. Enfin, le créancier peut s'adresser à la caution si le débiteur transfère son domicile à l'étranger et ne peut plus être recherché en Suisse, ou encore qu'en raison du transfert de son domicile d'un Etat étranger dans un autre il a sensiblement aggravé l'exercice des droits du créancier.

admettre l'existence du cautionnement simple et non pas du cautionnement solidaire, ceci afin de sauvegarder les intérêts de la caution¹³⁰.

85. Pour la même dette, il peut y avoir plusieurs cautions simples. On parle alors de cautionnement conjoint simple (art. 497 CO)¹³¹. Chaque caution est obligée pour sa part comme la caution simple et jouit du « bénéfice de division » en tant qu'elle ne répond d'abord que pour sa part (art. 497 IV CO). En effet, le créancier ne peut la poursuivre au-delà de la part à laquelle elle s'est obligée personnellement et qui est d'ailleurs présumée égale aux autres. En revanche, elle est en même temps un certificateur de caution pour la part des autres cautions (art. 497 I CO, *in fine*)¹³², le créancier pourra donc la poursuivre après que les conditions de l'article 495 I et II se seront réalisées à l'égard des cocautions¹³³.

B. Cautionnement solidaire

86. Il s'agit du type de cautionnement dans lequel le caractère subsidiaire du contrat a presque disparu¹³⁴, en ce sens que, lorsque la caution s'engage à côté du débiteur, elle ne profite pas des bénéfices dont jouit la caution simple.

87. Néanmoins, l'engagement de la caution n'est pas pour autant « primaire ». Il garde un caractère subsidiaire, étant donné que la caution jouit toujours du bénéfice de discussion réelle limité¹³⁵. Cela signifie que si la caution n'a pas renoncé au bénéfice de discussion réelle limité¹³⁶, le

¹³⁰ 13. HD, E. 1991/7229, K. 1991/10997, T. 3.12.1991 (cité par KARAHASAN, p. 1222); 4. HD. 13.3.1952 2089/1626 (Huk. İç. 1952); REİSOĞLU, Kefalet, p. 113; YAVUZ, p. 779. Voir aussi KARATAY, p. 624.

¹³¹ Cependant, pour le droit turc, voir *infra*, n. 94.

¹³² CR-MEIER, art. 497, n. 7; BaK-PESTALOZZI, art. 497, n. 2; BK-GIOVANOLI, art. 497, n. 4.

¹³³ « S'il reste plusieurs cocautions appelées à suppléer l'une des cocautions, elles auront entre elles le bénéfice de division pour le découvert qui leur est réclamé ». CR-MEIER, art. 497, n. 7. Voir aussi BK-GIOVANOLI, art. 497, n. 5; TERCIER, Contrats, p. 887 ss, n. 6168.

¹³⁴ GIOVANOLI, Fragen, p. 205. La doctrine parle d'une « subsidiarité imparfaite ». BK-GIOVANOLI, art. 496, n. 6.

¹³⁵ CR-MEIER, art. 496, n. 1. Voir aussi HENRY, p. 176a; SCYBOZ, p. 103. *Contra* GUHL, Obligationenrecht, p. 633, n. 37.

¹³⁶ Il s'agit une règle de nature dispositive. Les parties peuvent déroger à cette règle lors de la conclusion du contrat ou ultérieurement et accorder au créancier une autorisation de s'adresser directement à la caution avant même la réalisation des gages sur les meubles et créances. Cela va de soi, les banques y dérogent

créancier ne peut la poursuivre avant d'avoir réalisé ses gages sur les meubles et créances¹³⁷ que dans la mesure où, suivant l'appréciation des juges, ces gages ne couvrent probablement plus la dette¹³⁸, ou s'il en a été convenu ainsi ou encore si le débiteur est en faillite ou a obtenu un sursis concordataire (art. 496 II CO). La caution ne dispose toutefois pas du bénéfice de discussion réelle « immobilière » ; c'est-à-dire qu'elle ne peut pas refuser le paiement en alléguant que le créancier n'a pas encore tenté de réaliser les gages immobiliers.

88. De même, le créancier ne peut rechercher la caution qu'en cas de « retard qualifié » de la part du débiteur. Les conditions de l'article 496 I CO sont non seulement l'exigibilité de la dette et le retard du créancier dans l'exécution du contrat, mais aussi la sommation de la part du créancier¹³⁹, à moins que l'insolvabilité du débiteur ne soit notoire¹⁴⁰. En d'autres termes, il faut que le débiteur ne se soit pas acquitté dans les délais habituels accordés par un créancier à son débiteur après le moment où la dette est devenue exigible. En revanche, en droit turc, la caution

systématiquement lorsqu'elles sont créancières. SCYBOZ, p. 104 ; BaK-PESTALOZZI, art. 496, n. 13 ; BK-GIOVANOLI, art. 496, n. 25.

¹³⁷ La caution peut se prévaloir de ce bénéfice à l'égard de tous les gages mobiliers même si ceux-ci ont été constitués après la conclusion du contrat de cautionnement, « pour autant qu'ils garantissent la dette cautionnée et ne reposent pas sur une clause générale de nantissement. » CR-MEIER, art. 496, n. 21.

¹³⁸ La caution solidaire ne profite pas d'un bénéfice de discussion réelle immobilière, à moins que les parties ne conviennent de le réintroduire. Une telle stipulation est d'ailleurs valable sans respecter aucune forme, car elle améliore la situation juridique de la caution. CR-MEIER, art. 496, n. 19 ; BK-GIOVANOLI, art. 496, n. 23.

¹³⁹ GUHL, Cautionnement II, p. 2 ; CR-MEIER, art. 496, n. 13. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 496, n. 1. La loi y fait une analogie avec l'interpellation de l'article 102 CO. Par contre, la sommation de l'article 496 CO est nécessaire dans tous les cas bien que le jour de l'exécution ait été déterminé d'un commun accord ou qu'il soit clair que le débiteur ne s'exécutera pas. CR-MEIER, art. 496, n. 14 ; BaK-PESTALOZZI, art. 496, n. 7 ; BK-GIOVANOLI, art. 496, n. 16, 18. Le but de cette disposition est de prémunir la caution d'une demande d'exécution inattendue de la part de créancier. BaK-PESTALOZZI, art. 496, n. 7. Voir aussi BK-GIOVANOLI, art. 496, n. 18. La sommation de l'article 496 a un caractère impératif, (art. 494 IV CO) la caution ne peut pas y renoncer. BK-GIOVANOLI, art. 496, n. 18 ; BECK, art. 496, n. 18.

¹⁴⁰ L'insolvabilité du débiteur est notoire lorsque le débiteur principal est déclaré en faillite, qu'un sursis concordataire lui a été octroyé ou que des actes de défaut de biens existent contre lui pour d'autres créances. CR-MEIER, art. 496, n. 17 ; BK-GIOVANOLI, art. 496, n. 22. Voir aussi *infra*, note. 1140. La doctrine admet qu'en cas d'un transfert de domicile du débiteur principal au sens de l'article 495 I CO, la sommation devient inutile. CR-MEIER, art. 496, n. 18 ; BK-GIOVANOLI, art. 496, n. 22a ; BaK-PESTALOZZI, art. 496, n. 9.

solidaire n'est pas protégée par une telle disposition¹⁴¹. La doctrine admet néanmoins que le cautionnement solidaire garde toujours son caractère subsidiaire même malgré l'absence de bénéfice de discussion réelle limitée¹⁴².

89. De surcroît, l'article 501 II CO reconnaît à la caution le droit de fournir des sûretés d'ordre réel et de suspendre la poursuite dirigée contre elle jusqu'à ce que tous les gages aient été réalisés et qu'un acte de défaut de biens définitif ait été délivré contre le débiteur, ou encore qu'un concordat ait été conclu¹⁴³.

90. Lorsqu'il y a plusieurs cautions obligées comme cautions solitaires, soit avec le débiteur (cautionnement conjoint solidaire parfait)¹⁴⁴, soit entre elles (cautionnement conjoint solidaire imparfait)¹⁴⁵, chacune répond de la dette entière (art. 497 II CO). A la différence du cautionnement conjoint simple, le bénéfice de division est limité (art. 497 II CO).

91. Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement conjoint solidaire parfait, présumé par rapport au cautionnement conjoint solidaire imparfait¹⁴⁶, la caution conjointe répond comme une caution solidaire à l'égard du débiteur principal et comme un débiteur principal par rapport aux autres cautions, sous réserve d'un bénéfice de division limitée¹⁴⁷. Selon l'article 497 II CO, la caution peut refuser de payer au-delà de sa part tant que la poursuite n'a pas été introduite contre toutes les cautions¹⁴⁸ qui se sont engagées solidairement avec elle, avant ou en même temps, et qui peuvent être recherchées en Suisse pour cette même dette¹⁴⁹. En outre, elle peut

¹⁴¹ REİSOĞLU, Kefalet, p. 124. Le créancier peut poursuivre simultanément le débiteur et la caution, à moins qu'il n'y ait un terme différent pour l'exigibilité de la dette de la caution. 4. HD, E. 785, K. 1934, T. 9.4.1957 (cité par OLGAC, Akit, p. 547). Voir cependant l'article 591 I PCotr.

¹⁴² KARAHASAN, p. 1205 ; TANDOĞAN, II, p. 697 ; YAVUZ, p. 768.

¹⁴³ BaK-PESTALOZZI, art. 496, n. 2.

¹⁴⁴ Dans la pratique bancaire, on voit plutôt la combinaison des deux. BaK-PESTALOZZI, art. 496, n. 4.

¹⁴⁵ CR-MEIER, art. 497, n. 13 ; BaK-PESTALOZZI, art. 497, n. 3 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 135.

¹⁴⁶ ATF 122 III 125, 126, c. 2a (= JdT 1998 II 82, 84) ; CR-MEIER, art. 497, n. 14 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 136 ; BaK-PESTALOZZI, art. 497, n. 6 ; BK-GIOVANOLI, art. 497, n. 8.

¹⁴⁷ CR-MEIER, art. 497, n. 14.

¹⁴⁸ La notification d'un commandement de payer remplit cette condition. BK-GIOVANOLI, art. 497, n. 18.

¹⁴⁹ Principe de la poursuite parallèle des cautions solidaire. CR-MEIER, art. 497, n. 17. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 497, n. 4 ; BK-GIOVANOLI, art. 497, n. 12 ss.

exercer le même droit tant que les autres cautions ont payé leur part ou fourni des sûretés d'ordre réel¹⁵⁰ (art. 497 II 3^{ème} phrase CO).

92. Enfin, si l'on est en présence d'un cautionnement solidaire, la caution a la possibilité de se prévaloir éventuellement du bénéfice de division prévu par l'article 497 II CO¹⁵¹.

93. La caution qui veut s'engager solidairement doit prendre la qualification de caution solidaire ou toute autre équivalente (art. 496 I CO)¹⁵². Lorsqu'une telle qualification fait défaut, il conviendra d'admettre le cautionnement simple qui est présumé par le législateur¹⁵³. Cependant, dans la pratique, le cautionnement solidaire constitue la règle.

94. Le droit turc différencie les actes de commerce des actes civils. Selon l'article 7 I du Code de commerce turc, si deux ou plusieurs personnes s'engagent conjointement envers une autre et si cet engagement reflète un caractère commercial pour au moins l'une d'entre elles, elles sont tenues solidairement à l'égard du créancier à défaut de stipulation contraire. Ceci est également applicable en matière de cautionnement (art. 7 II CComtr). Lorsqu'il y a plusieurs cautions pour la même dette, elles sont tenues solidairement avec le débiteur¹⁵⁴ (cautionnement conjoint solidaire parfait) et entre elles (cautionnement conjoint solidaire imparfait)¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Voir l'article 501 II CO. BK-GIOVANOLI, art. 497, n. 16.

¹⁵¹ BaK-PESTALOZZI, art. 496, n. 2.

¹⁵² 19. HD, E. 2001/5305, K. 2002/2714, T. 10.4.2002 (www.kazanci.com.tr); 19. HD, E. 2001/3842, K. 2002/3345, T. 3.5.2002 (www.kazanci.com.tr); 12. HD, E. 6841, K. 405, T. 17.6.1999 (cité par KARAHASAN, p. 1234); 11. HD, E. 4438, K. 6660, T. 16.12.1991 (cité par ERİŞ, p. 118, n. 35); 11. HD, E. 1715, K. 3508, T. 6.6.1986 (cité par ERİŞ, p. 107, n. 11); 13. HD, E. 1985/4163, K. 1985/2636, T. 11.6.1985 (cité par ERDEM, Özel, p. 538, n. 181); 4. HD, E. 3238, K. 3878, T. 22.9.1947 (cité par ÖZTÜRK, ERULUÇ, AKÇOLLU, ŞENTÜRK, p. 363); 4. HD, E. 3595, K. 2329, T. 7.11.1936 (cité par TEPECİ, p. 780). Il faut toutefois que sa volonté de s'engager solidairement soit claire dans le texte du cautionnement. 3. HD, E. 1999/5017, K. 1999/5904, T. 7.6.1999 (www.kazanci.com.tr). Il a été admis, après l'interprétation de la volonté des parties, qu'une personne s'est engagée en tant que caution malgré la clause d'engagement « en tant que débiteur solidaire. » HGK, E. 3/258-88, K. 87, T. 1.7.1953 (TİK 1953, v. II, no. 1557, p. 1162).

¹⁵³ CR-MEIER, art. 496, n. 7 ; SCYBOZ, p. 103.

¹⁵⁴ 11. HD, E. 8302, K. 5605, T. 23.9.1989 (cité par ERİŞ, p. 109, n. 15).

¹⁵⁵ Une partie de la doctrine turque admet également la présomption de solidarité pour les garanties accordées aux obligations « commerciales ». ERİŞ, p. 103. La garantie est indépendante, le garant ne peut pas être engagé solidairement avec le débiteur principal.

95. Il ne faut surtout pas oublier que, même solidaire, le cautionnement donne lieu à une obligation accessoire¹⁵⁶. La caution solidaire n'est pas tenue si le contrat de base n'est pas valable dès sa conclusion ou s'est invalidé postérieurement. Elle a le droit d'opposer toutes les exceptions appartenant au débiteur principal.

II. Garantie indépendante

A. Généralités

96. Il existe une grande variété de garanties indépendantes. Notre étude n'a pas pour rôle d'examiner toutes ces garanties d'une manière plus ou moins détaillée. Nous n'allons pas traiter de manière détaillée les garanties selon l'objet parce que nous ne voyons guère le profit qu'on peut en tirer pour différencier les deux types de contrats de garantie.

97. En revanche, nous allons traiter de manière plus approfondie les garanties selon le mode de mise en œuvre, puisque la facilité de la mise en œuvre de ce type de garantie a été l'une des majeures raisons de la création de cette institution.

98. La doctrine établit la typologie des garanties de points de vue variés :

99. Les garanties distinguées selon le rôle de la banque émettrice sont les garanties directe et indirecte. La garantie directe est la garantie émise par la banque du donneur d'ordre directement en faveur du bénéficiaire, sans recourir à un intermédiaire¹⁵⁷. En revanche, en matière de garantie

¹⁵⁶ ATF 125 III 305 (= JdT 2000 I 635) ; ATF 122 III 125, 127, c. 2b (= JdT 1998 II 82, 84), ATF 78 II 57, 59 ss (= rés. JdT 1953 I 318 = SJ 1952, 545, 548) ; BK-GIOVANOLI, art. 496, n. 1, Fragen, p. 205 ; GUHL, Obligationenrecht, p. 633, n. 37 ; MÜLLER, p. 277.

¹⁵⁷ Il s'agit ici d'un rapport tripartite. de GOTTRAU, I, p. 17 ; ROSSI, Garantie, p. 86, n. 208 ; RAPP, p. 280 ; LOGOZ, p. 47 ; DOĞAN, p. 63. En revanche, dans les affaires internationales, il peut arriver qu'une seconde banque sise au pays du bénéficiaire intervienne pour notifier l'ouverture de garantie émise en faveur du bénéficiaire. RAPP, p. 281 ; KAHYAOĞLU, p. 16 ; LÖW, p. 17. Elle est chargée, en principe, de transmettre la demande de paiement. Elle ne court aucun risque, n'assume aucune responsabilité. LOGOZ, p. 48, 120. Mais, parfois, elle délivre elle-même au bénéficiaire le montant de la garantie mise à sa disposition par la première banque. Exceptionnellement, elle peut agir comme banque notificatrice « domicile de paiement ». de GOTTRAU, I, p. 18 ; LÖW, p. 17. La relation entre les deux

indirecte¹⁵⁸, la banque du donneur d'ordre n'émet pas une garantie directement, mais elle mandate une autre banque, en général sise au pays du bénéficiaire (la banque de premier rang ou la banque garante) pour qu'elle émette une garantie propre en faveur du bénéficiaire. Elle crée ainsi une relation quadripartite¹⁵⁹.

banques est un mandat. Il a été admis que le bénéficiaire peut exceptionnellement recourir directement à la banque notificatrice malgré l'absence d'une relation juridique entre les deux, si celle-ci, qui agit comme banque notificatrice « domicile de paiement », n'effectue pas le paiement bien qu'elle ait reçu le montant qui lui a été transféré par la première banque. 11. HD, E. 3185, K. 3644, T. 4.7.1980 (cité par KAHYAOĞLU, p. 16, note. 42).

La seconde banque sise au pays de bénéficiaire peut aussi confirmer la garantie en assumant une obligation de paiement propre par une reprise cumulative de dette. DOHM, Garantie, p. 46, n. 45 ; RAPP, p. 281 ; KAHYAOĞLU, p. 17. Sauf convention contraire, le bénéficiaire peut procéder à son choix contre l'un ou l'autre des garants. LOGOZ, p. 49, 120. Il n'y a cependant pas lieu à la solidarité entre les deux banques. (L'article 7 du Code du commerce turc ne trouve pas d'application à moins que, dans le contrat de garantie, les parties n'aient prévu qu'une deuxième banque fera partie du contrat. KAHYAOĞLU, p. 17). On parle dès lors d'une relation quadripartite. de GOTTRAU, I, p. 18. Dans ces derniers deux cas, la relation entre le garant et le contre-garant est un mandat. LOGOZ, p. 120 ; DOHM, Garantie, p. 122, n. 255.

¹⁵⁸ La garantie indirecte est née de l'exigence selon laquelle la garantie doit être émise par une banque domiciliée dans le pays du bénéficiaire à cause des prescriptions administratives du pays en question.

¹⁵⁹ La banque garante doit émettre la garantie en faveur du bénéficiaire le plus rapidement possible. La banque contre-garante doit préparer un projet de texte approuvé par son client qu'elle remet à la banque garante. LOMBARDINI, p. 305, n. 55. 50% des garanties bancaires en matière internationales sont des garanties indirectes. DOHM, Garantie, p. 47, n. 47. Voir aussi DOĞAN, p. 64. Dans la pratique, le donneur d'ordre délègue une banque ayant une importance internationale qui se mettra en liaison avec une banque du pays du bénéficiaire et lui donnera le mandat d'émettre une garantie en faveur de ce dernier et, enfin, s'engagera à rembourser cette banque au cas où le paiement de la garantie aurait lieu. ROSSI, Garantie, p. 86, n. 210, RAPP, p. 282 ; BÜSSER, p. 104, n. 369. Grâce à ce type de garantie, le bénéficiaire se soumet à son propre système juridique et évite l'éventuelle législation sur les devises du pays de son cocontractant. de GOTTRAU, I, p. 18. Voir aussi RAPP, p. 282 ; LOGOZ, p. 51. Dans les Etats arabes et les pays en voie de développement, on voit que les marchés sont passés plutôt par des sociétés ou des organismes étatiques qui demandent la garantie d'une banque agréée de leur propre pays de manière à avoir un débiteur local d'une garantie émise selon leurs propres lois. DOHM, Conservatoire, p. 57. Il se peut que des mécanismes de garantie arrivent à plusieurs échelons. « Une société libyenne avait chargé un entrepreneur français de construire une école en Libye et exigeait en contrepartie une garantie de restitution d'acompte. L'entrepreneur français s'adressa à la Banque Catalane de Développement. Celle-ci, n'étant pas agréée par les autorités libyennes, se tourna vers la Banque Intercontinentale Arabe. La garantie fut émise par la Wahda

100. Les garanties distinguées selon la durée pour laquelle elles ont été accordées sont les garanties à durée limitée, dans lesquelles les parties prévoient les termes de mise en oeuvre de la garantie. Les garanties à durée illimitée ne prévoient quant à elles aucun délai pour l'appel à la garantie¹⁶⁰.

101. Les garanties distinguées selon l'objet sont particulièrement¹⁶¹ :

- la garantie de soumission (*Bietungsgarantie, Offertgarantie, Ausschreibungsgarantie, Submissionsgarantie, Bid bond tender, Tender bond, Bid guarantee*). Elle a pour but de garantir l'auteur d'un appel d'offre contre le risque que le soumissionnaire retire son offre avant la date d'expiration, la modifie, ou encore refuse, après l'adjudication en sa faveur, de signer le contrat ou de fournir les garanties supplémentaires exigées¹⁶².
- la garantie de bonne exécution (*Erfüllungsgarantie, Performance bond, Performance guarantee*). Elle a pour but de couvrir le risque d'une inexécution ou d'une prestation non conforme au contrat de valeur, d'une prestation défectueuse ou encore d'une prestation tardive¹⁶³.

Bank en Libye, contre-garantie par la Banque Intercontinentale Arabe, elle-même contre-garantie par la Banque Catalane de Développement. » L'exemple cité par ROSSI, Garantie, p. 86 ss, n. 212.

¹⁶⁰ Voir aussi *infra*, n. 902 ss, 917 ss.

¹⁶¹ Il ne dépasse pas seulement les limites de ce travail mais il est également impossible de donner une liste exhaustive des garanties distinguées selon leur objet.

¹⁶² de GOTTRAU, I, p. 11. Elle couvre l'autre partie jusqu'à la conclusion du contrat ou l'établissement d'une autre garantie (de bonne exécution). Le taux de change oscille entre 1 et 5% du prix de soumission et elle est valable pour une durée de 3 à 6 mois. *Idem*, I, p. 11 ; LOMBARDINI, p. 292, n. 10 ; DOHM, Garantie, p. 36, n. 18, Conservatoire, p. 56, Construction, p. 4 ; KAHYAOĞLU, p. 9 ss ; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 56 ; HORN, p. 90 ; LÖW, p. 12 ; RAPP, p. 274 ; ROESLE, p. 16 ; DOĞAN, p. 58 ; POULLET, Présentation, p. 31 ; BOVET, p. 13 ; ENGEL, Contrats, p. 631 ss ; FLORESCU, p. 375. Selon LOGOZ, cela varie entre 1 et 10%. LOGOZ, p. 32. Voir aussi PLEYER, p. 186 ; EMCH, RENZ, ARPAGAU, p. 300, n. 921 ; BÜSSER, p. 110, n. 390 ; BÜHLER, p. 123 ; KLEJNER, Bankgarantie, p. 145, n. 14.02. D'un autre point de vue, c'est une garantie qui doit être payée à condition que le tiers qui est soumissionnaire ne signe pas le contrat alors que le projet lui a été adjugé. PETER, p. 305. Le montant de la garantie permet au bénéficiaire de recouvrer les frais occasionnés par l'étude de la soumission et d'obtenir une indemnité pour le temps passé à cet examen lorsque le soumissionnaire refuse de conclure le contrat aux conditions de sa soumission. LOGOZ, p. 31 ss.

¹⁶³ Elle peut avoir comme objet la couverture de la livraison d'une marchandise (la garantie de livraison, *Lieferungsgarantie, Delivery guarantee*), l'exécution d'une

- la garantie de restitution ou de remboursement d'acompte (*Anzahlungsgarantie, Rückzahlungsgarantie, Vorauszahlungsgarantie, Advanced payment guarantee, Repayment guarantee*). « Elle vise à couvrir les droits éventuels de l'acheteur contre le vendeur en restitution d'un acompte payé sur le prix d'achat – ou même du prix d'achat intégral qui aurait fait l'objet d'un versement anticipé – dans l'hypothèse où le vendeur – le donneur d'ordre n'exécuterait pas correctement ses obligations résultant du contrat de base. »¹⁶⁴

obligation de faire (la garantie de l'exécution, *Leistungsgarantie, Performance guarantee*), le défaut de la chose (la garantie de bonne fin, *Gewährleistungsgarantie, Guarantee for warranty obligations*) ou le paiement du prix global convenu (la garantie de rétention, *Einbehaltungsgarantie, Retention guarantee*). Elle est accordée au bénéficiaire jusqu'à l'exécution du contrat de base et couvre généralement entre 5% (voir SJ 1984 457, 458; Arrêt de la Cour de justice de Genève, 1^{ère} Section, du 24 juin 1983 dans l'affaire UBS SA c. X SA et Banque Melli Iran, Arrêt non publié, in : SAS 1984 p. 175) et 20%, (dans la plupart des cas 10%, voir SJ 1985 609, 611) de la valeur de la prestation. de GOTTRAU, I, p. 11 ss; LOGOZ, p. 33 ss; LOMBARDINI, p. 292, n. 10; DOHM, Garantie, p. 36, n. 19 ss, Conservatoire, p. 56; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 56; HORN, p. 90; ENGEL, Contrats, p. 632 ss; EMCH, RENZ, ARPAGAU, p. 300, n. 920; RAPP, p. 275; GÜNAL, p. 972; POULLET, Présentation, p. 33 ss; LÖW, p. 12; PLEYER, p. 185; VELU, p. 213; KLEINER, Bankgarantie, p. 145, n. 14.02; BÜSSER, p. 111, n. 391 ss; BÜHLER, p. 124 ss; ROESLE, p. 16 ss; KAHYAOĞLU, p. 7 ss (pour les garanties de défaut de la chose, p. 11 et les garanties de paiement du prix global convenu, p. 12). (plus rarement 15%, voir DOHM, Construction, p. 4) La plupart du temps, la banque émet seulement une seule garantie couvrant l'ensemble des risques énumérés. LOGOZ, p. 34. Les garanties de bonne exécution peuvent avoir comme objet non seulement l'exécution d'une seule prestation, mais aussi l'exécution de plusieurs prestations. Par exemple, en matière de contrat de construction ou de contrat « clé en main », la banque se porte garante pour plusieurs prestations en même temps. Dans ce cas, il est préférable pour le bénéficiaire d'avoir une garantie pour durée illimitée. KAHYAOĞLU, p. 7 ss. D'un autre point de vue, c'est une garantie qui doit être payé à condition que le tiers n'accomplisse pas ses obligations contractuelles. PETER, p. 305. Dans les contrats de réalisation de grands ensembles industriels, en raison de la longueur de la période de temps s'écoulant entre la réception définitive de l'ensemble en état de fonctionnement et la mise en place des machines, la garantie mécanique des machines sera couverte par la garantie de bonne fin. COSTET, p. 108.

En droit anglo-américain, les compagnies d'assurance, « *Bonding Company* » ou « *Surety Company* », s'obligent à exécuter en nature par le « *performance bond* ». DOHM, Garantie, p. 32 ss, n. 9 ss.

¹⁶⁴ de GOTTRAU, I, p. 12. Elle est octroyée jusqu'à l'exécution du contrat et, en général, couvre le montant de l'acompte. Si les parties se sont mises d'accord sur des livraisons partielles, la garantie prévoit une diminution automatique d'un pourcentage donné de la valeur de la facture de chaque livraison. Au fur et à mesure que

- la garantie de paiement (*Zahlungsgarantie, Ausfall-Zahlungsgarantie, Payment guarantee*). Elle tend à couvrir le risque de non-paiement de l'acheteur à la date convenue¹⁶⁵.
- la garantie pour document manquant (*Lettres de garantie, Konnossementsgarantie, Reversgarantie, Bill of lading guarantee, letter of indemnity*). C'est une institution ayant sa place plutôt dans les affaires maritimes. Elle permet au vendeur d'obtenir le

l'exécution du contrat avance, l'acompte diminue pour s'éteindre progressivement. *Idem*, I, p. 12. Voir aussi SCHNEEBERGER, p. 74 ss; LOMBARDINI, p. 292, n. 10; DOHM, Garantie, p. 37, n. 23; Conservatoire, p. 56, Construction, p. 4; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 56; HORN, p. 90; RAPP, p. 275 ss; LÖW, p. 12 ss; LOGOZ, p. 35 ss; BOVET, p. 14; KAHYAOĞLU, p. 11 ss; POULLET, Présentation, p. 32 ss; ENGEL, Contrats, p. 633; VELU, p. 213; BÜSSER, p. 112 ss, n. 399 ss; BÜHLER, p. 124; KLEINER, Bankgarantie, p. 146, n. 14.02; ROESLE, p. 17; EMCH, RENZ, ARPAGAU, p. 299, n. 919. D'un autre point de vue, c'est une garantie qui doit être payé à condition que le tiers, livreur, ne livre pas et doit rembourser des acomptes mais ne le fait pas. PETER, p. 305. Voir arrêt du Tribunal fédéral non publié du 10 septembre 2003, 4C.144/2003 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 335, r51). Afin d'éviter les appels abusifs à la garantie, sa validité est souvent soumise à la condition suspensive du versement de l'acompte prévu par le bénéficiaire. LOGOZ, p. 36.

¹⁶⁵ Cette institution qui remplace le crédit documentaire peut être utilisé dans le domaine des crédits pour garantir le remboursement des prêts. Elle peut couvrir le paiement en tout ou en partie, et cela jusqu'au paiement par l'acheteur. de GOTTRAU, I, p. 13; LOGOZ, p. 37; LÖW, p. 13; BÜSSER, p. 111, n. 395; KLEINER, Bankgarantie, p. 146, n. 14.02. Elle peut apparaître sous forme de « la garantie de paiement du prix » (LOMBARDINI, p. 292, n. 10) ou bien de « la garantie de couverture de crédit ». SJ 1997 245, 250, c. 4a (bb). En règle générale, le bénéficiaire fait une déclaration écrite pour sa mise en œuvre par laquelle celui-ci atteste avoir exécuté ses obligations de manière complète, sans pour autant avoir été payé à l'échéance par le donneur d'ordre. DOHM, Garantie, p. 38, n. 25; LOGOZ, p. 38. Malgré ses ressemblances avec le crédit documentaire, elle a l'avantage d'être moins coûteuse et de se préparer plus facilement et l'inconvénient de constituer une protection moindre avec la simplicité d'appel à la garantie qui risque de causer des appels abusifs. Elle est surtout utilisée aux opérations de forfaitage. ROSSI, Garantie, p. 95 ss, n. 259. Elle peut être utilisé pour l'ouverture d'un accreditif. GUGGENHEIM, Garantie, p. 165, note. 2.

Cette type de garantie peut être sous forme de la garantie de crédit (*Kreditsicherungsgarantie*). La banque se porte garante à concurrence d'un crédit dont elle a elle-même souvent demandé l'ouverture pour l'hypothèse où le preneur du crédit ne rembourserait pas le donneur de crédit. GUGGENHEIM, Garantie, p. 165; ROESLE, p. 19. De même, cette garantie est toujours demandée par la banque qui fournit une carte de crédit à son client (*Kreditkartengarantie*). BÜSSER, p. 113, n. 403. Bien qu'en principe elle soit utilisée dans le cadre de la garantie indirecte, on peut la rencontrer dans les garanties directes aussi. BÜSSER, p. 106, n. 378.

paiement de la marchandise malgré l'absence des documents manquants, par exemple à cause d'une perte ou d'un retard postal¹⁶⁶.

- les contre-garanties (*Rückgarantie, Gegengarantie, Counter-guarantee, indemnity*). Elles couvrent le risque de non-remboursement par le donneur d'ordre de la somme payée au bénéficiaire par la banque garante. Elle peut avoir pour objet des sûretés personnelles aussi bien que des sûretés réelles¹⁶⁷. Elle peut être accordée au garant par un tiers aussi bien que par le donneur d'ordre¹⁶⁸. Il ne s'agit donc pas toujours d'une garantie au sens où

¹⁶⁶ Cette lettre de garantie couvre en général 100 et 200% de la valeur de ce dernier. de GOTTRAU, I, p. 13 ; LOMBARDINI, p. 292, n. 10 ; ROSSI, Garantie, p. 95, n. 256 ss ; DOHM, Garantie, p. 39, n. 28 ; LOGOZ, p. 38 ; KAHYAOĞLU, p. 13 ; BÜSSER, p. 117, n. 419 ; BÜHLER, p. 125. Pour Thévenoz, l'existence d'un tel type de garantie malgré l'existence de la garantie de bonne exécution s'explique de la manière suivante : tout d'abord, alors que la garantie pour document manquant porte sur tout le prix voire un multiple, la garantie de bonne exécution ne porte que sur une fraction du prix de la transaction de base. Mais surtout « cette différence de mise en œuvre tient aux fonctions propres à chacune de ces deux garanties. La garantie à première demande est un substitut récent au dépôt en numéraire ou à la retenue d'une fraction du prix de vente que le fournisseur se trouvait souvent tenu de concéder à son client dans le commerce international. A cette fonction de consignation peut s'ajouter l'idée d'une indemnisation forfaitaire. Elle doit donc conserver le caractère liquide de dépôt d'espèces, ou s'en approcher le plus possible. A l'inverse, la <letter of indemnity> est très proche du porte-fort : elle garantit à l'armateur qu'il aura un débiteur solvable au cas où il subirait un dommage pour avoir délivré la marchandise sans se faire remettre le connaissance. La diversité des modalités de mise en œuvre est le reflet d'une configuration différente des intérêts des parties ». THEVENOZ, p. 182.

¹⁶⁷ Selon l'article 2 c des RUGD, « aux fins des présentes Règles, <Contre-garantie> désigne toute garantie, <bond> ou tout autre engagement de paiement du contre-garant quelle qu'en soit la dénomination ou la description, pris par écrit pour le paiement d'une somme d'argent au garant sur présentation, conformément aux termes de l'engagement, d'une demande écrite de paiement et d'autres documents spécifiés dans la contre-garantie qui présentent l'apparence de conformité avec les termes de la contre-garantie. Les contre-garanties sont par nature indépendantes de la garantie à laquelle elles se rapportent ainsi que de tous contrats de base ou conditions d'adjudications et les contre-garants ne sont en aucune façon concernés ou liés par ces garanties, contrats ou condition d'adjudication, même si la contre-garantie inclut une référence à ceux-ci. » Voir GOODE, p. 45, SBS, p. 68. Voir aussi SJ 1984 457, 462, c. 2.

¹⁶⁸ KAHYAOĞLU, p. 12, 98 ss ; BÜSSER, p. 108 ss, n. 383 ; TEKİNALP, p. 390, n. 107. Elle est surtout applicable aux rapports des garanties indirectes, c'est-à-dire dans le cadre d'une garantie qui prévoit l'intervention d'une deuxième banque, la banque confirmatrice (banque garante, banque de première rang) au domicile de paiement. Dans cette relation quadripartite, la deuxième banque située dans le pays

nous l'entendons dans ce travail puisque celle-ci exige l'existence de trois parties¹⁶⁹. Elle peut en outre prendre la forme d'un « dépôt »¹⁷⁰.

102. Enfin, dans le commerce international, les risques à garantir représentent souvent des sommes si importantes qu'aucune banque ne veut les garantir seule. Les banques constituent en général un consortium qui délivre au bénéficiaire la garantie demandée. Ce type de garantie, par laquelle plusieurs garants s'engagent pour la même dette, s'appelle « la garantie consortiale »¹⁷¹.

de l'acheteur, assumant une obligation de garantie indépendante à l'égard de ce dernier, veut être couverte par la banque du pays du vendeur (banque contre-garante) dans son remboursement du paiement de la garantie. Dans ce dessein, sur instructions du vendeur, la première banque émet une contre-garantie en faveur de la deuxième banque. La contre-garantie est toutefois indépendante de la garantie principale. de GOTTRAU, I, p. 14. Voir aussi BÜHLER, p. 125, 132 ss ; DOĞAN, p. 70 ss. Elle est stipulée, en général, en tant que garantie à première demande. LÖW, p. 18.

¹⁶⁹ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 330 ; DOHM, Garantie, p. 70, n. 105, Conservatoire, p. 59. La contre-garantie doit être admise en tant que clause spéciale dans le cadre du contrat de mandat entre les deux banques. GUGGENHEIM, Bancaire, p. 330. Il sied de dire que la contre-garantie est totalement indépendante tantôt du contrat de base, tantôt de la garantie entre le donneur d'ordre et la banque contre-garante. Seul son libellé est déterminant quant aux conditions de son appel. Par exemple, si la garantie de premier rang est soumise à une clause de réduction, cette clause ne sera applicable à la contre-garantie que si elle est expressément indiquée dans le libellé de cette dernière. LOGOZ, p. 50.

¹⁷⁰ En effet, la banque se protège contre le risque de l'insolvabilité du donneur d'ordre au cas où elle paierait la garantie et, en général, elle exige du contre-garant le dépôt d'une somme d'argent sur un compte Voir 19. HD, E. 92/11337, K. 93/8744, T. 20.12.1994 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 937 et 943) ; TD, E. 66/3753, K. 4267, T. 24.11.1967 (cité par AKYAZAN, Ticaret, p. 171) ; 19. HD, E. 99/4514, K. 99/5253, T. 24.9.1999 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 947). Pour une partie de la doctrine, il s'agit d'une clause qui contredit le caractère indépendant de la garantie, car le dépôt devant être effectué par le donneur d'ordre ne fait pas partie du contrat de garantie. KAHYAOĞLU, p. 57. En outre, en pratique turque, on voit que les banques insèrent des clauses de dépôts dans les contre-garanties par lesquelles elles ont le droit de bloquer une somme d'argent lorsque la situation économique du donneur d'ordre change au détriment de la banque et ce sans préavis de ce dernier. Pour les critiques SOMUNCUOĞLU, Depo, p. 834 ss.

¹⁷¹ La garantie consortiale prévoit la procédure que le bénéficiaire doit suivre pour faire appel à la garantie à l'égard des différentes banques engagées. DOHM, Garantie, p. 48, n. 50.

B. Types de garantie indépendante selon le mode de mise en œuvre

103. Les garanties selon le mode de mise en œuvre sont les garanties simples, les garanties à première demande, les garanties documentaires et les garanties *sui generis*.

104. Avant de commencer à examiner les garanties selon le mode de mise en œuvre, il est important de répéter que la garantie est indépendante. Il ne peut donc pas exister de garanties solidaires avec le débiteur principal. Lorsque la même dette est garantie par plus d'un garant, à défaut de stipulation contraire, chacun est responsable par le montant indiqué dans la lettre de garantie¹⁷².

1. Garantie simple

105. Il s'agit de la garantie dans laquelle il n'y a aucune clause relative à l'appel à la garantie¹⁷³. « Dans ce cas, la garantie présente un certain caractère accessoire. »¹⁷⁴ Contrairement à la garantie à première demande, le bénéficiaire doit apporter la preuve de l'inexécution de la dette principale. En d'autres termes, le bénéficiaire faisant appel à la garantie simple doit en apporter la justification et le garant ne doit payer qu'après en avoir eu la confirmation¹⁷⁵. En revanche, à la différence des garanties documentaires dans lesquelles les parties prévoient comme condition la fourniture d'un document précis, le bénéficiaire d'une garantie simple peut prouver la survenance du risque par tous les moyens. Concernant la preuve, il peut notamment produire une décision judiciaire, arbitrale ou un rapport d'expertise attestant l'inexécution ou la mauvaise exécution de la prestation garantie ou encore, par exemple, de la marchandise défectueuse elle-même si la livraison était l'objet de la garantie.

106. La garantie simple n'a pas un large domaine d'application. En effet, pour sa mise en œuvre, le bénéficiaire devra prouver la survenance du risque, ce qui veut dire, dans la plupart des garanties, que la prestation garantie n'a pas eu lieu ou n'a pas eu lieu correctement. Dans la plupart

¹⁷² TD, E. 66/4652, K. 3581, T. 10.6.1968 (cité par AKYAZAN, Ticaret, p. 180).

¹⁷³ SPAINI, p. 34, note. 173 ; ARKAN, Teminat, p. 62.

¹⁷⁴ TERCIER, Contrats, p. 906, n. 6320.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 906, n. 6320. Selon Tekinalp, même dans ce cas, il est suffisant que le bénéficiaire rende vraisemblable la survenance du risque. TEKINALP, p. 375, n. 77.

des cas, il sera assez difficile pour le bénéficiaire d'apporter une telle preuve « négative »¹⁷⁶.

2. Garantie à première demande

a) Généralités

107. La garantie à première demande est également qualifiée de « garantie automatique » ou de « garantie inconditionnelle »¹⁷⁷. Apparue pour la première fois sur la scène internationale au cours de la deuxième moitié du XX^{ème}¹⁷⁸, elle est le type de garantie le plus utilisé dans la pratique bancaire¹⁷⁹ parce qu'elle présente de nombreux avantages pour le bénéficiaire et pour la banque qui l'émet¹⁸⁰. Elle peut être stipulée sous la forme de garantie directe et de garantie indirecte¹⁸¹.

¹⁷⁶ Voir aussi *infra*, n. 119.

¹⁷⁷ de GOTTRAU, I, p. 15 ; GUGGENHEIM, Bancaire, p. 324 ; DOHM, p. Garantie, 41, n. 32, Schiedsgerichts, p. 95 ; RAPP, p. 278 ; LOGOZ, p. 42 ; KAHYAOĞLU, p. 19. Pour « garantie conditionnelle », voir ATF 119 II 132, c. 5a (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492).

Il peut apparaître sous forme de différents types de garantie, par exemple la « garantie de bonne exécution » ou « garantie de bonne fin » (« *Leistungsgarantie* », « *Lieferungsgarantie* », « *performance guarantee* », « *performance bond* »).

¹⁷⁸ ROSSI, Garantie, p. 16, n. 5. C'est l'époque où on a passé des contrats à exécution instantanée aux relations juridiques de durée qui exigeaient la mise en place de nouvelles formes de sûretés parce que le cautionnement présentait plusieurs inconvénients.

¹⁷⁹ Et cela malgré les différences quant aux niveaux économiques des pays, quant à leurs législations, quant à leurs systèmes juridiques variables. Par exemple, la garantie à première demande qui prévoit des clauses de solidarité, d'irrévocabilité et de paiement inconditionnel est la garantie la plus appliquée même à Cuba malgré son régime politique totalement différent. CREMADES, VALLUIS, ZIVY, p. 87. Pour le droit espagnol, voir CREMADES, p. 252. Aussi, « la pratique bancaire dans les pays du Proche-Orient ne diffère pas, en ce qui concerne les garanties, de celle de pays d'Europe occidentale et, plus particulièrement, de la France ». EL HAKIM, p. 383.

¹⁸⁰ Effectivement, la banque préfère de rester hors des éventuels litiges entre les parties au contrat de valeur (de GOTTRAU, I, p. 15 ; DOHM, Garantie, p. 42, n. 33 ; LOGOZ, p. 42 ; KAHYAOĞLU, p. 19. Voir aussi ZOBL, p. 37 ; VELU, p. 215 ; DOĞAN, p. 46 ; RAPP, p. 279) et ne pas devoir s'occuper du problème d'authenticité des documents en cas de garantie documentaire. LÖW, p. 45. En outre, étant donné que la banque est régulièrement approvisionnée, elle n'essuie pratiquement jamais de perte. ROSSI, Garantie, p. 18, n. 15.

¹⁸¹ ROSSI, Garantie, p. 23, n. 29.

108. Le caractère le plus important de ce type de garantie est son automatisme¹⁸². La banque garante doit payer à la première demande du créancier dans les termes de la garantie et sur le simple appel de paiement. En d'autres termes, le garant doit honorer son engagement intégralement, sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base, le plus vite possible après l'appel du bénéficiaire¹⁸³. Le garant ne peut ni discuter le bien-fondé de la réquisition du créancier ni lui demander de motiver son appel¹⁸⁴. La banque garante ne peut pas non plus élever des exceptions provenant du contrat de base suite à l'appel à la garantie. En revanche, elle peut refuser de payer s'il existe des exceptions résultant du contrat de garantie lui-même¹⁸⁵; elle peut invoquer, par exemple, que la garantie est entachée d'un vice de consentement ou que les conditions de l'appel à la garantie ne se sont pas réalisées¹⁸⁶. L'appel à la garantie suffit à constituer une présomption de l'inexécution du contrat principal lorsqu'il est effectué selon les conditions prévues.

109. L'une des formules simple et sûre, ne laissant place à aucune hésitation pour ce type de garantie est la suivante: le garant s'engage « irrévocablement et indépendamment de la validité et des effets juridiques du contrat de base » à « payer une certaine somme sur la simple demande de la part de bénéficiaire »¹⁸⁷. En revanche, bien que le libellé de la garantie ne comprenne pas de clause de paiement à première demande, ce type de garantie peut aussi résulter de l'interprétation des volontés des parties¹⁸⁸.

110. Il ne faut jamais oublier que, même si elle est considérée comme un engagement autonome et indépendant, cette garantie fait néanmoins partie intégrante d'un groupe de contrats qui procèdent de la même unité économique. Elle a pour but d'assurer au bénéficiaire la survenance d'un résultat grâce à l'exécution des obligations contractuelles du donneur

¹⁸² *Idem*, p. 18, n. 15.

¹⁸³ ATF 119 II 132, 133, c. 5a (aa) (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492). Voir aussi arrêt du Tribunal fédéral non publié du 19 mai 2003, 4C.25/2003, c. 2.1 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 335, r50).

¹⁸⁴ de GOTTRAU, I, p. 15; ROESLE, p. 14. Ni demander des preuves d'inexécution. DOHM, Schiedsgerichts, p. 95.

¹⁸⁵ RFJ 1993 296, 301, c. 2b; BK-WEBER, art. 111, n. 14; de GOTTRAU, I, p. 15; ROESLE, p. 14; SPAINI, p. 101 ss.

¹⁸⁶ Voir *infra*, n. 742 ss, 760 ss.

¹⁸⁷ ROSSI, Garantie, p. 91, n. 238; GIGER, p. 257; ZOBL, p. 37. Voir aussi BÜHLER, p. 121. Pour d'autres exemples, voir DOHM, Garantie, p. 41, n. 32; LOGOZ, p. 43.

¹⁸⁸ TEKINALP, p. 375, n. 76.

d'ordre¹⁸⁹. Malgré son indépendance, la garantie est un contrat induit par le rapport de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, elle est également un des éléments de leurs liens économiques¹⁹⁰.

111. Bien que la garantie soit détachée de toutes circonstances matérielles, son indépendance ne s'étend toutefois pas au-delà des limites fixées par la loi. En d'autres termes, l'appel reste inopérant lorsqu'il constitue un abus de droit de la part du bénéficiaire¹⁹¹. La garantie, même quand elle est à première demande, n'est pas complètement détachée du contrat de base. Le garant n'est obligé d'effectuer le paiement que si la prestation découlant du contrat de base n'est pas exécutée, ou n'est exécutée qu'imparfaitement par le débiteur principal, et ce bien que le bénéficiaire puisse appeler le garant à la garantie sans devoir justifier quoi que ce soit, et que le garant doive payer sur le simple appel du bénéficiaire, sans demander aucune justification à ce dernier. Ce fait résulte tantôt de la convention des parties, tantôt de l'article 2 I CC. Sa violation oblige le bénéficiaire à réparer le dommage selon l'article 97 I CO¹⁹².

b) Garantie à première demande avec clause d'effectivité

112. Comme on le constate, la garantie à première demande crée une situation fort avantageuse pour le bénéficiaire. Il s'agit cependant d'un type de garantie très ouvert aux abus de droit, puisque le bénéficiaire peut faire sa demande sans que les conditions soient remplies et sans obligation de preuve pour le paiement de la garantie¹⁹³.

113. Pour surmonter les inconvénients de la garantie à première demande, les parties y ajoutent parfois une clause dite « d'effectivité »

¹⁸⁹ Même la garantie indépendante n'est jamais totalement dégagée du contrat de base. Voir *infra*, n. 231 ss.

¹⁹⁰ LOGOZ, p. 76.

¹⁹¹ Pour la notion d'appel abusif, voir *infra*, n. 699 ss. Il est en revanche parfaitement opérant s'il n'est qu'injustifié, sans toutefois constituer un abus de droit. THEVENOZ, p. 179.

¹⁹² SCHÖNLE, Missbrauch, p. 57.

¹⁹³ de GOTTRAU, I, p. 15; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 56, RAPP, p. 279. En revanche, si on considère en proportion avec le volume global des garanties bancaires à première demande, on voit que l'appel abusif est relativement rare. DOHM, Garantie, p. 42, n. 34. En outre, la garantie de la Confédération contre les risques à l'exportation offre aux exportateurs suisses la possibilité de s'assurer contre les risques d'un appel abusif. DOHM, Garantie, p. 44, n. 40.

(garantie auf ersten Abruf mit « Effektivklausel »)¹⁹⁴. Cette clause indique que la banque va payer à la première demande lorsque, par exemple, le cas garanti a lieu et le dommage se produit¹⁹⁵. En pratique, les parties conviennent souvent d'une clause d'effectivité qui oblige le bénéficiaire à faire un appel écrit attestant que le risque garanti s'est réalisé¹⁹⁶.

114. Pour la doctrine, il est très contradictoire d'affirmer ces deux choses simultanément¹⁹⁷. La clause accorde, d'une part, au bénéficiaire le droit de faire effectuer le paiement sur simple demande et, d'autre part, au garant le droit de demander la preuve de l'inaccomplissement de la prestation au bénéficiaire¹⁹⁸. Autrement dit, la banque devrait payer, d'une part à la seule demande du bénéficiaire et, d'autre part, le paiement serait subordonné à la réalisation du cas de garantie¹⁹⁹. Pour de Gottrau, ce type de clauses doit être évité dans la pratique²⁰⁰.

115. La doctrine n'a pas encore apporté de solution satisfaisante.

116. Pour une partie de la doctrine, il faut au moins que la survenance du dommage soit vraisemblable lorsqu'il y a une clause d'effectivité²⁰¹.

117. Pour Kleiner, il s'agit ici d'un contrat accessoire. Une simple affirmation resterait insuffisante et le garant pourrait demander au béné-

¹⁹⁴ ATF 119 II 132, 133 5a (aa) (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492, 493). La doctrine l'appelle aussi « la garantie à première demande justifiée ». SJ 1997 245, 250, c. 4a (bb). ROSSI, Garantie, p. 92, n. 243. Voir aussi ZOBL, p. 37 ; HORN, p. 91 ss ; RAPP, p. 279 ; ARKAN, Teminat, p. 64. Dans la pratique turque, on voit souvent des clauses par lesquelles les garants assument un paiement malgré l'existence d'une décision judiciaire l'empêchant. Elles ne sont pas valables selon l'article 113 A de LPtr. ARKAN, Teminat, p. 64.

¹⁹⁵ C'est notamment le cas lorsque le débiteur principal ne s'exécute pas. de GOTTRAU, I, p. 15 ; HORN, p. 91 ; BÜHLER, p. 138 ; SPAINI, p. 99.

¹⁹⁶ Le garant qui paie a le droit d'exiger du bénéficiaire toutes les preuves de la réalisation du risque qui vont être utiles dans un éventuel « Rückforderungsprozess ». HORN, p. 92.

¹⁹⁷ ROSSI, Garantie, p. 92, n. 244 ; THEVENOZ, p. 179 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 39 ; BÜHLER, p. 139. Voir aussi ATF 119 II 132, 133, c. 5a (aa) (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492, 493).

¹⁹⁸ SJ 1997 245, 250, c. 4a (bb) ; ATF 119 II 132, c. 5a (aa) (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492, 493).

¹⁹⁹ ATF 119 II 132, 133, c. 5a (aa) (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492, 493). Voir aussi SCHÖNLE, Missbrauch, p. 56.

²⁰⁰ de GOTTRAU, I, p. 16.

²⁰¹ BK-WEBER, art. 111, n. 15. En revanche, pour Zobl, « wird eine reine Effektivklausel aufgenommen, so bedeutet dies, dass der materielle Garantiefall in einer ersten Phase nachgewiesen werden muss. » ZOBL, p. 37. Ce point de vue est entièrement incompatible avec le système de la « garantie à première demande ».

ficiaire des documents authentiques tendant à établir la réalisation de la condition d'appel à la garantie²⁰².

118. Pour Dohm, il faut résoudre la difficulté en considérant que le garant n'a pas à vérifier la réalité du cas de garantie et qu'il devrait se contenter d'une attestation écrite du bénéficiaire qui confirme que les conditions matérielles de l'appel à garantie sont réalisées²⁰³. En revanche, il est évident que le risque d'appel abusif n'est pas moins important pour ce type de garantie que pour la garantie à première demande sans la clause d'effectivité si une attestation écrite s'avère suffisante.

119. Pour Büsser, peu importe que la garantie contienne une clause d'effectivité ou pas : le bénéficiaire doit démontrer la réalisation du risque lorsque l'interprétation donne lieu à l'admission d'un tel devoir au moment de l'appel²⁰⁴. Une telle démonstration pousserait le bénéficiaire à apporter au garant une preuve négative et impossible. Il ne faut pas admettre la validité d'une telle clause qui risque d'être contraire aux règles de la bonne foi²⁰⁵.

120. Pour Thevénoz en revanche, c'est une question d'interprétation que l'on doit résoudre en cherchant la réelle et commune intention des parties, sans chercher à dégager de solution générale²⁰⁶. En d'autres termes, il ne faut pas trancher la question in abstracto, mais plutôt

²⁰² KLEINER, Bankgarantie, p. 192, n. 21.26. Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 10 septembre 2003, 4C.144/2003, c. 3.4 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 335, r51). Cependant, pour Spaini, « würde der strike Beweis verlangt, so gäbe es keinen Unterschied mehr zwischen einer <einfachen> Garantie und einer solchen mit Sofortzahlungs- und Effektivklausel. Kommt der Garant zum Schluss, dass der Anspruch auf die Garantieleistung vom Begünstigten glaubhaft gemacht wurde, so ist es ausschliesslich Aufgabe des Garantieauftraggebers, dem Garanten die notwendigen Beweismittel vorzulegen, die dem Nachweis des Nichteintritts des Garantiefalles dienen. » SPAINI, p. 101.

²⁰³ DOHM, Garantie, p. 103, n. 200. Voir aussi STREULE, p. 184.

²⁰⁴ BÜSSER, p. 266, n. 892.

²⁰⁵ BÜSSER, p. 436, n. 1427. Quand il s'agit d'une garantie à première demande, l'appel à la garantie contient l'affirmation tacite de la réalisation du risque garanti. *Idem*, p. 268, n. 898.

²⁰⁶ THEVENOZ, p. 181 ss. Si l'appel ne s'effectue que par une simple déclaration écrite, qui ne résout pas le problème de l'appel abusif mais sert de preuve sur le caractère abusif de l'appel, on a tendance à l'admettre comme la garantie à première demande. LOGOZ, p. 41.

examiner le libellé de la clause de garantie de manière à déterminer la réelle et commune intention des parties²⁰⁷.

121. Selon nous également, il sied de trancher la question *in concreto*. Quand la garantie prévoit une clause selon laquelle le paiement aura lieu sur l'appel à la garantie mais pour autant que le risque survienne, il n'y a pas lieu de créer un autre type de garantie entre la garantie à première demande et la garantie documentaire. Il ne s'agit que de l'affirmation de ce que nous venons de dire pour la garantie à première demande : même une garantie à première demande présuppose la réalisation du cas garanti. En d'autres termes, même si les parties ont stipulé une telle garantie, le bénéficiaire n'a pas le droit de faire appel avant que le risque ne survienne.

122. En revanche, si les parties ont prévu la fourniture de certains documents particuliers, comme ceux qui sont prévus par la garantie documentaire, la garantie stipulée est une garantie documentaire.

3. Garantie documentaire

123. La garantie documentaire est un contrat qui prévoit la présentation d'un ou plusieurs documents pour la mise en œuvre de la garantie²⁰⁸ et, par ricochet, qui présente un risque d'appel abusif très limité²⁰⁹. Le

²⁰⁷ « Si la garantie prévoit p. ex. que la banque payera contre remise d'une demande de paiement du bénéficiaire – attestant que l'importateur n'a pas exécuté l'une de ses obligations [telle que définie dans les termes de la garantie] – il s'agira d'une modalité purement formelle de mise en œuvre de la garantie et la banque garante se limitera à vérifier que le contenu de la déclaration du bénéficiaire correspond à ce qui a été convenu. A l'inverse, si la garantie stipule p. ex. que la banque paiera – dans le cas où l'importateur n'a pas exécuté l'une de ses obligations [telle que définie dans les termes de la garantie] – la modalité de mise en œuvre de la garantie pourrait être considérée comme matérielle ; elle supposerait en effet que la banque garante vérifie que cette condition de fait est bien réalisée ou que le bénéficiaire en apporte la preuve à satisfaction de la banque ». de GOTTRAU, I, p. 16.

²⁰⁸ Voir Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 10 septembre 2003, 4C.144/2003, c. 2.2 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 335, r51). ATF 119 II 132, 133, c. 5a (bb) (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492, 493). de GOTTRAU, I, p. 17 ; LOGOZ, p. 39. Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 42, n. 5.26 ; HORN, p. 92 ss ; RAPP, p. 277 ; KAHYAOĞLU, p. 21 ss ; VELU, p. 212 ; ROESLE, p. 15 ; LÖW, p. 15 ss ; VASSEUR, p. 359 ss ; BÜHLER, p. 121 ; SPAINI, p. 103 ; DOĞAN, p. 57 ; ZOBL, p. 37.

²⁰⁹ LOGOZ, p. 40. « Les garanties documentaires posent le problème particulier de l'appel en garantie abusif très différemment des garanties à première demande, à tout

document atteste en principe que la prestation garantie n'a pas été exécutée ou qu'elle l'a été de manière défectueuse²¹⁰. Le document peut être par exemple une décision de tribunal, un jugement arbitral, un certificat provenant de tiers (qui constate le dommage subi par le bénéficiaire ou la réalisation des autres conditions auxquelles est liée la mise en œuvre de la garantie), un bulletin de livraison ou un connaissance²¹¹. Il revient aux parties de fixer les modalités relatives aux documents à fournir²¹². « Ainsi, il s'agit de donner au mot – document – le sens restreint qu'on lui reconnaît déjà dans le crédit documentaire. Est document, toute pièce écrite dont la teneur et l'origine suffisent d'elles-mêmes à créer une forte présomption, une apparente évidence que la prestation [...] n'a pas été accomplie (garantie). »²¹³

124. Le garant ne peut pas et ne doit pas payer avant que les documents stipulés soient établis. S'il paie bien que le bénéficiaire ne les lui ait pas fournis, il perd son éventuel droit de recours contractuel envers

le moins pour deux raisons : d'abord, l'exigence de la production de documents précis rend tout abus beaucoup plus difficile et plus rare. Deuxièmement, si un abus se produit, le donneur d'ordre tentera en premier lieu de démontrer que les documents remis sont faux. Cette preuve sera souvent plus facile à apporter que la preuve de l'abus, dans le cadre d'une garantie à première demande ». *Idem*, p. 41. D'ailleurs le but principal de recourir à cette sorte de garantie est de réduire le risque d'appel abusif. ROESLE, p. 15.

²¹⁰ Voir LÖW, p. 16.

²¹¹ CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 38 ; de GOTTRAU, I, p. 17 ; GUGGENHEIM, Bancaire, p. 324 ; ZOBL, p. 37 ; HORN, p. 92 ; RAPP, p. 277 ; LOGOZ, p. 40 ; VASSEUR, p. 322 ; BÜHLER, p. 121 ; ROESLE, p. 15 ; DOHM, Construction, p. 4 ; SPAINI, p. 103 ss. « *Gleichermassen kann auch eine Erklärung des Begünstigten selbst diese Funktion übernehmen.* » KLEINER, Bankgarantie, p. 42, n. 5.26.

²¹² Les garanties documentaires stipulent souvent que le garant n'est autorisé à payer que sur présentation d'une décision arbitrale établissant le droit du bénéficiaire lorsqu'il y a un désaccord entre le débiteur de la dette principale et le bénéficiaire (elles peuvent stipuler que les documents émaneront du bénéficiaire ou de tiers). Pour Rossi, il s'agit d'une technique créant une relation entre le contrat de base et la garantie. ROSSI, Garantie, p. 93, n. 246. Voir aussi THEVENOZ, p. 180. Pour cet auteur, l'examen par le garant des documents qui lui sont présentés doit être rigoureux.

²¹³ POULLET, Présentation, p. 44. « Si nous acceptons de donner au mot document un tel sens, il faut bien constater une différence importante entre l'institution du crédit documentaire et celle de la garantie. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, l'événement dans le crédit documentaire, l'événement dont l'exécution apparente est à établir par les documents, est positif et se rapporte à un événement déterminable dans le temps de façon précise. A l'inverse, dans la garantie, l'événement qui déclenche l'appel à la garantie est négatif et difficilement précisable à l'avance. » *Idem*, p. 44.

le donneur d'ordre ou, le cas échéant, envers une autre personne contre-garante.

125. En raison de sa mise en œuvre trop longue et de la possibilité pour les créanciers de choisir une garantie à première demande, la garantie documentaire n'est pas fréquente en pratique²¹⁴. En fait, ce type de garantie ne reflète pas vraiment les avantages d'une garantie indépendante, tels que la vitesse et l'automatisme.

126. Il peut exister des confusions sur la qualification des garanties documentaires et des garanties « à première demande » comportant une clause d'effectivité. Il faut admettre que la garantie ne prévoyant que la présentation d'une déclaration écrite de la part du bénéficiaire qui certifie que le donneur d'ordre n'a pas correctement exécuté ses obligations résultant du contrat de base ne saurait être qualifiée de garantie documentaire, mais doit bien plutôt être reconnue comme une garantie à première demande²¹⁵.

4. Garanties *sui generis*

127. Selon le Tribunal fédéral, dès que le contrat de garantie ne comprend pas les éléments permettant de le rattacher au contrat de garantie à première demande ni au contrat de garantie documentaire, on est en présence d'une garantie *sui generis*²¹⁶. Dans l'arrêt cité, le Tribunal fédéral retient que la garantie ne peut pas être considérée comme une garantie à première demande pour le seul motif que celle-ci devrait être payable indépendamment d'un éventuel litige, alors que la garantie en cause réserve expressément la couverture des frais d'un hypothétique procès. Elle ne peut non plus être considérée comme une garantie de seconde catégorie, car elle ne fait pas mention des documents à la présentation desquels sa mise en œuvre serait liée. L'engagement litigieux

²¹⁴ de GOTTRAU, I, p. 17. En revanche, on propose ce type de garantie de plus en plus pour surmonter les difficultés dues à l'appel abusif à la garantie. HORN, p. 92 ss.

²¹⁵ de GOTTRAU, I, p. 17. Voir aussi RAPP, p. 277 ss ; ROSSI, Garantie, p. 92, n. 243. Voir *supra*, n. 121 ss. Dans le même sens, voir BÜHLER, 140 ; LOGOZ, p. 41 ss. *Contra* ATF 119 II 132, 133, c. 5 a (bb) (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492, 493). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a admis que la garantie qui prévoit la fourniture d'une attestation du bénéficiaire selon laquelle l'exportateur n'a pas correctement exécuté les obligations lui incombant d'après le contrat de base est une garantie documentaire. Sur ce sujet, voir aussi THEVENOZ, p. 181.

²¹⁶ ATF 119 II 132, 134, c. 5c (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492, 494).

apparaît comme étant une garantie bancaire *sui generis* dont les conditions découlent de la seule volonté des parties. C'est alors par rapport à la volonté des parties qu'on décide si l'appel à la garantie doit être accompagné de pièces justificatives permettant d'établir la réalisation du cas de garantie et du montant jusqu'à concurrence duquel le garant doit intervenir²¹⁷.

§5 RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LES PARTIES AUX DIFFERENTS CONTRATS

128. La garantie fait partie d'une combinaison de trois rapports juridiques : le rapport entre le créancier et le débiteur principal, le rapport entre le garant et le débiteur principal et le rapport entre le garant et le créancier. On parle ainsi de relation triangulaire.

I. Rapports entre le créancier et le débiteur principal

A. Cautionnement

129. C'est ce qu'on appelle « la relation de base (*Valutaverhältniss*) ». Elle peut prendre la forme de n'importe quel contrat. Dans la pratique, on rencontre notamment des contrats de vente et de prêt.

130. Le contrat principal donne lieu à la conclusion et à l'existence du contrat de cautionnement ; en d'autres termes, le contrat de base donnera lieu à l'émission de la garantie. Le débiteur s'engage par celui-ci à trouver une caution pour garantir son engagement envers le créancier. Tout comme en matière de garantie²¹⁸, l'émission du cautionnement peut être

²¹⁷ « Il ne ressort ni du libellé de la garantie ni du dossier qu'une telle obligation à la charge de la demanderesse aurait été convenue. Au surplus, les parties ayant réservé les frais d'un éventuel procès, le temps très court entre la délivrance de la garantie et son échéance ne permettait manifestement pas de commencer et d'achever une procédure. Elles portaient donc bien de l'idée que le montant du dommage pourrait être établi ultérieurement. La prorogation de trois mois ne change rien à cette considération. » ATF 119 II 132, 134, c. 5c (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492, 494). Voir aussi BK-WEBER, art. 111, n. 17.

²¹⁸ Voir *infra*, n. 136.

stipulée en tant que condition suspensive du contrat de base et ce dernier ne produira ses effets qu'après la délivrance d'un cautionnement.

131. Le cautionnement est accessoire à ce contrat. Il n'existe que dans la mesure où ce contrat de base existe.

B. Garantie indépendante

132. C'est également « la relation de base (*Valutaverhältnis*) » de la garantie²¹⁹. Elle peut se présenter sous la forme de n'importe quel contrat dans lequel la garantie trouve son origine, sa justification, sa raison d'être. Le contrat de base constitue le « point de départ (*Ausgangspunkt*) » pour la délivrance d'une garantie indépendante²²⁰. C'est dans ce contrat-là que l'on trouve une clause qui oblige le débiteur à fournir une garantie en faveur du bénéficiaire.

133. En pratique, sont essentiellement visés les contrats de vente, d'entreprise ou de livraison d'un ouvrage²²¹. On trouve par exemple des contrats de montage d'usine, des travaux de génie civil, de fourniture de certains biens d'équipements ou de génie civil.

134. Le donneur d'ordre et le bénéficiaire déterminent le texte de la garantie dans le contrat de base. Il est nécessaire que les conditions de l'appel à la garantie et du paiement soient équilibrées. Si les conditions du paiement sont facilement réalisables, le donneur d'ordre dépend entièrement de la bonne foi du bénéficiaire. D'un autre côté, le bénéficiaire doit chercher à obtenir une garantie qui lui offre un niveau de sécurité suffisant et lui permette réellement d'éviter les difficultés qu'il

²¹⁹ On le dénomme comme « *Kausal-, Haupt- oder Grundverhältnis* » aussi. SPAINI, p. 18, LÖW, p. 6, BÜSSER, p. 67 ss, n. 228 ss.

²²⁰ « *Ausgangspunkt für die Ausstellung der unabhängigen Sicherungsverpflichtung.* » LÖW, p. 6. Voir aussi GUGGENHEIM, Bancaire, p. 328.

²²¹ DOHM, Schiedsgerichts, p. 93 ; ROESLE, p. 8, 65 ; LÖW, p. 11 ; TEKİNALP, p. 382, n. 92. Exceptionnellement, la prestation garantie peut découler d'une relation juridique extra-contractuelle, telle que l'enrichissement illégitime ou l'acte illicite. Elle peut également résulter du droit public ou procédural. BÜSSER, p. 68 ss, n. 232 ss. « Son existence justifie toutefois sur un plan économique l'octroi d'une sûreté et constitue la cause juridique valable de l'engagement de garantie de la banque, pour les partisans d'une nature causale de la garantie à première demande » LOGOZ, p. 75.

rencontrerait dans une procédure dirigée directement contre le donneur d'ordre²²².

135. D'après la doctrine, l'obligation de fournir une garantie est une obligation principale et non accessoire²²³. Sur la demande d'émission d'une garantie par le créancier, le débiteur peut donc lui opposer l'article 82 CO si celui-ci n'a pas exécuté sa propre prestation ou n'a pas offert de l'exécuter²²⁴. En outre, la fourniture de la garantie est une obligation de résultat. Le débiteur ne peut pas alléguer qu'il a fait de son mieux et doit supporter les conséquences du défaut d'émission de la garantie²²⁵. Le bénéficiaire peut donc faire valoir contre le donneur d'ordre les droits prévus par les articles 97 ss CO lorsque la garantie n'est pas fournie dans les délais convenables²²⁶. Il pourra exiger l'exécution du contrat en nature avec des dommages-intérêts dus au retard ou bien se départir du contrat de base et demander la réparation de la lésion apportée à son intérêt négatif à la non-conclusion du contrat. Pour Dohm, « cette dernière prétention n'est pas limitée au dommage qui résulte pour l'importateur de la non-délivrance de la garantie bancaire, dans le délai convenu ; l'importateur a droit à la réparation de la <globalité> du dommage lui ayant été causé par l'inexécution du contrat principal. »²²⁷ Il en va de même au cas où la garantie ne serait pas fournie conformément à ce que les parties ont convenu. Dans ce cas, le bénéficiaire pourra également faire valoir les droits mentionnés ci-dessus, sauf s'il accepte sans aucune contestation cette garantie différente de celle prévue dans le libellé contenu dans le contrat principal ou dans son annexe²²⁸.

136. Néanmoins, ce qui est dit dans le paragraphe précédent reste assez théorique. Quand on admet que le bénéficiaire peut faire valoir contre le donneur d'ordre les droits prévus aux articles 97 ss CO, en particulier à l'article 107 CO, il est difficile d'expliquer quel est le dommage résultant de la non-délivrance de la garantie. Le bénéficiaire ne subit aucun dommage avant que la prestation garantie ne soit inexécutée à temps. En

²²² Même si les deux parties se mettent d'accord sur le texte de garantie, elles doivent encore trouver un garant qui acceptera de l'émettre et qui, de surcroît, répondra quant à sa solvabilité et à son sérieux aux exigences des parties. LOMBARDINI, p. 293, n. 14.

²²³ GIGER, p. 253 ; DOHM, Garantie, p. 74 ss, n. 114 ; DOĞAN, p. 121.

²²⁴ KAHYAOĞLU, p. 24.

²²⁵ LOMBARDINI, p. 293, n. 15.

²²⁶ ZOBL, p. 50. Voir aussi BÜSSER, p. 69 ss, n. 238.

²²⁷ DOHM, Garantie, p. 74 ss, n. 114 ss.

²²⁸ DOHM, Garantie, p. 75, n. 116.

outre, même si elle reste inexécutée, le fait que la garantie n'est pas livrée ne crée pas un dommage supplémentaire chez le bénéficiaire. En d'autres termes, le seul fait que l'obligation de fournir une garantie ne soit pas exécutée ne crée en principe aucun dommage pour le bénéficiaire. Ce dernier n'a donc pas intérêt à ce que la délivrance de la garantie soit admise comme une obligation primaire résultant du contrat de base.

137. Toutefois, le bénéficiaire est bel et bien protégé si les parties au contrat de base admettent l'obligation d'émettre une garantie comme une condition au sens de l'article 151 ss CO²²⁹. Si les parties conviennent que le contrat de valeur ne produira ses effets qu'après la délivrance d'une garantie, il s'agit d'une condition suspensive à l'entrée en vigueur du contrat (art. 151 CO). Dans ce dernier cas, si la garantie est nulle, par exemple parce que le garant était incapable de discernement à l'époque de sa conclusion (art. 19 CC), ou invalidée postérieurement, par exemple pour cause de vices du consentement (art. 23 ss CO), il faut admettre que le contrat de base ne produira pas ses effets car le bénéficiaire n'aurait pas conclu le contrat sans qu'une garantie soit fournie (art. 20 II CO, par analogie²³⁰). Dans une telle hypothèse, les prestations peuvent être répétées (art. 153 II CO) en vertu des règles sur l'enrichissement illégitime (*condictio ob causam futuram*, art. 62 II CO)²³¹. En revanche, si les parties au contrat de base ont dûment exécuté leurs prestations, une telle répétition ne doit pas avoir lieu puisque le but de garantie est de couvrir l'inexécution ou la mauvaise exécution de la prestation.

138. Il se peut aussi que les parties conviennent d'une condition résolutoire. Dans ce cas, le contrat produit ses effets tout de suite après sa conclusion, mais devient caduc si le donneur d'ordre ne procède pas à la délivrance des garanties convenues dans un délai déterminé. Si les parties

²²⁹ ATF 111 II 276 (= rés. JT 1986 255 = SJ 1986 177). Voir aussi GUGGENHEIM, *Garantie*, p. 167.

²³⁰ Dans ce sens, voir CR-PICHONNAZ, art. 151, n. 57.

²³¹ ENGEL, *Obligations*, p. 856, CR-PICHONNAZ, art. 151, n. 58. Voir aussi von TUHR, PETER, p. 487; GUHL, *Obligationenrecht*, p. 221, n. 9; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 327, n. 1486. Voir ATF 129 III 264, 268, c. 3.2.2 (= SJ 2009 409, 413) et les arrêts cités.

Si on se fonde toutefois sur la théorie de l'invalidation pour vices du consentement, théorie par laquelle la doctrine moderne admet qu'un contrat entaché d'un vice du consentement existe jusqu'à son invalidation avec effet rétroactif (GUHL, *Obligationenrecht*, p. 143, n. 21, BaK-SCHWENZER, art. 23, n. 8; CR-SCHMIDLIN, art. 31, n. 6), on peut admettre que l'enrichissement illégitime résulte d'une « *condictio ob causam finitam* ».

ne conviennent pas du contraire, cette caducité n'a pas d'effet rétroactif (art. 154 CO)²³².

II. Rapports entre le garant et le débiteur principal

A. Cautionnement

139. La doctrine l'appelle « cautionnement interne²³³ ». Celui-ci régit les rapports réciproques de la caution et du débiteur principal, tels que la couverture que le débiteur principal doit fournir à la caution, les informations que la caution doit recevoir du débiteur principal et les modalités d'exercice de ses droits de recours²³⁴.

140. Dans le monde des affaires, la caution s'engage en principe à la demande du débiteur principal. Il existe un contrat de mandat entre les deux²³⁵, mandat qui peut être gratuit ou onéreux. Lorsque la caution est une banque, il s'agit « naturellement » d'un mandat onéreux²³⁶, on parle d'un « mandat d'émission de cautionnement » ou bien « ordre de cautionnement »²³⁷. A côté des règles du cautionnement, les règles régissant le mandat sont donc applicables aux rapports entre les parties²³⁸, à moins qu'elles contredisent avec les règles du cautionnement²³⁹. Le législateur permet par exemple à la caution qui a payé de faire un recours dit « spécial » qui dérive des rapports juridiques qu'elle a avec le débiteur principal (art. 507 III, 402 CO). En revanche, en cas de pluralité de

²³² DOHM, *Garantie*, p. 74, n. 111 ss; DOĞAN, p. 122 ss. Selon Dohm, s'il n'y a aucune clause dans le contrat de base qui détermine la délivrance de la garantie comme une condition suspensive ou résolutoire, il n'est pas possible, en règle générale, de soutenir que l'émission de la garantie dans le délai convenu constitue une condition implicite du contrat; et cela même si on fait une interprétation du contrat fondée sur le principe de la confiance (art. 18 CO, 2 CC). p. 74, n. 113.

²³³ TERCIER, *Contrats*, p. 858, n. 5951.

²³⁴ LOMBARDINI, p. 607, n. 134.

²³⁵ Il peut aussi exister un contrat mixte entre les parties. BK-BECKER, a.art. 492, n. 13.

²³⁶ Si une banque accorde un cautionnement à un tiers sur la demande de son client, elle demande en général une commission de cautionnement, calculée habituellement trimestriellement, d'environ 1/8% et 1/4% pour les engagements en blanc. EMCH, RENZ, BÖSCH, MONTAVON, de WERRA, BIZZOZERO, p. 33.

²³⁷ CR-MEIER, art. 507, n. 2.

²³⁸ BİLGE, Halef, p. 283.

²³⁹ REİSOĞLU, *Kefalet*, p. 1; BADUR, p. 145.

cautions, le cautionnement conjoint solidaire n'est pas présumé ; c'est par contre le cas en présence d'une pluralité de mandataires (art. 403 II CO).

141. Un contrat de cautionnement interne n'est toutefois pas obligatoire pour la validité du cautionnement. La caution peut même s'engager sans avoir reçu l'ordre du débiteur et même à son insu²⁴⁰. Dans ce cas, le rapport juridique entre le débiteur principal et la caution est une gestion d'affaires (art. 419 ss CO). Le maître (le débiteur principal) doit alors rembourser au gérant (la caution) ce que ce dernier a payé au créancier (art. 422 CO)²⁴¹. On peut également imaginer un contrat de société²⁴² ou encore l'application des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)²⁴³.

142. La caution peut également s'engager pour remplir une obligation découlant d'une donation vis-à-vis du débiteur principal (art. 239 ss CO)²⁴⁴, mais ce cas de figure est très rare en pratique.

B. Garantie indépendante

143. Il s'agit ici d'un contrat semblable au « cautionnement interne » qui oblige le garant à ouvrir un crédit de garantie envers le bénéficiaire et

²⁴⁰ BECK, art. 492, n. 43 ; TANDOĞAN, II, p. 694 ; CR-MEIER, art. 492, n. 9 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 52 ; KARAHASAN, p. 1204 ; YAVUZ, p. 764.

²⁴¹ BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 1 ; CR-MEIER, art. 507, n. 2, 14 ; BADUR, p. 146. Yargıtay a cependant admis le recours de la caution qui a payé vis-à-vis du débiteur principal bien que ce dernier refusait de rembourser la caution en prétendant qu'il n'a donné ni mandat ni consentement. En effet, selon Yargıtay l'approbation du débiteur n'est point nécessaire. 11. HD, E. 3999, K. 4771, T. 16.4.1984 (cité par REİSOĞLU, Kefalet, p. 1, note. 2). *Contra* TD, E. 949/5466, K. 3316, T. 12.7.1950 (TİK v. I, p. 566). La caution qui s'est engagée à l'insu du débiteur principal peut également se retourner contre ce dernier selon les règles de l'enrichissement illégitime ou bien de gestion d'affaires sans mandat. 4. HD, E. 965/2704, K. 2550, T. 1.3.1966 (cité par OLGAC, Akit, p. 600) ; 3. HD, E. 234, K. 541 T. 18.1.1963 (cité par OLGAC, Akit, p. 609). A notre avis, la caution engagée à l'insu du débiteur principal ne doit pas profiter d'un droit de recours légal (art. 507 CO), car cela créerait une situation allant à l'encontre la disposition de l'article 110 I 2 CO qui refuse la subrogation contre la volonté du débiteur.

²⁴² TERCIER, Contrats, p. 889, n. 6195 ; CR-MEIER, art. 507, n. 2, 14.

²⁴³ BaK-PASTALOZZI, art. 507, n. 2 ; CR-MEIER, art. 507, n. 2, 14.

²⁴⁴ BİLGE, Halef, p. 281 ; CR-MEIER, art. 507, n. 2, 14 ; SCYBOZ, p. 126 ; PETER, p. 99.

le donneur d'ordre à payer des commissions²⁴⁵. La doctrine l'appelle « la relation de couverture (*Deckungsverhältnis*) »²⁴⁶.

144. Le rapport entre les parties par lequel le donneur d'ordre charge le garant d'émettre une garantie indépendante en faveur de bénéficiaire est en principe un contrat de mandat (art. 394 ss CO)²⁴⁷. Le donneur d'ordre est le mandant, le garant est le mandataire, et l'émission de la garantie constitue l'objet du mandat entre le donneur d'ordre et le garant²⁴⁸. Cependant, théoriquement, il peut aussi s'agir d'une promesse de donner ou d'une gestion d'affaires sans mandat²⁴⁹. De même, le garant peut s'engager sans avoir reçu l'ordre du donneur d'ordre et même à l'insu de celui-ci²⁵⁰.

145. Cette relation de couverture est un instrument du crédit (*Kreditinstrument*)²⁵¹. La banque, par l'acceptation, octroie au donneur d'ordre un « crédit de paiement (*Verpflichtungskredit*) »²⁵². C'est uniquement après

²⁴⁵ ROESLE, p. 8. Voir aussi LÖW, p. 7. En principe, le donneur d'ordre et le débiteur de contrat de base sont les mêmes personnes. En revanche, il peut y avoir des exceptions. Par exemple, « *eine kapitalkräftige Muttergesellschaft eine Garantie für die Sicherung eines Valutageschäftes ihrer Tochtergesellschaft in Auftrag gibt.* » BÜSSER, p. 67, note. 299, p. 131, n. 461 ; STREULE, p. 63 ss.

²⁴⁶ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 326 ; ROESLE, p. 65.

²⁴⁷ SJ 1997 245, 250, c. 4b ; ATF 120 II 34, 35, c. 6 ; ATF 117 III 76, c. 6a (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991, p. 677, 678) ; SJ 1985 609, 619, c. 8a ; TERCIER, Contrats, p. 906, n. 6317 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 16 ; de GOTTRAU, I, p. 27 ; GIGER, p. 250, 253 ; LOMBARDINI, p. 294, n. 18 ; DOHM, Garantie, p. 77, n. 120 ; DOHM, Schiedsgerichts, p. 94 ; ZOBL, p. 48 ; RAPP, p. 261 ; EGGER, p. 14 ; ROESLE, p. 118 ; SPAINI, p. 18, 46 ; TEKİNALP, p. 382, n. 93 ; BATTAL, p. 255 ; DOĞAN, p. 127. Voir aussi POULLET, Présentation, p. 22. « *Garantie-auftrag* », KLEINER, Bankgarantie, p. 169, n. 19.01. Dès que la banque s'est engagée à l'égard d'un tiers en émettant la garantie, le mandat est partiellement exécuté et ne peut plus être révoqué sans indemnité. ROSSI, Garantie, p. 121, n. 381. « La garantie ne présente en effet pas les caractéristiques d'un crédit, quand bien même les banques l'y assimilent sur le plan des risques financiers encourus. Le garant n'ouvre pas un crédit, mais il prend un engagement propre face au bénéficiaire, sur ordre d'un tiers. Ces instructions ne sauraient être contenues dans une convention de crédit, mais forment bien plus l'une des caractéristiques du contrat de mandat ». LOGOZ, p. 79. Dans la doctrine turque, Kahyaoglu admet qu'il s'agit d'un contrat atypique auquel les règles du mandat et du contrat de l'entreprise sont applicables. KAHYAOĞLU, p. 26.

²⁴⁸ LOGOZ, p. 79.

²⁴⁹ ROSSI, Garantie, p. 120, n. 376.

²⁵⁰ Voir *supra*, n. 141.

²⁵¹ KLEINER, Bankgarantie, p. 169, n. 19.01, SPAINI, p. 47.

²⁵² ROESLE, p. 8.

l'appel efficace à la garantie que le bénéficiaire aura le droit au paiement²⁵³.

146. Dans la pratique bancaire, la banque bloque en général sur le compte du donneur d'ordre un montant identique à celui de la garantie qu'elle a donné²⁵⁴. Les parties se mettent d'accord sur un texte de garantie. Soit la banque suit strictement les ordres de son cocontractant, soit, sur la demande de ce dernier, elle prépare toute seule le texte de garantie²⁵⁵. Finalement, après avoir obtenu l'accord du donneur d'ordre, la banque prend contact avec le bénéficiaire pour lui indiquer qu'elle est chargée d'émettre une garantie en sa faveur²⁵⁶.

147. Avant l'émission de la garantie, la banque doit convenir avec le donneur d'ordre de la couverture qu'elle doit recevoir ainsi que de la rémunération qui lui est due²⁵⁷. Dans cette relation tripartite, la banque est l'auxiliaire du donneur d'ordre auquel ses actes et omissions sont imputables²⁵⁸.

III. Rapports entre le garant et le créancier

A. Cautionnement

148. C'est le contrat dit de « cautionnement ». Il s'agit d'un contrat entre le garant et le créancier, sans que la participation du débiteur

²⁵³ GIGER, p. 253.

²⁵⁴ TERCIER, Contrats, p. 906, n. 6317. C'est ce qu'on appelle la couverture. Elle peut être libérée après l'échéance de la garantie si le garant n'a pas été appelé au paiement.

Les banques demandent au donneur d'ordre des lettres dites « de revers ». Il s'agit d'une autorisation du donneur d'ordre de débiter d'office son compte lors du paiement de la garantie ; un tel droit est généralement conféré dans le contrat de mandat qui lie le donneur d'ordre au garant par l'introduction d'une stipulation telle que « nous vous (le garant) autorisons à débiter notre compte de tout montant que vous serez appelés à verser au bénéficiaire de votre garantie ». LOGOZ, p. 93.

²⁵⁵ En fait, elle utilise normalement des conditions générales d'affaires qu'elle a préalablement préparées.

²⁵⁶ Cependant, elle n'est pas engagée vis-à-vis du bénéficiaire de ce seul fait ; elle n'a pas à discuter avec lui des détails de la garantie et des modalités de sa mise en œuvre sans y être autorisée par le donneur d'ordre. LOMBARDINI, p. 295, n. 23.

²⁵⁷ *Idem*, p. 296, n. 25.

²⁵⁸ *Idem*, p. 295, n. 24.

principal soit nécessaire²⁵⁹. Les parties peuvent conclure le cautionnement sans l'approbation ou la connaissance du débiteur principal, ce dernier ne faisant pas partie du cautionnement même s'il intervient dans les pourparlers précontractuels²⁶⁰. En effet, il est également imaginable que le débiteur principal participe aux pourparlers entre la caution et le créancier en tant que mandataire de l'une ou de l'autre partie²⁶¹, car rien ne s'oppose au fait que le cautionnement se fasse par représentation²⁶².

149. En tant que contrat, le cautionnement doit respecter les articles du Code des obligations sur la formation des conventions. Il est fréquent dans le domaine des affaires que la caution propose la conclusion du contrat de cautionnement au créancier et que le contrat devienne parfait avec l'acceptation du créancier. Cette acceptation peut être écrite, orale ou même tacite. En principe, la simple réception de l'offre ne peut pas être retenue comme une acceptation²⁶³. Cependant, dans la pratique, l'accepta-

²⁵⁹ BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 52.

²⁶⁰ SCYBOZ, p. 44 ; CR-MEIER, art. 492, n. 9 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 52. La caution engagée à l'insu du débiteur principal ne doit pas profiter d'un droit de recours légal contre ce dernier (art. 507 CO), car cela créerait une situation qui irait à l'encontre de la disposition de l'article 110 I 2 CO, qui refuse la subrogation contre la volonté du débiteur. Voir CR-Du PASQUIER, art. 110, n. 32. Voir aussi ATF 72 III 6, 8, c. 2 (= JdT 1946 II 99, 101).

²⁶¹ ATF 56 II 96, 106, c. 4 (= JdT 1930 I 514, 522) ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 52 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 2 ; CR-MEIER, art. 492, n. 10. Ce dernier auteur ajoute, avec raison, que l'interdiction de principe du contrat avec soi-même (*Selbstkontrahieren*) ne s'applique pas ici parce que le débiteur principal agit en tant que mandataire ne faisant pas partie du contrat.

²⁶² Le créancier ne doit respecter une forme particulière pour conférer des pouvoirs de représentation à un tiers. Ce n'est pas le cas pour le mandat donné par la caution. Ce mandat est soumis à la même forme que le cautionnement (CO 493 VI). BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 56 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 2 ; CR-MEIER, art. 492, n. 10 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 81 ss. Par cet article, la loi veut empêcher que les règles strictes de la forme ne soient éludées par l'octroi d'un pouvoir de représentation. En revanche, la règle ne vise pas le pouvoir de représentation légal ni celui de l'organe de la personne morale. CR-MEIER, art. 493, n. 28 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 49 ss. Pour qu'un tel mandat soit valable, il faut que les parties l'individualisent en stipulant pour quel cautionnement il a été donné, et cela sans convenir sur tous les points essentiels du cautionnement. BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 20.

²⁶³ Dans la plupart des banques, une telle acceptation est soumise à l'approbation de « autorités bancaires (*Bankbehörden*) ». On peut cependant mandater des directeurs de banques pour prendre une telle décision. Enfin, si l'offre n'est pas refusée par la banque dans un délai convenable, elle peut être réputée admise (art. 6 CO). BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 53.

tion a souvent lieu par actes concluants (réception de l'acte de cautionnement dûment signé ou instrumenté) ou par la cosignature de l'acte²⁶⁴.

150. La caution qui paie est subrogée aux droits du créancier jusqu'à concurrence du montant qu'elle a payé (art. 507 I CO). A la différence de la garantie, elle n'a donc pas besoin d'exiger une « contre-garantie »²⁶⁵.

151. Enfin, comme le cautionnement est en général un contrat à titre gratuit et unilatéral, les articles 82, 83, 107-109 CO ne lui sont en principe pas applicables²⁶⁶. En revanche, selon la doctrine, la caution peut exceptionnellement disposer des droits découlant des articles précités au cas où le créancier s'engagerait dans le cautionnement à des contre-prestations²⁶⁷.

B. Garantie indépendante

152. Les rapports entre le bénéficiaire et le garant sont régis par « le contrat de garantie indépendante ». C'est un contrat complètement distinct de la relation de base entre le donneur d'ordre et son créancier. Par ce contrat, le garant s'engage à payer la somme garantie « *bei Eintritt des Garantiefalles* »²⁶⁸. Même si le contrat de base conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire indique le nom du garant, celui-ci n'a aucune obligation de garantie envers le bénéficiaire avant qu'ils ne concluent un contrat de garantie²⁶⁹.

153. Puisque la garantie ne fait objet d'aucune réglementation étatique détaillée, seul le libellé du contrat de garantie sert à déterminer les obligations du garant²⁷⁰. En l'absence d'une règle voulue par les parties, il s'agit de savoir quelle règle de droit doit être appliquée. Diverses

²⁶⁴ CR-MEIER, art. 493, n. 2. Voir aussi BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 9.

²⁶⁵ Pour la notion de contre-garantie, voir *infra*, n. 162.

²⁶⁶ REİSOĞLU, Kefalet, p. 6.

²⁶⁷ Voir *infra*, n. 193.

²⁶⁸ ROESLE, p. 9. Pour cet auteur, sauf en cas de garantie à première demande, le garant est obligé d'effectuer le paiement « *nicht bloss im Sicherheitsfalle, sondern in jedem Falle* ». *Idem*, p. 103.

²⁶⁹ En d'autres termes, « *der potentielle Begünstigte hat deshalb keinen Anspruch auf die Garantiestellung gegenüber dem potentiellen Garanten und wird erst durch den Abschluss des Garantievertrages gegenüber dem Garanten berechtigt.* » SPAINI, p. 47.

²⁷⁰ Et même sa qualification. İBK, E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 (RG 3.10.1969 13317).

méthodes ont été dégagées par la doctrine pour combler une telle lacune contractuelle²⁷¹. On peut notamment penser à l'application des règles supplétives de la partie générale du Code des obligations (art. 1-183 CO) et à l'application analogique d'une règle spéciale supplétive, méthode par laquelle les règles d'un contrat nommé s'appliquent aux contrats innommés avec lequel ils présentent présente certaines analogies²⁷². En revanche, le plus souvent, on doit préférer une approche plus individualisée qui s'inspire de l'économie du contrat et de son but et qui tient compte de l'ensemble des circonstances²⁷³. Le juge ayant la tâche de combler la lacune du contrat essaiera donc de déterminer la volonté hypothétique des parties en se fondant sur les intérêts en présence et sur la façon dont les parties les ont arbitrés pour les questions qu'elles ont réglées²⁷⁴.

154. La garantie est un contrat unilatéral. Elle n'est parfaite qu'au moment où le bénéficiaire accepte l'offre du garant. Comme en matière de cautionnement, le garant propose fréquemment la conclusion du contrat de la garantie au bénéficiaire et le contrat devient parfait avec l'acceptation de ce dernier²⁷⁵. L'offre de la banque lie son auteur durant un délai

²⁷¹ Voir CR-THEVENOZ, Intro. art. 184-529, n. 34 ss.

²⁷² Il faut être prudent quant à une telle application analogique des règles régissant un contrat nommé à un contrat innommé similaire à ce dernier. ATF 92 II 299, 300, c. 3a. On peut surtout penser au cautionnement, contrat qui présente plusieurs ressemblances avec la garantie indépendante. Cependant, les particularités de la garantie indépendante empêchent en principe l'application analogique des règles du cautionnement à ce contrat. Dans ce travail, nous essayons de donner une réponse à cette question spécifique.

²⁷³ Voir ATF 107 II 144, 149 c. 3 (= JdT I 1981 369, 373); SJ 1981 17, 23, c. 3b. « Cette démarche, qui repose sur la recherche de la volonté hypothétique des parties, est inspirée de CO 2 II et de CO 20 II, mais elle ne repose ici sur aucune base légale expresse. [...] L'importante jurisprudence qui se fonde sur la volonté hypothétique des parties en-dehors des prévisions de CO 2 II et 20 II représente en réalité une coutume, licite dans la mesure où la loi elle-même est muette sur la question (art. 1 II CO). » CR-THEVENOZ, Intro. art. 184-529, n. 48.

²⁷⁴ *Idem*, Intro. art. 184-529, n. 51.

²⁷⁵ Bien que le contrat de garantie soit un contrat passé entre le garant et le bénéficiaire et, par conséquent, bien que ce soient les deux parties qui doivent conclure ce contrat, dans la pratique turque les choses se déroulent souvent autrement. Selon la pratique en Turquie, le donneur d'ordre entre en relation avec sa banque pour que cette dernière émette une garantie au nom d'un bénéficiaire. La banque prépare la lettre de garantie et la transmet au donneur d'ordre qui s'engage à la transmettre, à son tour, au bénéficiaire et elle bloque une somme correspondante sur le compte du donneur d'ordre. Le donneur d'ordre prend une photocopie de la lettre et la transmet au bénéficiaire au lieu de l'originale. Il rend l'originale à la banque garante et fait restituer la somme bloquée sur son compte. REİSOĞLU, Teminat, p. 27 ss;

raisonnable pour recevoir l'acceptation, elle est engagée déjà à réception de la lettre de garantie par le bénéficiaire. Une acceptation tacite étant présumée, la banque ne serait juridiquement libérée que par le refus de la garantie par le bénéficiaire²⁷⁶. En d'autres termes, on admet en pratique l'acceptation tacite du bénéficiaire lorsque celui-ci n'a pas renvoyé immédiatement la déclaration de garantie (art. 6 CO)²⁷⁷.

155. « Avant la conclusion du contrat de garantie, le bénéficiaire ne peut faire valoir aucun droit envers le garant, même si celui-ci est mentionné dans le contrat de base. »²⁷⁸ Dès que le bénéficiaire reçoit la lettre de garantie, il devient cependant titulaire d'un droit de créance à condition suspensive vis-à-vis de la banque garante²⁷⁹, créance qui ne devient exigible qu'après la réalisation du risque couvert et sur la demande de paiement conforme à la stipulation des parties à la garantie²⁸⁰.

156. Le point essentiel de la garantie est la déclaration de la volonté de s'engager en tant que garant, d'émettre une garantie. Si cette volonté fait défaut, il n'y a pas de contrat de garantie. Pour Kahyaoğlu, un deuxième

KAHYAOĞLU, p. 45. En principe, à moins que le donneur d'ordre ne soit le représentant du bénéficiaire, on ne peut pas parler de conclusion du contrat, car le bénéficiaire n'a jamais reçu le contrat. Mais, même dans ce cas-là, pour Kahyaoğlu, le risque est à la charge de la banque qui a donné la lettre au donneur d'ordre au lieu du bénéficiaire. *Idem*, p. 45.

²⁷⁶ LOGOZ, p. 98. Voir aussi ROESLE, p. 94 ; KAHYAOĞLU, p. 46 ; OKÇUOĞLU, p. 396. La banque est liée par son offre jusqu'au moment où elle peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement (art. 5 I CO). En revanche, rien ne l'empêche de fixer un délai pour accepter (art. 3 CO).

²⁷⁷ ZOBL, p. 36 ; DOHM, Garantie, p. 91, n. 165 ; LOGOZ, p. 97.

²⁷⁸ ROSSI, Garantie, p. 126, n. 405.

²⁷⁹ En pratique, la garantie entre en vigueur avec la réception effective du document dans la sphère juridique de la banque et celle-là ne peut plus la révoquer sans le consentement du bénéficiaire. Par contre, le texte de garantie contient souvent une réglementation expresse qui prévoit expressément la date d'entrée en vigueur de celle-ci que la doctrine appelle « date de valeur (*Valutierung*) ». Cette date de valeur constitue une condition suspensive au sens de l'article 151 CO. DOHM, Garantie, p. 91, n. 167 ss. Par exemple, les parties peuvent convenir qu'elle va entrer en vigueur après l'obtention d'une permission d'exportation de l'Etat (KAHYAOĞLU, p. 49) ou après la conclusion du contrat de base. DOĞAN, p. 112.

Selon l'article 6 des RUGD, « une garantie prend effet à la date où elle est émise sauf s'il y est expressément stipulé qu'elle ne prendra effet qu'à une date ultérieure ou qu'elle dépendra de termes spécifiés dans la garantie et que le garant pourra déterminer au vu de tous documents spécifiés dans la garantie. » GOODE, p. 57, SBS, p. 69.

²⁸⁰ ROSSI, Garantie, p. 126 ss, n. 407 ss.

point essentiel est le montant de la garantie²⁸¹. A notre avis, s'il n'y a aucune détermination inhérente au montant de la garantie, il faut admettre que celui-ci sera déterminé par rapport au dommage subis par le bénéficiaire pour cause d'inexécution de la prestation garantie (art. 111 CO)²⁸².

157. L'engagement du garant est un engagement indépendant. Son entrée en vigueur ne dépend donc pas de celle du contrat de base²⁸³, mais peut être soumise à des conditions suspensives. Celles-ci peuvent être formulées de la manière suivante : « la garantie est valable à condition que le bénéficiaire verse l'acompte²⁸⁴ », « la garantie est valable à condition que le contrat de base soit conclu » ou encore « la garantie est valable à condition que la garantie de soumission émise antérieurement soit restituée par le bénéficiaire »²⁸⁵.

158. Dans la pratique turque, on rencontre plutôt des garanties octroyées par une banque à un bénéficiaire sous forme de « lettres de garantie ». La banque reçoit des commissions tant et aussi longtemps que la lettre ne lui est pas rendue. Mais, comme Yargıtay l'a maintes fois indiqué, il ne s'agit pas de papiers-valeurs²⁸⁶ pour autant.

²⁸¹ KAHYAOĞLU, p. 51.

²⁸² Voir *infra*, n. 609.

²⁸³ KLEINER, Bankgarantie, p. 184, n. 21.09.

²⁸⁴ « Diese Anzahlungsgarantie tritt erst dann in Kraft, wenn der Anzahlungsbetrag auf dem Konto der Firma c. AG, bei der Bank A. eingetroffen ist. » Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 10 septembre 2003, 4C.144/2003 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 335, r51).

²⁸⁵ LOGOZ, p. 98 ss. Voir aussi DOHM, Garantie, p. 52, n. 60, p. 92, n. 170 ss. Il est également possible de soumettre le paiement de la garantie à certaines conditions. Les parties peuvent, par exemple, convenir que la banque paiera seulement si le bénéficiaire ouvre un accordéon jusqu'à une certaine date ou bien s'il obtient une permission de transfert de devises. Le fait que le paiement soit conditionnel n'affecte pas le caractère indépendant de la garantie, parce que même dans ce cas-là le garant ne peut pas opposer les exceptions du contrat de base. ARKAN, Teminat, p. 66.

²⁸⁶ 12. HD, E. 2002/13462, K. 2002/14707, T. 5.7.2002 (www.kazanci.com.tr). La banque est donc obligée de payer bien que la lettre soit perdue. 19. HD, E. 2001/511, K. 2001/4641, T. 15.6.2001 (www.kazanci.com.tr); 19. HD, E. 2001/4641, K. 2001/4641, T. 15.6.2001 (www.kazanci.com.tr). On ne peut pas la saisir. 12. HD, E. 2000/4332, K. 2000/5403, T. 6.4.2000 (www.kazanci.com.tr); 12. HD, E. 2002/11241, K. 2002/12288, T. 10.6.2002 (www.kazanci.com.tr). Voir aussi HGK, E. 1990/6-1, K. 1990/141, T. 28.2.1990 (www.kazanci.com.tr). On ne peut donc pas leurs appliquer les articles du Code pénal relatif à la falsification de document officiel. CGK, E. 1989/6-230, K. 1989/297, T. 23.10.1989 (www.kazanci.com.tr); CGK, E. 1988/9-223, K. 1988/283, T. 20.6.1988 (www.kazanci.com.tr).

159. Une question se pose : à défaut d'accord sur les points secondaires, le juge peut-il les régler en prenant en considération le contrat de base pour lequel la garantie est émise ? Kahyaoğlu y répond négativement en tenant compte de l'indépendance du contrat de garantie²⁸⁷. A notre avis, rien n'empêche le juge de tenir compte de signes extrinsèques, comme c'est le cas lorsqu'il prend en considération les pourparlers, ainsi que les dispositions du contrat de base en tranchant sur les points secondaires sur lesquels il n'y a pas d'accord des parties. En revanche, une telle affirmation est possible uniquement dans l'hypothèse où le garant a eu connaissance du contrat de base. Si le garant a émis la garantie de manière automatique, c'est-à-dire sans connaître le contenu du contrat de base qu'il a garanti, comme c'est souvent le cas pour les garanties bancaires, il ne sera pas possible pour le juge d'imposer au garant une interprétation qui tienne compte du contrat de base.

160. En pratique, on voit souvent que le garant s'engage pour une somme déterminée. Dans la doctrine, une partie des auteurs y voit une obligation de payer des dommages-intérêts au bénéficiaire lorsque le débiteur ne s'exécute pas²⁸⁸. En droit turc, Yargıtay est arrivé à la même solution en disant que le garant est obligé de réparer le dommage positif du bénéficiaire²⁸⁹. En revanche, pour une autre partie de la doctrine, l'obligation du garant n'est pas une obligation de dommages-intérêts, mais une obligation de payer une somme déterminée. Selon cette doctrine, admettre l'obligation du garant comme une obligation de payer des dommages-intérêts serait en contradiction avec le caractère indépendant de la garantie²⁹⁰. Il est impossible de trouver une réponse générale à cette question. Il convient d'examiner chaque cas d'espèce séparément. L'obligation du garant peut être une obligation de réparer le dommage du bénéficiaire²⁹¹, de lui payer une somme maximale ou une somme forfaitaire²⁹².

²⁸⁷ KAHYAOĞLU, p. 51.

²⁸⁸ Voir *infra*, n. 603.

²⁸⁹ TD. E. 56, K. 515, T. 25.2.1958 (TİK 1958, v. I-II, no. 456, p. 302).

²⁹⁰ KAHYAOĞLU, p. 53. Nous ne partageons pas le même avis. En effet, même si on admet que le garant s'engage à payer des dommages-intérêts, cela veut dire que son obligation de paiement envers le bénéficiaire doit être calculée selon les données tirées du contrat de base. Cela ne contredit pas le caractère indépendant de la garantie. Voir aussi *supra* n. 75.

²⁹¹ Voir *supra*, n. 75.

²⁹² Voir *infra*, n. 605 ss.

161. La plupart des garanties bancaires prévoient des clauses quant à l'échéance de la garantie. Il est clair que les banques ont intérêt à ne pas faire une promesse de garantie illimitée dans le temps²⁹³. En outre, une telle prescription présente également un intérêt majeur pour le donneur d'ordre qui peut ainsi calculer le montant des commissions qu'il doit à la banque²⁹⁴. En pratique, il est cependant fréquent que les appels à la garantie comprennent la formule dite « *extend or pay* », par laquelle le bénéficiaire exige d'abord la prolongation de la durée de validité de la garantie et, à titre subsidiaire, le paiement. Le garant a le choix entre accepter la prolongation de la durée, c'est-à-dire faire un nouveau contrat de garantie, ou payer²⁹⁵. En cas de demande de prolongation par le bénéficiaire, le garant ne peut toutefois pas agir tout seul, il doit informer le donneur d'ordre et requérir son accord, à moins qu'il n'existe une clause inhérente à la prolongation dans la lettre de la garantie²⁹⁶.

162. Le garant qui paie n'a pas de droit de recours légal contre le débiteur principal dont dispose la caution (art. 507 CO). En revanche, dans le déroulement normal des affaires, le garant, souvent une banque, s'assure d'obtenir le remboursement de ce qu'il a payé par l'institution dite « contre-garantie »²⁹⁷, ou recourt contre le donneur d'ordre selon l'article 402 CO. Il est aussi possible que la garantie prévienne une clause de cession de créance qui oblige le bénéficiaire à céder sa créance issue du

²⁹³ Le droit suisse n'admet pas d'engagements éternels (art. 27 CC). ATF 93 II 29 (= JdT 1968 I 565) ; ATF 114 II 159 (= JdT 1989 I 2).

²⁹⁴ LOGOZ, p. 99.

²⁹⁵ DOHM, Garantie, p. 83, n. 142 ; LOMBARDINI, p. 311, n. 79.

²⁹⁶ LOGOZ, p. 100. En outre, si les parties ont soumis leur contrat aux RUGD, il faudra respecter la procédure de l'article 26 qui veut que « si le bénéficiaire sollicite une propagation de la validité de la garantie comme une alternative à une demande de paiement présentée selon les termes et conditions de la garantie, et conformément aux présentes règles, le garant en informera sans délai la partie qui lui a donné des instructions. Le garant suspendra alors le paiement de la demande pendant un délai raisonnable pour permettre au donneur d'ordre et au bénéficiaire de se mettre d'accord sur l'octroi d'une telle prorogation et pour permettre au donneur d'ordre de prendre des dispositions en vue de l'émission de celle-ci.

Si aucune prorogation n'est octroyée avant l'expiration dudit délai, le garant est tenu de verser au bénéficiaire le montant de la demande dûment conforme, sans autre démarche de la part de ce dernier. Le garant n'encourt aucune responsabilité (pour les intérêts ou toute autre cause) si un paiement dû au bénéficiaire se trouve retardé du fait de la procédure décrite ci-dessus.

Même si le donneur d'ordre accepte ou sollicite une telle prorogation, elle ne sera accordée que si le garant et le (s) contre-garant (s) l'accepte (nt) également. » GOODE, p. 109, SBS, 26.

²⁹⁷ Voir *supra*, n. 101.

contrat de base au garant après un paiement effectué par ce dernier. Enfin, lorsque le garant s'est engagé sans mandat du débiteur principal, voire à l'insu de celui-ci, et qu'il n'y a pas de clause de cession de créance dans la garantie, il peut recourir au donneur d'ordre, sous certaines conditions, en vertu des articles relatifs à l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) ou à la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO). Cette possibilité de recours fondée sur ces deux dernières hypothèses est toutefois discutée en la doctrine²⁹⁸.

163. Aux clauses citées, on peut encore ajouter la clause par laquelle la garantie se renouvelle automatiquement si l'une des parties ne la résilie pas. A défaut de cette clause, la durée ne peut être prolongée qu'avec l'accord des parties au contrat²⁹⁹.

²⁹⁸ Voir *infra*, n. 847 ss.

²⁹⁹ Et cela, bien sur, avant l'échéance du terme. Sinon ils devront conclure un autre contrat de garantie. KAHYAOĞLU, p. 56.

CHAPITRE DEUXIEME :

CARACTERISTIQUES COMMUNES ET DISTINCTES DU CAUTIONNEMENT ET DE LA GARANTIE INDÉPENDANTE

§1 CARACTERISTIQUES COMMUNES AU CAUTIONNEMENT ET A LA GARANTIE INDÉPENDANTE

164. Le cautionnement et la garantie indépendante sont des contrats formés par les manifestations des libres volontés, réciproques et concordantes, des deux parties, soient le garant et le créancier³⁰⁰. Ils présentent de fortes ressemblances sur certaines caractéristiques³⁰¹. Dans cette partie de notre travail, nous allons examiner les caractéristiques communes aux deux contrats.

I. Fonction économique

A. Généralités

165. Le cautionnement et la garantie ont comme fonction essentielle « la fonction de sûreté ». Cette fonction s'explique de la manière suivante : en règle générale, à l'instar du principe de la relativité des

³⁰⁰ Ce sont des contrats générateurs d'obligations. DOHM, Garantie, p. 66, n. 97. En revanche, le cautionnement peut être imposé (*causa necessaria*) par la loi (on peut surtout citer le droit public de la Confédération et des cantons ; par exemple, le cautionnement fiscal, le cautionnement douanier ou le cautionnement procédural) ou par le juge. SCYBOZ, p. 123.

³⁰¹ Le législateur est du même avis. Selon l'article 117 III e LDIP, à défaut d'élection de droit le cautionnement (ou la garantie) est soumis au droit de fond de la résidence habituelle de la caution (ou du garant) ou de son établissement.

conventions, un créancier qui reste non-désintéressé par son débiteur ne peut s'en prendre qu'aux biens de ce dernier avec le concours de la puissance étatique³⁰². Seul le patrimoine du débiteur répond de la dette. Avec l'intercession d'un garant, le créancier « renforce sa position »³⁰³, en ce sens que le garant est responsable envers lui sur son patrimoine au cas où le débiteur principal n'exécuterait pas sa prestation ou ne l'exécuterait qu'imparfaitement³⁰⁴. Grâce à l'intervention du garant, le bénéficiaire n'est donc plus en proie au risque d'insolvabilité de la partie co-contractante³⁰⁵. En d'autres termes, les deux types de sûretés doivent couvrir le dommage et permettre au créancier de sortir indemne de l'affaire³⁰⁶.

166. Le cautionnement et la garantie indépendante ont donc pour but de garantir la prestation d'un débiteur³⁰⁷, la dette principale, qui se dégage d'un contrat de base conclu entre ce débiteur et le créancier du contrat de garantie. « La garantie a le but d'assurer au bénéficiaire la survenance d'un certain résultat, grâce à l'exécution parfaite du donneur d'ordre. »³⁰⁸

³⁰² En d'autres termes, à la différence d'une personne qui fournit une sûreté réelle, la personne s'engageant en tant que caution, ou en tant que garant, répond de sa dette sur tout son patrimoine. BÎLGE, Mesuliyet, p. 95.

³⁰³ TERCIER, Contrats, p. 853, n. 5915. Voir aussi BÎLGE, Mesuliyet, p. 93 ; MARGOT, p. 71.

³⁰⁴ DOHM, Garantie, p. 29, n. 1 ; de GOTTRAU, I, p. 2. C'était également le cas pour les dépôts en espèces ou en titres. LOGOZ, p. 18.

³⁰⁵ de GOTTRAU, I, p. 2. C'est pour cette raison que le débiteur principal ne peut être ni caution ni garant de sa propre dette. Il faut l'intervention d'un tiers. REİSOĞLU, Kefalet, p. 1. En revanche, si un débiteur s'engage en tant que caution de sa propre dette, le cautionnement doit être considéré comme valable lorsqu'un tiers reprend cette dette. REİSOĞLU, Kefalet, p. 9. En outre, une confusion postérieure des qualités de débiteur et caution ne donne pas lieu à l'extinction du cautionnement (art. 509 II CO).

³⁰⁶ PETER, p. 298. De ce point de vue, il n'y a aucune différence entre le cautionnement et la garantie. ARKAN, Teminat, p. 61. C'est cette réalité, c'est-à-dire l'identité des fonctions juridiques et économiques de ces deux contrats de sûreté personnelle, qui rend la distinction entre la garantie et le cautionnement quasi insurmontable.

³⁰⁷ BK-WEBER, art. 111, n. 47. L'étude de la *ratio legis* des contrats donne lieu à une interprétation tantôt en faveur du cautionnement, tantôt en faveur de la garantie, sans toutefois privilégier l'un des deux. GUTZWILLER, p. Max, p. 127. De même, on peut dire qu'avec le cautionnement, le but à atteindre est de garantir une créance (celle qu'a le créancier envers le débiteur principal), la plupart du temps pour acquérir un crédit. BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 1 ; BECK, art. 492, n. 5.

³⁰⁸ RAPP, p. 262. C'est par rapport à ce résultat que la pratique distingue certains types de garantie, tels que les garanties de soumission, de bonne exécution, de bonne fin, de restitution des acomptes ou d'entretien. Par sa fonction de sûreté, elle se distingue de la peine conventionnelle, car son paiement doit être imputé aux prétentions du

167. En revanche, à la différence du cautionnement, la fonction économique de la garantie indépendante est non seulement d'assurer d'une manière ou d'une autre un engagement de bonne exécution du contrat, mais également et en particulier, d'offrir au bénéficiaire une sûreté pouvant être réalisée facilement³⁰⁹. En outre, le bénéficiaire de la garantie indépendante se prémunit non seulement contre le risque d'insolvabilité du débiteur principal, mais aussi contre d'autres risques qui ne peuvent pas être couverts par le cautionnement, tels que le risque d'impossibilité subséquente objective, les risques provenant d'un fait dépendant du pur hasard ou d'une force majeure ou encore les risques dus au caractère international du contrat³¹⁰.

168. Tout ce qui a été dit sous ce titre nous oblige à expliquer les notions de « risque » et de « dette principale »³¹¹.

bénéficiaire. *Idem*, p. 262. Le bénéficiaire désire s'assurer du sérieux de la bonne exécution de la prestation de son partenaire et, le cas échéant, de la réparation du préjudice qu'il pourrait subir du fait d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution de la prestation découlant du contrat de base. « Il vise ainsi à pouvoir retrouver les acomptes versés (par une garantie de restitution d'acompte), à obtenir une compensation financière pour les pertes que le retrait d'un soumissionnaire pourrait lui faire subir (par une garantie de soumission) ou à obtenir la réparation du dommage causé par une inexécution ou une mauvaise exécution par l'exportateur de la prestation (au moyen de la garantie de bonne exécution). » LOGOZ, p. 27.

³⁰⁹ PLEYER, p. 187. C'est par la menace d'un appel à la garantie simple et peu coûteux que la garantie bancaire exerce un effet « persuasif certain » sur le donneur d'ordre et l'incite à respecter ses engagements. Le bénéficiaire a un grand intérêt à pouvoir appeler à la garantie sans fournir des preuves difficiles ou longues à obtenir et sans devoir faire face à toutes les exceptions tirées de contrat du base que pourrait soulever un donneur d'ordre. LOGOZ, p. 27. De son côté, le donneur d'ordre a intérêt à une garantie liée, de manière la plus étroite possible, au contrat de base. *Idem* p. 29.

³¹⁰ Voir *infra*, n. 175 ss.

³¹¹ Il est important d'ajouter que pour le Tribunal fédéral, cette « fonction de sûreté » est l'un des critères qui différencient la reprise cumulative de dette, contrat par lequel une personne (le reprenant) se joint au débiteur originaire d'une obligation existante et valable au moment de la reprise et déclare au créancier qu'il exécutera la même prestation due par le débiteur originaire (CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 26, von TUHR, ESCHER, p. 301 ss) de la garantie et du cautionnement. Cette fonction n'est pas un élément essentiel pour la reprise de dette, bien qu'il existe un certain effet de « sûreté » pour celle-ci aussi. ATF 129 III 702, 705, c. 2.2 (= JdT 2004 I 535, 539 = rés. RSJ 100, n. 1, 18). KLEINER, Bankgarantie, p. 124, n. 11.18. Voir aussi BÜSSER, p. 126, n. 448 ss. En revanche, même si cette fonction n'est pas essentielle en matière de reprise cumulative de dette, on ne peut pas nier que l'adjonction d'un nouveau débiteur à côté de l'original crée une sûreté du point de vue du créancier. Il

B. Risque assumé par le garant

169. L'existence d'un risque est l'un des caractères essentiels des contrats de sûreté personnelle. « *Ohne Sicherung keine Bürgschaft*³¹² », « *keine Garantie* » non plus. S'il n'y a pas de risque, par exemple, si la survenance d'un événement est certaine, on ne peut donc pas parler de garantie³¹³. Tous les contrats de garantie trouvent leurs raisons d'être dans

faut chercher la différence plutôt dans le fait que l'engagement du reprenant n'est pas subsidiaire, mais primaire. Voir aussi *infra*, note. 381.

De même, la doctrine majoritaire admet que la garantie ne peut pas être assimilée à l'assignation (art. 466 ss CO) ou au crédit documentaire (accréditif), car ce dernier contrat n'a pas fonction de sûreté mais de paiement. KLEINER, Bankgarantie, p. 116, n. 11.03 ; SCYBOZ, p. 29 ; LOGOZ, p. 68. Voir aussi ROESLE, p. 23 ss, 47 ; DOHM, Garantie, p. 65, n. 93 ; GIGER, p. 257 ; BÜHLER, p. 122 ; ZOBL, p. 28 ; BK-WEBER, art. 111, n. 100. Le Tribunal fédéral a d'abord considéré le contrat de garantie bancaire comme une assignation (*Anweisung*) au sens de l'article 468 I CO. Voir Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 22 mars 1977, c. 1a, cité par NOBEL, 1979, p. 387ss). Il a ultérieurement abandonné cette idée après avoir admis que ces deux institutions présentent tout de même un certain nombre d'analogies. En effet, la fonction de la garantie bancaire est la sûreté, alors que celle de l'assignation est le paiement. « Par l'assignation, l'assignant se borne à tenter de procurer à l'assignataire, par l'intermédiaire de l'assigné, une somme d'argent, des papiers-valeurs ou d'autres choses fongibles. » ATF 105 II 104, 106, c. 2 (= JdT 1979 I 489, 491). Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 5 août 1998, 4C.259/2000, c. 2a, in : *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, Berne 2001, p. 239, 241 ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 5 août 1998, C.23/1998 ; in : RSDA 1998 315 ; ATF 95 II 176, 183, c. 5 (= JdT 1970 I 229, 233). En revanche, selon Du Pasquier, critiquant ainsi la distinction entre assignation et garanties, et parfois le rapprochement avec les crédits documentaires, la doctrine oublie que la banque garante assume une obligation personnelle et que l'assignation peut avoir une fonction de sûreté. « De plus, la jurisprudence et la doctrine – *in corpore* – ne font plus aucune différence entre la garantie et accréditif lorsqu'elles examinent la question des mesures conservatoires pour empêcher le paiement » qui est soumis aux mêmes principes. CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 40, Voir aussi *Idem*, art. 466, n. 8. Voir aussi ATF 117 III 76, 79 ss, c. 7 (= rés. JdT 1993 II 169). Pour cet auteur, il n'existe qu'une différence entre le porte-fort et l'assignation : le porte-fort n'a pas une fonction de paiement, alors que l'assignation peut avoir une double fonction de paiement et de garantie. CR-Du PASQUIER, art. 466, n. 19. En revanche, pour Guggenheim, les institutions comme l'accréditif et la lettre ou l'ordre de crédit ne garantissent en aucune façon le dommage pouvant résulter d'une inexécution éventuelle de l'une des parties au contrat, même si dans certaines hypothèses l'institution de l'accréditif a été détournée de sa fonction première pour servir à fins de garantie. GUGGENHEIM, Bancaire, p. 325.

³¹² SCHULTHESS, p. 68.

³¹³ REİSOĞLU, Garanti, p. 10 ; GILLIERON, Pierre André, p. 64 ; SCYBOZ, p. 11. Doğan parle d'un « danger » de subir une préjudice économique. DOĞAN, p. 31. De même, pour Büsser, s'il n'y a pas d'incertitude sur la réalisation d'un événement

l'existence ou la couverture d'un risque³¹⁴. En d'autres termes, la notion de garantie est corrélative de celle de risque³¹⁵.

170. En matière de cautionnement et de garantie indépendante, le risque peut être défini comme l'éventualité de payer ou de supprimer les dommages subis par le créancier au cas où la prestation garantie n'aurait pas été exécutée. Ce risque doit exercer un effet sur le patrimoine du créancier lorsqu'il se réalise. Il est « *die Gefahr einer planwidrigen Entwicklung*³¹⁶ ».

171. Cela nous renvoie au concept de l'éventualité. Si les parties connaissent la survenance ou la non-survenance d'un fait futur, on ne peut parler de l'éventualité. En revanche, si elles reconnaissent un cas futur comme éventuel, bien que sa survenance soit sûre et certaine, on peut l'admettre comme un risque qui peut donner lieu à un contrat de garantie³¹⁷.

souhaité par le bénéficiaire, ou la non-réalisation d'un événement qui n'est pas souhaité, le concept de « sûreté » n'est pas imaginable ou bien il est sans valeur. BÜSSER, p. 82 ss, n. 280.

³¹⁴ Le contrat d'assurance présuppose également l'existence d'un risque. Cependant, il se caractérise en outre par le versement de primes et par le but de répartition des risques. KLEINER, Bankgarantie, p. 102, n. 9.03. Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 10 novembre 1983, c. 3a (cité par NOBEL, 1984, p. 230, 231 ss). Le contrat d'assurance est toujours bilatéral (GOLSER, p. 38) et la contre-prestation de l'assuré, c'est-à-dire la prime, se calcule de manière spécifique. On peut préciser que même si le contrat de garantie ou le cautionnement prévoient une contre-prestation du bénéficiaire, celle-ci est fondamentalement différente de la prime d'assurance. SCYBOZ, p. 34 ; LOGOZ, p. 72 ; TANDOĞAN, II, p. 846 ss ; ROESLE, p. 41. Il y a d'autres différences entre la technique bancaire et la technique d'assurance. Tout d'abord, « l'assurance paie aux conditions de la police, moyennant le versement des primes calculées principalement sur la base d'exigences budgétaires et de la loi des grands nombres. » La doctrine parle de « *Versicherungsmathematischen* ». ROESLE, p. 41. Ensuite, l'assureur dispose en général du droit de se subroger dans les droits de l'assuré ce qui n'est pas le cas pour la garantie bancaire. ROSSI, Garantie, p. 22, note. 20. En outre, l'assureur ne verse en principe pas le montant sur la simple déclaration du bénéficiaire, mais il exige toujours la preuve ou au moins la vraisemblance quant à la survenance du risque assuré. LOGOZ, p. 72. Enfin, l'assurance ne peut se faire que par les sociétés soumises à autorisation et à surveillance alors que toutes les personnes ayant l'exercice des droits civils et la capacité de discernement peuvent être garantes. ARIK, p. 49.

³¹⁵ SCYBOZ, p. 11.

³¹⁶ BÜSSER, p. 82, n. 277. Sa cause dépend du manque de connaissance du présent ou bien du passé, ou encore de l'incertitude liée au futur.

³¹⁷ « Il suffit d'une incertitude subjective, au moment où les parties s'engagent, qui ne se dissipera, le cas échéant, que plus tard ». SCYBOZ, p. 11.

172. La Cour de cassation turque a également plusieurs fois insisté sur l'existence d'un risque pour les garanties³¹⁸. Selon Yargıtay, le risque doit être déterminable. Assumer un risque d'insolvabilité d'un tiers pour tous les contrats dont il fait partie en tant que débiteur, les contrats existant et qui vont exister, ne forme pas un contrat de garantie³¹⁹. Selon la Cour de cassation turque, « bien que le contrat de garantie soit complètement indépendant du contrat de base, soit le contrat de prêt bancaire, le risque garanti ne peut être déterminé que par renvoi à ce dernier. On ne peut pas, par exemple, garantir toutes les obligations d'une personne, qui existent ou qui vont naître dans le futur, pour quelque cause que ce soit. »³²⁰ Du point de vue du droit suisse, on peut arriver à la même solution par le biais de l'article 27 CC qui vise à protéger la personne contre des « engagements excessifs ». On peut dire qu'une telle clause place le garant dans une dépendance excessive tantôt en raison de sa portée (quelle qu'en soit la cause), tantôt en raison de sa durée (toutes les obligations qui vont naître dans le futur).

173. Un autre résultat important de cette déduction est que si le risque n'existe plus (par exemple suite à l'exécution de la prestation garantie par le donneur d'ordre) ou s'il n'a jamais existé (par exemple pour cause d'impossibilité objective initiale), le garant n'a pas d'obligation de paiement. Une obligation de garantie ne peut donc pas être admise comme une obligation abstraite de paiement³²¹.

174. Pour les contrats de sûreté personnelle, le risque le plus souvent couvert par le garant est l'insolvabilité du débiteur principal (*Ursachenrisiko*), laquelle se produit en général dans une opération de crédit. Le garant prend sur lui les conséquences dommageables de la survenance du

³¹⁸ 12. HD, E. 2002/13462, K. 2002/14707, T. 5.7.2002 (www.kazanci.com.tr); 11. HD, E. 5093, K. 4856, T. 28.9.1987 (Yasa 1988, v. 11, p. 275); 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr).

³¹⁹ 19. HD, E. 2001/8061, K. 2002/5973, T. 23.9.2002 (YKD 2003, v. 29, no. 2, p. 241); REİSOĞLU, Taahhüt, p. 69. Selon Yargıtay, si le risque n'est pas déterminé par le contrat de garantie, il faudra le déterminer en tenant compte du contrat de base. 19. HD, E. 1999/4793, K. 1999/7676, T. 14.12.1999 (www.kazanci.com.tr).

³²⁰ 19. HD, E. 1999/4793, K. 1999/7676, T. 14.12.1999 (www.kazanci.com.tr).

³²¹ HGK, E. 1990/6-1, K. 1990/141, T. 28.2.1990 (www.kazanci.com.tr); İİD, E. 4527, K. 4542, T. 25.6.1960 (AD 1960, no. 8, p. 592); 11. HD, E. 3389, K. 3351, T. 7.6.1984 (cité par REİSOĞLU, Taahhüt, p. 70, note. 6). Dans un arrêt, Yargıtay a admis que la lettre de garantie d'acompte ne serve à garantir que le remboursement de l'acompte, pas les autres obligations du donneur d'ordre envers le bénéficiaire. 15. HD, E. 1988/2318, K. 1988/2412, T. 23.6.1988 (YKD 1989, v. 15, n. 3, p. 388).

fait incertain, en assurant à l'autre partie une prestation propre, dont le contenu change selon les circonstances³²². Il assume le risque d'inexécution ou de mauvaise exécution d'une prestation (*Leistungsrisiko*). On peut donner comme exemple de « *Leistungsrisiko* » le risque d'insolvabilité du débiteur (*Ursachenrisiko*) et des dommages découlant de son exécution tardive (*Folgenrisiko*)³²³.

175. En revanche – et c'est là l'une des plus importantes différences entre le cautionnement et la garantie indépendante –, à la différence du cautionnement, la garantie indépendante recouvre non seulement l'insolvabilité du débiteur, mais aussi l'inexistence et l'inexigibilité de sa dette³²⁴. En matière de garantie indépendante, le garant peut s'engager en outre à subir les risques provenant d'un fait dépendant du pur hasard ou d'une force majeure³²⁵. Au contraire, la caution n'est tenue que dans la mesure où le débiteur principal est tenu.

176. D'après une partie de la doctrine, si le garant n'assume une obligation qu'à condition que la dette principale soit toujours exigible, il

³²² SCYBOZ, p. 11.

³²³ BÜSSER, p. 84, n. 286.

³²⁴ En d'autres termes, « contrairement à la caution, le porte-fort doit exécuter sa prestation même si l'obligation à la charge du tiers n'a pas pris naissance, est nulle ou frappée d'invalidité. » ATF 125 III 305, 308, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 638 = RNRF 82 185, 187). Voir aussi ATF 113 II 434, c. 2a (= JdT 1988 I 185, 187); 19. HD, E. 1994/4559, K. 1995/5295, T. 13.6.1995 (www.kazanci.com.tr); 13. HD, E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995 (www.kazanci.com.tr); HGK, E. 1990/6-1, K. 1990/141, T. 28.2.1990 (www.kazanci.com.tr). Selon la Cour de cassation turque, si le garant s'engage à indemniser le bailleur lorsque le locataire ne restituera pas la chose jusqu'à une date déterminée, il devra payer des dommages-intérêts au bailleur, bien que le locataire ne soit pas obligé de la lui restituer selon les dispositions du Code des obligations. 13. HD, E. 1985/4067, K. 1985/5747, T. 7.10.1985 (cité par ERDEM, Genel, p. 995, n. 879). Voir aussi 13. HD, E. 922, K. 872, T. 13.4.1974 (cité par OLGAC, Kefalet, p. 64). Pourtant, pour le cautionnement, le « *Hauptzweck* » est de couvrir le risque d'insolvabilité du débiteur principal. von RICHENTHAL, p. 17; BECK, art. 492, n. 73. Voir aussi REUSSER, p. 38. En couvrant le risque d'inexistence du rapport de base, la garantie se différencie aussi de la reprise cumulative de dette. Voir *infra*, note. 452.

³²⁵ KLEINER, Bankgarantie, p. 33 ss, n. 5.10; OFTINGER, Bankgarantien, p. 60; ROESLE, p. 12, 37; LÖW, p. 91. Elle peut cependant refuser le paiement pour cause de prescription de la lettre de garantie, d'interdiction de paiement de la part de juge et pour toutes les exceptions propre au contrat entre elle et le bénéficiaire. HGK, E. 2001/11-996, K. 2001/1026, T. 14.11.2001 (www.kazanci.com.tr). Voir aussi 11. HD, E. 1979/5075, K. 1979/5456, T. 27.11.1979 (www.kazanci.com.tr). Dans un arrêt récent, Yargıtay a admis que, si une force majeure prévue dans le contrat de base a lieu, non seulement le débiteur principal, mais aussi le garant sont libérés. 19. HD, E. 1996/8299, K. 1997/2559, T. 13.3.1997 (www.kazanci.com.tr).

s'agit d'un cautionnement ; si au contraire, il s'oblige à effectuer le paiement, même si la dette principale « *dahingefallen ist* » pour quelle cause que ce soit, il s'agit une garantie indépendante³²⁶.

177. Dans le domaine des contrats internationaux, la garantie indépendante sert à couvrir également les risques spécifiques à ce domaine, comme par exemple³²⁷ les risques de change³²⁸, de force majeure³²⁹, politiques³³⁰, de transfert³³¹, d'extranéité³³², d'imprévision³³³, d'exporta-

³²⁶ OFTINGER, Bankgarantien, p. 60. Voir aussi RSJ 48, n. 84, 224, 225. Si le garant s'engage à effectuer le paiement même en cas de caducité du contrat principal, il s'agit d'une garantie et pas de cautionnement. REIN, p. 55.

En revanche, Yargitay a admis que, si le garant s'engage pour les obligations de l'entrepreneur (art. 363 ss. CO), il n'est pas tenu de payer la garantie au maître lorsque le contrat d'entreprise n'a pas lieu. TD, E. 69/1977, K. 1429, T. 7.4.1970 (cité par AKYZAN, Ticaret, p. 186). En effet, selon Yargitay, le garant s'est obligé pour les cas où l'entrepreneur violerait le contrat. Si le contrat n'est pas conclu, ce dernier est libéré.

³²⁷ ROSSI, Garantie, p. 66 ss, n. 159 ss ; de GOTTRAU, I, p. 3 ; LÖW, p. 8 ss ; DOĞAN, p. 26.

³²⁸ C'est un risque dû aux fluctuations inattendues des taux de changes. Le risque est plus grave pour les contrats de longue durée.

³²⁹ Par exemple, les grèves, les catastrophes ou les guerres. En bref, les événements indépendants de la volonté des parties peuvent rendre l'exécution des contrats temporairement ou définitivement impossible. Ces risques n'ont toutefois pas uniquement un caractère international. ATF 75 II 49, 51, c. 2 (= JdT 1949 I 298, 299). Dans cet arrêt, le garant « courait non seulement le risque usuel que la venderesse n'accomplisse pas ou pas exactement les actes d'exécution consistant dans l'expédition de la marchandise avec les documents requis, mais s'exposait en outre à l'incertitude de la bonne arrivée en Suisse, à cause du transport à travers un pays occupé par des troupes en guerre. »

³³⁰ Les risques politiques peuvent apparaître notamment sous forme de restrictions administratives, de restrictions commerciales, de séquestration, d'expropriation ou de charges fiscales confiscatoires. Ils se distinguent du risque de force majeure par l'intensité de l'intervention arbitraire d'une puissance publique, généralement l'Etat de l'importateur.

³³¹ C'est le risque par lequel un Etat interdit le transfert des fonds à l'étranger, institue un contrôle des changes ou déclare l'inconvertibilité de la monnaie du débiteur en devises.

³³² Ce risque découlant de l'appartenance des parties au contrat à des ordres juridiques différents peut être partiellement évité par le choix du for ou de la loi applicable. Voir également GUGGENHEIM, Garantie, p. 1667. En outre, il y a aussi les risques relatifs aux langues et aux cultures divergentes des parties. LÖW, p. 8.

³³³ C'est un risque qui est dû aux changements des circonstances comme les circonstances économiques, commerciales, monétaires ou publiques et qui rend l'exécution du contrat de durée malaisée.

tion³³⁴, d'incompétence de l'exportateur³³⁵, de modification des obligations de l'exportateur³³⁶, ainsi que les risques dus à la rédaction du contrat³³⁷ et à la multiplicité des parties au contrat³³⁸.

178. En revanche, rien n'empêche les parties d'exclure, en tout ou en partie, les risques précités. Elles peuvent convenir, par exemple, que la garantie indépendante ne couvre pas le risque de force majeure. Et cela peut découler tantôt de l'interprétation de la déclaration de la garantie, tantôt des circonstances dans lesquelles cette déclaration a eu lieu. En cas

³³⁴ Ce risque d'exportation, ainsi que certains autres risques liés au caractère international d'un contrat sont définis de la manière suivante par la « Loi fédérale sur la garantie contre les risques à l'exportation » du 26 septembre 1958 (RS 946.11). Selon l'article 4 de la loi en question, « sous réserve d'une décision contraire dans des cas particuliers, la garantie couvre en partie les pertes causées par des événements et des circonstances tels que :

- La dépréciation de monnaies étrangères, les difficultés de transfert ou les moratoires ;

- L'insolvabilité ou le refus de payer d'Etats, de communes et d'autres corporations de droit public, ainsi que d'entreprises de droit privé leur appartenant totalement ou de manière prépondérante ou remplissant des tâches publiques, qui ont passé la commande ;

- L'insolvabilité ou le refus de payer d'Etats, de communes, d'autres corporations de droit public, de banques d'émission ou de banques publiques ou privées qui ont garanti le paiement de la créance ou qui ont ouvert un accord irrévocable ;

- Les mesures extraordinaires prises par des Etats étrangers ou les événements politiques à l'étranger, qui mettent les débiteurs dans l'impossibilité de remplir leurs obligations, qui conduisent à la confiscation ou à la détérioration de marchandises appartenant à l'exportateur ou qui en empêchent la réexportation ;

- L'impossibilité d'exiger ou l'impossibilité d'effectuer la livraison par suite de circonstances au sens des lettres a à d ou faute de moyens de transports à l'étranger. » Voir aussi ATF 118 Ib 100.

³³⁵ « Il se peut que l'exportateur, après s'être adjudgé le marché, ne soit pas en mesure de l'exécuter à cause d'une modification de ses capacités survenue après la conclusion du contrat. De son côté l'importateur peut fort bien avoir surévalué les aptitudes de son partenaire, et peut dès lors subir des pertes de temps et d'argent ».

³³⁶ C'est un risque dû aux adaptations nécessaires chez les contrats de durée, surtout ceux de service ou de technologie.

³³⁷ C'est le résultat de l'éventuelle imprécision des prestations des parties.

³³⁸ Ce sont les conséquences de la complexité des contrats internationaux qui entraînent souvent l'adjonction de plusieurs parties comme c'est le cas dans le cadre de la formation d'un consortium. Surtout, dans les affaires internationales, les garanties bancaires peuvent atteindre des sommes si importantes qu'aucune banque n'a ni la volonté ni la possibilité d'en assurer le risque. Cette réalité donne lieu aux garanties consortiales par lesquelles plusieurs banques se regroupent pour délivrer une garantie, directe ou indirecte, et en règle générale par cette garantie-là celles-ci prévoient une procédure d'appel à la garantie par le bénéficiaire à l'égard des différentes banques. DOHM, Garantie, p. 48, n. 50, p. 139 ss, n. 298 ss.

de doute, il faudra présumer que le garant couvre tous les risques dans les limites de la loi. Par ailleurs, le garant peut assumer tous les risques provenant d'un contrat, mais aussi une certaine partie du risque. Dans le même ordre d'idées, en cas de doute, on admet qu'il en assume la totalité³³⁹.

179. Enfin, bien que pour une partie de la doctrine la garantie à première demande soit payable sur la première réquisition du bénéficiaire, sans égard à un éventuel litige entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, il ne faut tout de même pas oublier que la finalité d'une garantie, même totalement indépendante, est la couverture d'un risque déterminé, et non un paiement pur et simple. Un appel n'est donc pas efficace, mais abusif au sens de l'article 2 CC pour la majorité de la doctrine, lorsqu'il tend à couvrir une prétention que la garantie n'avait pas pour but d'assurer ou bien lorsque le risque n'est pas survenu. Le droit d'obtenir le paiement de la garantie n'existe donc plus s'il sert à une fin manifestement étrangère à l'objet de la garantie³⁴⁰.

C. Caractéristiques de la dette principale

180. Ainsi que nous l'avons dit, la fonction économique des contrats de garantie est de couvrir le risque éventuel d'inexécution d'une prestation d'un autre contrat, le contrat principal. La doctrine s'est plutôt prononcée sur les caractéristiques de cette dette principale dans le domaine du cautionnement, lesquelles sont également valables, à notre avis, en matière de garantie.

1. La dette principale est une dette d'argent ou une dette dont l'objet peut être exprimé en argent

181. Selon l'article 492 CO, la caution garantit le paiement de la dette contractée par le débiteur. On peut cependant valablement cautionner non seulement une dette d'argent, mais aussi d'autres obligations³⁴¹. Si une

³³⁹ REİSOĞLU, *Garanti*, p. 10 ; TANDOĞAN, II, p. 811 ss.

³⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 19 mai 2003, 4C.25/2003, c. 2.1 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 335, r50). Pour plus de détails sur la notion d'« appel abusif », voir *infra*, n. 699 ss.

³⁴¹ GUHL, *Cautionnement I*, p. 1. L'obligation principale peut avoir pour objet non seulement une chose fongible, mais aussi un comportement personnel, tel que

obligation peut s'exprimer en argent, on peut la cautionner et la garantir quelle que soit sa cause juridique : un acte juridique, un acte illicite, un enrichissement illégitime, une gestion d'affaires, la loi ou encore un jugement. On peut également cautionner une dette ayant un caractère éminemment personnel si on peut l'exprimer en argent³⁴². Il est donc possible qu'une personne se porte caution pour l'obligation d'un travailleur, d'un mandataire ou d'un entrepreneur bien que l'exécution personnelle soit la règle dans ces contrats³⁴³.

182. Une telle nécessité n'existe toutefois pas en ce qui concerne la garantie. C'est-à-dire qu'un garant garantit « le fait d'un tiers », ce fait pouvant être par exemple un comportement, un geste, une présence ou une absence. Cependant, les exemples de garanties par lesquelles un garant s'engage pour une dette dont l'objet ne s'exprime pas en argent ne seront pas examinés dans ce travail.

2. La dette principale est la dette d'autrui

183. Pour que l'on puisse parler d'un contrat de cautionnement – qui implique un système triangulaire – il faut que la dette cautionnée soit la dette d'un tiers, lequel ne peut être ni la caution ni le créancier du contrat de cautionnement³⁴⁴. Un débiteur ne peut en principe cautionner sa propre dette, « du moins, ce faisant, il n'étendrait pas sa responsabilité (*Haftung*), son patrimoine entier répondant déjà de la dette garantie. »³⁴⁵ Cela serait

l'exécution d'un travail, d'un service, d'un ouvrage ou encore une omission. SCYBOZ, p. 50.

³⁴² Les amendes, qui sont de nature strictement personnelles, y font exceptions. ATF 86 II 71, 75 ss, c. 4 (= JdT 1960 I 586, 588 ss). En revanche, pour les amendes douanières (art. 69 II de la Loi fédérale sur les douanes du 1^{er} octobre 1925) et pour les sûretés exigées dans le cadre d'une procédure pénale fédérale (art. 54 de la Loi sur la procédure pénale fédérale du 15 juin 1934), le cautionnement est admis. Un cautionnement ne constitue toutefois pas une sûreté suffisante au sens de l'article 182 ch. 4 LP bien qu'il soit solidaire. ATF 119 III 75, 77, c. 2c (= JdT 1995 II 169, 171) ; CR-MEIER, art. 492, n. 36, art. 496, n. 3. Voir aussi BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 10, BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 17 ss.

³⁴³ En effet, rien n'empêche qu'on puisse les cautionner puisque la caution ne fournit qu'un succédané de la dette principale et non pas l'exécution de la dette principale.

³⁴⁴ CR-MEIER, art. 492, n. 37. Une personne peut constituer des gages pour sa propre dette, mais elle ne peut pas se porter caution pour sa propre dette. BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 1. Il faut toujours un « tiers ».

³⁴⁵ SCYBOZ, p. 46. Voir aussi CR-MEIER, art. 492, n. 37 ss ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 1 ; REICHEL, RSJ 10, p. 47 ; YAVUZ, p. 766 ; KARAHASAN, p. 1204. Cependant, malgré l'absence de personnalité juridique, la dette d'une société en nom

en outre contraire au but poursuivi par ces contrats et à leur fonction. Cependant, si la qualité de débiteur et celle de caution se trouvent réunies dans la même personne, le créancier conserve les avantages particuliers qui résultent pour lui du cautionnement (art. 509 II CO), bien que le cautionnement s'éteigne. Par exemple, lorsque la caution a fourni un gage, qu'il existe un certificateur de la caution ou que la caution a souscrit une clause pénale pour sa dette, le créancier conserve l'ensemble de ces avantages.

184. De même, pour la doctrine, personne ne peut garantir sa propre dette³⁴⁶. A notre avis, on peut également admettre une application analogique de l'article 509 II CO à la garantie. Le bénéficiaire peut garder les avantages particuliers lorsque la qualité de garant et celle de donneur d'ordre se trouvent réunies dans la même personne³⁴⁷.

collectif est la dette d'un tiers par rapport à l'associé. Ce dernier peut donc valablement cautionner la dette de la société en nom collectif. Selon l'article 568 III CO, « demeure réservé la responsabilité d'un associé pour un cautionnement solidaire souscrit en faveur de la société ». De son côté, la société en nom collectif peut aussi cautionner la dette d'un de ses associés. Avant la révision de 18 décembre 1936, la question était controversée en doctrine. BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 11. Le commanditaire peut cautionner la dette de la société en commandite au-delà du montant de sa commandite. Mais, étant donné que le commanditaire est tenu des pertes jusqu'à concurrence du montant de sa commandite (art. 601 I CO), il ne peut pas cautionner à l'égard de la société en commandite un montant inférieur ou égal à cette dernière, parce que les dettes de la société lui sont étrangères seulement pour l'excédent. ATF 57 II 356, 361, c. 1 (= JdT 1932 I 175, 181). Voir aussi LARDELLI, p. 95 ss ; BK-BECKER, a.art. 492, n. 20. Un associé gérant peut aussi cautionner la société en commandite. La société en commandite peut valablement cautionner la dette de l'un de ses associés, qu'il soit gérant ou commanditaire. En principe, l'actionnaire unique d'une société anonyme peut également cautionner « sa » société grâce à l'existence de deux sujets de droits distincts. Cependant, les règles de la bonne foi peuvent, en faisant prévaloir l'identité économique sur la séparation juridique, empêcher la caution de se retourner contre les cocautions après avoir payé parce qu'il faut admettre que l'actionnaire a en réalité agi dans son propre intérêt. ATF 81 II 455, 461, c. 3c (= JdT 1956 I 491, 496).

³⁴⁶ BK-BECKER, a.art. 492, n. 20 ; GILLIERON, Pierre André, p. 158 ; TEKİNALP, p. 374, n. 71.

³⁴⁷ Voir *infra*, n. 936.

II. Contrats unilatéraux et à titre gratuit

A. Engagement unilatéral

185. Ce sont des contrats par lesquels seule une partie, le débiteur, (le garant) assume une obligation envers l'autre partie, le créancier (le bénéficiaire)³⁴⁸. Explicitement, les parties n'ont pas d'obligation réciproque. L'élément essentiel de ces contrats est la promesse de garantir l'exécution des engagements assumés par un tiers³⁴⁹. Le créancier reste libre de profiter de ce contrat ou de le dénoncer³⁵⁰. Le fait que le débiteur ait des obligations vis-à-vis du garant ne change rien au caractère unilatéral de la garantie, car le donneur d'ordre ne fait pas partie du contrat de sûreté personnelle.

186. Pour le cautionnement, la loi impose certains devoirs au créancier (art. 503 I, III, IV, 504, 505, 510 I, 511 CO) qui découlent du principe de la bonne foi³⁵¹. Ces devoirs ne sont pas des obligations³⁵² mais des incombances (*Obliegenheit*), c'est-à-dire des comportements que le

³⁴⁸ RFJ 1993 296, 301, c. 2b ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 10 novembre 1983, c. 3a (cité par NOBEL, 1984, p. 230) ; ATF 76 II 33, 36, c. 3 (= JdT 1950 I 488, 491) ; ATF 64 II 208, 212, c. 2 (= JdT 1939 I 465, 467) ; ATF 63 II 303, 308, c. 1b (= JdT 1938 I 105, 110) ; 11. HD, E. 1979/5075, K. 1979/5456, T. 27.11.1979 (www.kazanci.com.tr) ; BÜSSER, p. 24, n. 84, p. 25, n. 87, p. 126, n. 451 ; SCYBOZ, p. 44 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 1 ; KLEINER, p. 11, n. 3.01 ; CR-MEIER, art. 492, n. 5 ; LOMBARDINI, p. 289, n. 2, p. 601, n. 116 ; CAVIN, Cautionnement, p. 48, Révision, p. 280 ; OFTINGER, Bankgarantien, p. 59 ; DOHM, Garantie, p. 66, n. 97 ; FLURY-SCHMITT, p. 158 ; BK-BECKER, a.art. 492, n. 14 ; ZOBL, p. 25 ; RAPP, p. 264 ; de BIASIO, p. 2 ; ROESLE, p. 94 ; SPAINI, p. 17 ; BELSER, Freiheit, p. 434 ; YAVUZ, p. 768 ; TEKİNALP, p. 382, n. 91 ; OLGAC, Kefalet, p. 14. Wiegand pense qu'il s'agit d'un contrat bilatéral imparfait. WIEGAND, Bürgschaft, p. 187. Voir aussi LOGOZ, p. 97 ; TANDOĞAN, II, p. 694 ; KAHYAOĞLU, p. 44 ; KARAHASAN, p. 1205 ; ARIK, p. 51 ; GRASSINGER, p. 14 ; VELU, p. 227 ss ; HANISCH, p. 48 ; HEMMELER, p. 11 ; HUGUENIN, Besonderer, p. 183, n. 1209 ; HENRY, p. 146a.

Il faut surtout insister sur le fait que c'est un contrat, soit une opération bilatérale au cours de laquelle seule une des parties s'engage. KLEINER, Suisse, p. 207.

³⁴⁹ CAVIN, Nature, p. 280 ; REICHEL, RSJ 11, p. 104.

³⁵⁰ GILLIERON, p. 159, 171.

³⁵¹ La loi prévoit ces devoirs pour sauvegarder les intérêts de la caution : la caution court le risque de voir le créancier se fier uniquement à sa garantie personnelle et négliger soit de poursuivre le débiteur avec diligence, soit de conserver les droits de gage et les autres sûretés qui, souvent, garantissent également la dette cautionnée. CAVIN, Nature, p. 281, 287.

³⁵² SCYBOZ, p. 44 ss ; CR-MEIER, art. 492, n. 5.

créancier doit adopter pour éviter un désavantage juridique³⁵³. S'il ne les respecte pas, il risque de perdre certains de ses droits envers la caution³⁵⁴. Mais, par contre, ils ne confèrent pas à la caution une créance ou un droit, ni même une action³⁵⁵. En bref, si le créancier ne respecte pas ces incombances, la caution ne peut pas recourir aux droits qui lui sont conférés par les articles 107 ss CO.

187. A l'exception de la première phrase de l'article 505 I et 510 I CO³⁵⁶, les articles régissant les devoirs du créancier en matière de cautionnement ne sont pas applicables en ce qui concerne la garantie indépendante. Toutefois, il faut admettre que le bénéficiaire peut également avoir certains devoirs similaires à ceux du créancier du cautionnement découlant de l'article 2 CC et de la stipulation des parties³⁵⁷.

B. Contrats à titre gratuit

188. Selon la doctrine, le cautionnement est un contrat gratuit³⁵⁸ dont le caractère dérive de sa nature, et non de son essence³⁵⁹; c'est-à-dire que la personne s'engageant en tant que caution ne demande rien en échange³⁶⁰. En revanche, le cautionnement conclu entre la caution et le créancier est

³⁵³ TERCIER, Obligations, p. 67, n. 274, p. 251, n. 1281.

³⁵⁴ Par exemple, selon l'article 503 I CO, si le créancier diminue au préjudice de la caution les droits de gage, sûretés et droits de préférences existant lors du cautionnement ou obtenus plus tard du débiteur pour la garantie spéciale de la créance, la responsabilité de la caution se réduit d'une somme correspondante. De même, si le créancier refuse indûment de s'exécuter ou s'il s'est dessaisi de mauvaise foi ou par négligence grave des preuves existantes ou des gages et autres sûretés dont il est responsable, la caution est libérée. Elle peut exiger la restitution de ce qu'elle a payé et la réparation du dommage supplémentaire (art. 503 IV CO).

³⁵⁵ CR-MEIER, art. 492, n. 5.

³⁵⁶ Voir *infra*, n. 415, 786.

³⁵⁷ Voir *infra*, n. 779 ss.

³⁵⁸ ATF 63 II 303, 308, c. 1b (= JdT 1938 I 105, 110); LOMBARDINI, p. 601, n. 116; BECK, art. 492, n. 99; OLGAC, Kefalet, p. 12; DOĞAN, p. 38. « *Fehlt es an einer Vergütung, motiviert wie bei der Schenkung die soziale Bindung, Freundschaft oder Verwandtschaft, den Vertragschluss. Nur findet sich diese Bindung bei der Bürgschaft nicht zwischen den Vertragspartnern, sondern zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, ausserhalb vertrag also.* » BELSER, Finanzierung, p. 208.

³⁵⁹ GILLIERON, Pierre André, p. 159 ss, 171. Selon Erman, si le créancier a une obligation envers la caution découlant du « cautionnement », on ne peut plus parler de cautionnement aux termes des articles 492 ss CO. ERMAN, p. 413.

³⁶⁰ GILLIERON, Pierre André, p. 56.

un contrat à titre gratuit, il est cependant fort possible, voire fréquent qu'elle reçoive un paiement (commission de 3 % par trimestre par exemple) de la part du débiteur principal. On parle alors de « crédit-cautionnement », dans la mesure où la caution accorde un prêt de caractère conditionnel au débiteur³⁶¹.

189. De même, on admet que la garantie indépendante est un contrat à titre gratuit³⁶². Seul le garant est obligé, mais pas le bénéficiaire. Il faut encore signaler que, tout comme en matière de cautionnement, la garantie indépendante est un contrat à titre gratuit du point de vue du bénéficiaire. Sinon, le garant ne s'oblige pas en pratique gratuitement. C'est le débiteur principal qui lui paye des commissions³⁶³. Mais cela ne donne naturellement pas au garant le droit de se départir du contrat de garantie ni de recourir aux droits qui lui sont conférés par les articles régissant l'inexécution dans les contrats synallagmatiques, au cas où le donneur d'ordre n'exécuterait pas l'obligation qu'il a envers lui³⁶⁴.

190. Enfin, ni le cautionnement ni la garantie indépendante ne constituent une donation, car ni la caution ni le garant n'entendent opérer une libéralité en faveur du créancier. Celui-ci ne voit pas sa fortune augmenter puisqu'il ne recevra rien de plus que ce qu'il recevrait du débiteur principal en cas d'exécution convenable³⁶⁵. En revanche, le cautionnement peut avoir le caractère d'une donation envers le débiteur principal lorsque la caution accepte de s'engager en faveur de ce dernier sans contre-prestation de sa part.

191. Dès qu'on admet le caractère unilatéral et gratuit du cautionnement³⁶⁶, il faudra l'interpréter d'une manière stricte, au regard de la volonté des parties à l'époque de la conclusion du contrat suivant les règles de la bonne foi³⁶⁷. Selon le Tribunal fédéral, « dès lors, pour apprécier l'attention incombant au créancier, on doit se montrer plus sévère que dans les cas où les deux parties ont un intérêt divergent au

³⁶¹ CR-MEIER, art. 492, n. 6.

³⁶² BÜSSER, p. 126, n. 451; REİSOĞLU, Garanti, p. 8, 22; ZEVKLİLER, AYDOĞDU, PETEK, p. 13.

³⁶³ Mais cela ne change rien à leur caractère gratuit. Voir aussi BÜSSER, p. 126 ss, n. 451.

³⁶⁴ Toutefois, les parties à la garantie peuvent prévoir que le garant restera obligé tant et aussi longtemps que le donneur d'ordre lui paie des commissions.

³⁶⁵ CR-MEIER, art. 492, n. 6.

³⁶⁶ Ces deux caractéristiques différencient la garantie indépendante et le cautionnement du contrat d'assurance. Voir *supra*, note. 314.

³⁶⁷ ATF 49 II 373, 377, c. 2 (= JdT 1924 I 290, 293); ATF 38 II 608, 614 ss, c. 4.

contrat. »³⁶⁸ L'interprétation doit surtout se faire en faveur de la caution lorsque le cautionnement est conclu selon des formules préédigées, par lesquelles la caution renonce à certains droits qui lui sont conférés par la loi³⁶⁹. Selon Meier aussi, les règles de la bonne foi en affaires ont une importance particulière en matière de cautionnement ; « c'est par exemple le cas avec la détermination de la partie principale faisant l'objet de la garantie. Lorsqu'il était reconnaissable pour le créancier principal que la caution n'entendait s'engager que pour une dette déterminée (p.ex. un crédit de construction, et non une relation de compte courant), le créancier ne saurait se prévaloir du cautionnement fourni, même si la déclaration de la caution ne faisait pas expressément référence à cette réserve. »³⁷⁰

C. Exceptions

192. Pour la doctrine, le caractère unilatéral et gratuit n'est pas un élément essentiel de ces contrats. Elle n'admet qu'exceptionnellement que le créancier puisse assumer un engagement réciproque avec le garant.

193. Par exemple, pour les cautionnements, une partie de la doctrine est d'avis que si le créancier s'engage à libérer un gage ou une autre caution, à accorder un sursis au débiteur principal ou à renoncer à un gage existant, le cautionnement devient un contrat bilatéral et la caution peut recourir aux droits qui lui sont conférés par les articles 107 ss CO³⁷¹. Dans ce cas les articles 82 et 83 CO sont également applicables³⁷². En revanche, il est bon de souligner que le devoir d'information du créancier ou les autres devoirs qui lui sont imposés par le législateur ne sont pas des

³⁶⁸ ATF 64 II 208, 212, c. 2 (= JdT 1939 I 465, 467).

³⁶⁹ ATF 64 II 380, 382 (= JdT 1939 I 177, 179) ; BECK, art. 492, n. 47 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 33. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 1 ; CR-MEIER, art. 492, n. 5.

³⁷⁰ CR-MEIER, art. 492, n. 8. Voir ATF 64 II 209, 213, c. 3 (= JdT 1939 I 465, 468 ss).

³⁷¹ BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 29 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 1 ; CR-MEIER, art. 492, n. 5 ; BK-BECKER, a.art. 492, n. 14 ; KARAHASAN, p. 1205. Voir aussi GRASSINGER, p. 14 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 6 ; BECK, art. 492, n. 101.

³⁷² A notre avis, de tels engagements doivent être admis en tant que condition du cautionnement (art. 151 CO). Cela est plus compatible avec la pratique des affaires. Si la condition n'est pas accomplie jusqu'à une date précise, le cautionnement ne prend pas effets.

obligations en tant que contre-prestations de l'obligation de la caution et ne donnent pas lieu à l'application des articles précités³⁷³.

194. De même, pour les contrats de garantie indépendante, certains auteurs pensent que le contrat devient bilatéral à partir du moment où le bénéficiaire s'engage à fournir une contre-prestation. Ce serait le cas notamment lorsque le bénéficiaire doit des « primes de risque » au garant³⁷⁴. Il pourrait également assumer l'obligation de rendre le montant de garantie sous certaines conditions³⁷⁵ ou s'engager à payer un intérêt en rendant le montant de la garantie³⁷⁶.

195. Si cette hypothèse est admise, les dettes du bénéficiaire devenant ainsi la contrepartie, le « *synallagma* » de la dette du débiteur, le garant pourrait opposer au créancier l'exception d'inexécution (*exceptio non adimpleti contractus*) en cas d'appel à la garantie et refuser le paiement jusqu'à ce que les primes de risques soient payées (art. 82 CO). De plus, il lui serait possible de se départir du contrat par l'application de l'article 107 CO, voire même de le résoudre par celle de « la théorie de l'imprévision », théorie permettant à une partie de refuser d'exécuter strictement son obligation lorsque les circonstances ont fondamentalement changé et l'équilibre du contrat est gravement rompu (prestation/contre-prestation deviennent « incommensurable »³⁷⁷) depuis sa conclusion³⁷⁸. Or une garantie a pour but de « prémunir le bénéficiaire contre des risques conjoncturels » et ce fait exclut la possibilité d'appliquer la théorie de l'imprévision aux garanties³⁷⁹. Le Tribunal fédéral n'admet pas non plus l'application de cette théorie aux contrats de garantie indépendante³⁸⁰.

³⁷³ La caution ne peut pas se départir du contrat pour cause d'inexécution de ces devoirs. REİSOĞLU, Kefalet, p. 7 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 12.

³⁷⁴ CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 8 ; ARIK, p. 51 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 7.

³⁷⁵ TANDOĞAN, II, p. 816.

³⁷⁶ En revanche, à notre avis, l'obligation de rendre le montant de la garantie par le bénéficiaire ne peut pas constituer la contre-partie de l'obligation du garant. On ne peut pas parler de rapport d'échange entre les deux obligations, soit celles de donner la garantie et de rendre l'argent. Dans le même sens, voir TANDOĞAN, II, p. 816.

³⁷⁷ ENGEL, Obligations, p. 786.

³⁷⁸ Sur les conditions de cette théorie, voir CR-WINIGER, art. 18, n. 198 ss ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 283 ss, n. 1280 ss ; TERCIER, Contrats, p. 41, n. 270.

³⁷⁹ ENGEL, Obligations, p. 787. *Contra* DESCHENAUX, Préliminaires, p. 184, note. 79. « On peut discerner, même dans des conditions de ce genre, deux <positions contractuelles> dont le rapport est susceptible d'être radicalement troublé. »

³⁸⁰ ATF 46 II 157, 163, c. 6 (= JdT 1920 I 489, 494).

196. A notre avis, ces solutions ne sont pas compatibles, voire contradictoires avec le système de garantie indépendante qui est censé être un instrument rapide, simple et efficace. Pour les mêmes raisons, il est impossible d'admettre l'applicabilité des articles 82 et 83 CO en matière de garantie indépendante. D'ailleurs, comme nous allons le voir, les primes sont assumées par le donneur d'ordre et non par le bénéficiaire. En d'autres termes, non seulement dans la théorie mais aussi dans la vie pratique des affaires, le contrat de garantie reste un contrat unilatéral.

III. Contrats créant des obligations subsidiaires

197. L'obligation du garant est une obligation subsidiaire³⁸¹ tant en matière de cautionnement qu'en matière de garantie.

198. En matière de cautionnement, la subsidiarité s'explique de la manière suivante : en vertu de l'article 495 CO, la caution assume non seulement une obligation accessoire mais aussi subsidiaire, en ce sens que la caution joue un rôle purement auxiliaire dans le rapport juridique entre le créancier et le débiteur principal³⁸². Elle est protégée par le bénéfice de discussion personnelle³⁸³ aussi longtemps que le créancier n'a pas recherché le débiteur principal et pour autant qu'il n'ait pas été désintéressé celui-ci ou qu'il n'ait plus de chance de l'être. Elle est également protégée par le bénéfice de discussion réelle³⁸⁴ qui lui permet de refuser le paiement jusqu'à ce que le créancier tente de se faire payer

³⁸¹ La subsidiarité est l'une des différences entre ces deux contrats et la reprise cumulative de dette, le reprenant n'assumant pas un engagement subsidiaire ; le créancier peut réclamer, à choix, toute l'exécution de l'obligation au débiteur principal et au reprenant séparément ou simultanément tant que la prestation entière n'est pas effectuée. La doctrine est également d'avis que la subsidiarité est l'une des raisons pour lesquelles la garantie ne peut être admise comme une assignation dans le sens des articles 466 ss CO. Contrairement à l'assignation acceptée par l'assigné, lequel doit payer dans tous les cas, le garant ne paie que si le risque garanti se réalise. DOHM, Garantie, p. 65, n. 93. Voir aussi GIGER, p. 257 ; ZOBL, p. 28 ; BÜHLER, p. 122 ; BK-WEBER, art. 111, n. 101 ; de VIONNET, von der CRONE, p. 390. L'assigné est un débiteur primaire alors que le garant n'effectue le paiement que subsidiairement. SCYBOZ, p. 29. ZOBL, p. 28. En d'autres termes, le paiement de la garantie est une exception alors que le versement de l'assignation est la règle. LOGOZ, p. 68 ss. « ...Sie hat in jedem Falle zu zahlen... » ROESLE, p. 47.

³⁸² GILLIERON, Pierre André, p. 91.

³⁸³ Voir *infra*, n. 748 ss.

³⁸⁴ Voir *infra*, n. 753 ss.

sur les gages éventuels garantissant la dette principale³⁸⁵. « Le créancier ne peut rechercher la caution que pour autant que le débiteur principal ne soit pas exécuté à l'échéance. »³⁸⁶ Les situations juridiques du débiteur principal et de la caution ne sont pas identiques vis-à-vis du créancier ; la caution n'en répond qu'en deuxième lieu³⁸⁷.

199. Le principe de subsidiarité dans le cautionnement n'est pas symétrique du principe d'accessoriété. Tandis que l'accessoriété est le principe de base pour tous les types de cautionnement³⁸⁸, la subsidiarité est différente selon le type de cautionnement qu'on a conclu³⁸⁹.

200. Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement simple, la subsidiarité est complète. La caution est entièrement protégée par des bénéfices de discussion³⁹⁰ ; elle ne sera appelée à payer que si les conditions sont remplies³⁹¹. En revanche, si la caution s'engage solidairement, elle répond aux côtés du débiteur principal, pas après lui³⁹². Elle peut être recherchée dès que le débiteur principal est en demeure, sans pouvoir opposer le bénéfice de discussion personnelle au créancier³⁹³. La doctrine y voit un

³⁸⁵ CR-MEIER, art. 495, n. 3 ; BARLAS, Teminat, p. 30 ; de BIASIO, p. 7. Voir aussi GOLSER, p. 33 ; BECK, art. 495, n. 9. D'une manière plus simple, on peut dire que la caution s'engage *après (hinter)* le débiteur principal. von BÜREN, Besonderer, p. 286.

³⁸⁶ CR-MEIER, art. 495, n. 1. Voir aussi HENRY, p. 176a ; BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 1 ; BILGE, Mesuliyet, p. 97 ; ZEMBULİDİS, p. 786 ; SCHULTHESS, p. 94 ss ; BECK, art. 492, n. 96 ; ZEVKLİLER, AYDOĞDU, PETEK, p. 402. D'après Reisoglu, elle paie des dommages-intérêts dus à l'inexécution de la dette principale. REİSOĞLU, Kefalet, p. 5. « Zwar erhält der Gläubiger durch die Bürgenverpflichtung einen zweiten Schuldner, aber nur einen sekundär verpflichteten, der erst belangt werden kann, wenn der primär verpflichtete Schuldner nicht geleistet hat. » HASENBÖHLER, p. 48.

³⁸⁷ CR-MEIER, art. 495, n. 3.

³⁸⁸ CR-MEIER, art. 495, n. 1.

³⁸⁹ En d'autres termes, la subsidiarité peut exister dans le cautionnement à des degrés divers d'intensité, mais elle doit exister, même dans le cautionnement solidaire. HENRY, p. 176a.

³⁹⁰ Elle est également protégée par le bénéfice de division quand il s'agit d'un cautionnement conjoint. BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 1. Voir aussi 13. HD, E. 1991/7229, K. 1991/10997, T. 3.12.1991 (cité par KARAHASAN, p. 1222).

³⁹¹ Dans ce cas aussi, elle peut disposer des droits qui lui sont conférés par l'article 501 II CO. BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 1.

³⁹² CR-MEIER, art. 495, n. 3. La subsidiarité est affaiblie dans le cautionnement solidaire. Elle est aggravée lorsque la caution ne répond que de la perte subie par le créancier (art. 495 III CO). SCYBOZ, p. 98 ; DUPERREX, Cautionnement, p. 2.

³⁹³ CR-MEIER, art. 496, n. 1.

rapprochement en direction du contrat de garantie indépendante³⁹⁴. En outre, comme nous l'explique Meier, contrairement à la volonté du législateur de 1941³⁹⁵, le cautionnement solidaire est devenu la règle dans la pratique des affaires et a presque perdu de sa subsidiarité par la renonciation systématique de la caution au bénéfice de discussion réelle mobilière³⁹⁶. Au contraire, quand il s'agit d'un cautionnement pour le découvert, la subsidiarité y est beaucoup plus marquée qu'un cautionnement simple ordinaire, car la caution ne peut être recherchée que si la perte du créancier est définitivement acquise³⁹⁷.

201. Cependant, il faut admettre que la subsidiarité existe aussi dans le cautionnement solidaire, car au cas où l'obligation du débiteur principal ne serait pas une dette de payer une somme d'argent, la caution n'effectuera le paiement qu'après la constatation d'inexécution³⁹⁸. Selon l'article 496 I CO, le créancier peut poursuivre la caution à condition que le débiteur soit en retard dans le paiement de sa dette et qu'il ait été sommé en vain de s'acquitter ou que son insolvabilité soit notoire³⁹⁹.

202. En revanche, pour une partie de la doctrine, la garantie indépendante n'a pas un caractère subsidiaire⁴⁰⁰; l'obligation du garant est primaire.

203. Si l'on comprend la subsidiarité dans le sens qui lui est donné par la doctrine, c'est-à-dire qu'elle protège le garant par les bénéfices de discussion, la garantie n'est pas subsidiaire. En revanche, si on considère que la subsidiarité crée la condition selon laquelle le garant est tenu de payer si le débiteur principal ne s'exécute pas⁴⁰¹, la garantie est

³⁹⁴ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 343. Par exemple : ATF 81 II 60 (= JdT 1955 I 464). En revanche, pour le Tribunal fédéral, les termes « débiteurs solidaires » sont dépourvus de toute équivoque. Il s'agit d'un engagement solidaire et non d'un cautionnement. ATF 111 II 284, 287, c. 2 (= rés. JdT 1986 I 96 = SJ 1986 183 = RNR 69 313, 315).

³⁹⁵ Le législateur a voulu faire du cautionnement simple la règle (CR-MEIER, art. 495, n. 2), dans ce sens que chaque caution est une caution simple si elle ne s'engage pas solidairement. BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 1.

³⁹⁶ CR-MEIER, art. 495, n. 2.

³⁹⁷ CR-MEIER, art. 495, n. 17 ; TERCIER, Contrats, p. 862, n. 5973.

³⁹⁸ TANDOĞAN, II, p. 697 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 5. Bilge admet que, même en cas de cautionnement solidaire, le créancier doit d'abord rechercher la caution conformément aux règles de la bonne foi. BİLGE, Mesuliyet, p. 98.

³⁹⁹ Voir *supra*, note. 140 et *infra*, note. 1140.

⁴⁰⁰ REICHWEIN, p. 375 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 156, Kefalet, p. 80 ; BECK, art. 492, n. 96.

⁴⁰¹ Voir aussi SPAINI, p. 44 ; ZOBL, p. 30 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 125, n. 11.19.

subsidiaire. Comme le dit Henry, la sûreté est, par sa nature, un moyen auquel on ne doit faire appel qu'en cas de besoin, c'est-à-dire dans le cas où le débiteur principal n'exécute pas son obligation⁴⁰². En effet, le bénéficiaire ne peut faire l'appel qu'à condition que la dette principale ne soit pas exécutée par le débiteur du contrat de base⁴⁰³, et cela, dans la plupart des cas, jusqu'à une date précise. Une telle admission est plus conforme au « *Sicherungszweck* » de la garantie.

204. De même, le Tribunal fédéral a admis dans un arrêt que le fait que le débiteur ait procédé d'abord contre les débiteurs hypothécaires, montrant ainsi qu'il avait conscience du caractère subsidiaire de la promesse de payer, n'est pas incompatible avec l'engagement indépendant⁴⁰⁴.

IV. Contrats conditionnels

205. Malgré l'existence d'une doctrine qui admet que la garantie indépendante est inconditionnelle⁴⁰⁵, tant la garantie indépendante, tant le cautionnement sont des contrats conditionnels.

206. Cependant lorsqu'on parle de la condition dans la pratique, il ne faut pas la comprendre dans le sens des articles 151 ss CO. Dans le jargon bancaire, la signification du terme « inconditionnel » se réfère au fait que la banque cautionne ou garantit purement et simplement sans référence à des événements extérieurs à l'opération garantie, tels l'éventualité d'une confirmation du bénéficiaire ou l'octroi d'une autorisation réglementaire, tandis que le terme « irrévocable » signifie que la banque s'interdit toute dénonciation du contrat⁴⁰⁶. Pour Poulet également « la signification du mot <inconditionnelle> est floue, il peut simplement vouloir dire <irrévocable> et s'adresser dès lors à toutes les garanties. »⁴⁰⁷, ce qui veut

⁴⁰² HENRY, p. 176a.

⁴⁰³ L'existence d'une clause de « *sofortzahlung* » avec l'interdiction pour le garant d'opposer des exceptions provenant du contrat de base ne change rien à son caractère subsidiaire. SPAINI, p. 44.

⁴⁰⁴ ATF 101 II 323, 327, c. 1c (= JdT 1976 I 537, 541 = RNR 58 309, 312 = Pra 64 262). Voir aussi SJ 1959 542, 548, c. e.

⁴⁰⁵ HORN, p. 89.

⁴⁰⁶ POULLET, Garantie, p. 131. Selon l'article 5 des RUGD aussi « toute garantie ou contre-garantie est irrévocable, sauf indication contraire. » GOODE, p. 55, SBS, p. 69.

⁴⁰⁷ POULLET, Représentation, p. 41.

dire que la possibilité de la banque garante d'invalider son engagement est très limitée⁴⁰⁸.

207. En revanche, si on accepte la « condition » dans le sens des articles 151 ss CO, on ne peut pas admettre que la garantie indépendante soit un contrat inconditionnel. En effet, la réalisation d'une garantie est par nature conditionnelle, puisqu'il ne sera possible au bénéficiaire de la sûreté de requérir et d'obtenir l'exécution de l'engagement pris par le débiteur de la sûreté que pour autant que le tiers qu'il garantissait ne se soit pas exécuté ou ne se soit exécuté qu'imparfaitement⁴⁰⁹.

208. La garantie documentaire est *a priori* conditionnelle puisqu'il faut que le bénéficiaire présente les documents nécessaires pour que le garant s'exécute. La garantie à première demande est également conditionnelle, car il faut faire une demande en vue de recevoir le paiement⁴¹⁰. Tout comme le cautionnement, la garantie indépendante, même si elle est à première demande, présuppose la réalisation du risque⁴¹¹. Il n'existe pas de garantie inconditionnelle⁴¹². Pour Peter, l'obligation de celui qui fournit des sûretés est toujours conditionnelle parce qu'elle est soumise à la survenance d'un fait futur et incertain, ce qui est la définition même de la condition⁴¹³.

209. Selon nous, la garantie crée une obligation conditionnelle suspensive car son existence est subordonnée à l'arrivée d'un événement incertain (art. 151 I CO) : la survenance du risque ou la non-réalisation d'un résultat estimé par le bénéficiaire⁴¹⁴. Elle produit ses effets à partir du moment où cette condition est accomplie (art. 151 II CO)⁴¹⁵. Le garant doit payer seulement après la réalisation des conditions.

⁴⁰⁸ LOMBARDINI, p. 303, n. 49.

⁴⁰⁹ BOVET, p. 5.

⁴¹⁰ POULLET, Présentation, p. 41.

⁴¹¹ BÜSSER, p. 234 ss, n. 787.

⁴¹² GUGGENHEIM, Bancaire, p. 325. Selon de Gottrau, la prestation de porte-fort est cependant inconditionnelle au sens juridique du terme, il faut seulement que le dommage se produise. de GOTTRAU, Standby, p. 12.

⁴¹³ PETER, p. 301. Voir aussi SPAINI, p. 31 ; BÜSSER, p. 35, n. 117 ; BEGUELIN, p. 2. *Contra* GUTZWILLER, p. Cristoph, p. 248. Pour cet auteur, ni la survenance du risque ni la présentation d'un titre de créance pour effectuer l'appel à la garantie ne sont des conditions au sens de l'article 151 ss CO.

⁴¹⁴ BÜSSER, p. 35, n. 117.

⁴¹⁵ Selon Schönle également, la banque assume une garantie sous condition suspensive (art. 151 CO) par laquelle elle promet de n'exécuter le paiement que si le donneur d'ordre ne s'exécute pas. La non-réalisation de la condition donne à la banque le

210. Selon Peter, il s'agit d'une obligation à condition potestative⁴¹⁶, en ce sens que l'existence et l'exigibilité de la créance dépendent de la volonté d'une partie. La garantie est due dès que le bénéficiaire a envoyé une simple lettre. « Le fait que la garantie ne soit parfois due qu'à défaut d'exécution par le tiers ou uniquement faute d'avènement de telle autre condition n'y change rien, du moment où l'on considère que, dans le rapport entre le bénéficiaire et le garant, le simple avis, la seule réquisition, est suffisant. En revanche, lorsque le bénéficiaire doit fournir un document qu'il ne peut établir seul, la condition est mixte : il doit obtenir le document et le fournir au garant. »⁴¹⁷

211. Nous ne pensons pas que la condition à laquelle l'obligation du garant est soumise soit potestative. En effet, à l'encontre de la condition potestative, on trouve deux autres types de condition⁴¹⁸ : quand la survenance du risque ne dépend pas du créancier (le bénéficiaire) ou du débiteur (le garant), mais du hasard ou du tiers, on parle de « condition casuelle »⁴¹⁹. En revanche, si elle dépend cumulativement du hasard ou du tiers et de l'une des parties, il s'agit d'une condition mixte⁴²⁰. La garantie à première demande crée une obligation conditionnelle « mixte », car, elle

droit d'opposer une exception résultant du contenu de l'« assignation » (*Inhaltseinwendung*) au sens de l'article 468 I CO. SCHÖNLE, Missbrauch, p. 73. « *Erfolgt die Leistung des Schuldners nicht, so tritt der Garantiefall ein.* » ZOB, p. 33. Voir aussi SPAINI, p. 31 ; 205 ; BÜSSER, p. 35, n. 117 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 780. « *Im übrigen enthält die Bankgarantie die Bedingung, deren Eintritt die Zahlungspflicht der Bank auslöst.* » ZOB, p. 25.

⁴¹⁶ Il s'agit d'une condition potestative si la réalisation de la condition dépend de l'une des deux parties. TERCIER, Obligations, p. 166, n. 813 ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 331 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 851 ; EREN, p. 1123. Voir l'article 1170 CCfr : « la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. »

⁴¹⁷ PETER, p. 307 ss.

⁴¹⁸ ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, Vorbem. Zu art. 151–157, n. 15 ; BaK-EHRAT, Vorbem. Zu art. 151–157, n. 8 ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 367, n. 4200 ss ; CR-PICHONNAZ, art. 151, n. 29 ; TERCIER, Obligations, p. 166, n. 813 ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 331 ss ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 851 ss ; EREN, 1123 ss. Pour la condition casuelle, voir également GUHL, Obligationenrecht, p. 57 ss, n. 15 ss ; von BÜREN, Allgemeiner, p. 190.

⁴¹⁹ On trouve la définition de la condition casuelle dans le Code civil français. Voir l'article 1169 CCfr : « la condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est pas nullement au pouvoir du créancier ou du débiteur. »

⁴²⁰ Voir l'article 1171 CCfr : « la condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers. »

présuppose l'inexécution de l'obligation du contrat de base⁴²¹. Le fait qu'elle soit à première demande sert à la fonction de liquidité de cette institution, sinon il ne donne pas le droit au bénéficiaire de demander le paiement malgré l'absence de la réalisation du risque. En d'autres termes, la fonction de liquidité de la garantie est renforcée si elle est payable sur la première demande du bénéficiaire⁴²². Mais cela ne signifie pas que le bénéficiaire puisse faire son appel avant la survenance du risque. Une garantie à première demande est donc, à défaut de stipulation contraire, soumise à deux conditions : la réalisation du risque garanti et l'appel effectif à la garantie. Lorsque l'appel est effectué avant la réalisation de la première condition, la garantie ne peut pas produire ses effets.

212. En conséquence, on ne peut pas différencier le cautionnement de la garantie indépendante en se basant sur ce critère de distinction car la garantie est aussi un contrat conditionnel au sens des articles 151 ss CO. C'est en examinant le type de garantie bancaire conclue que l'on peut déterminer à quelle condition le garant doit payer le montant promis. Par exemple, si la garantie est une garantie de soumission, le garant doit payer à condition que le tiers qui est soumissionnaire ne signe pas le contrat alors que le projet lui a été adjugé. De même, dans le cadre d'une garantie de bonne exécution, le garant ne doit effectuer le paiement que lorsque le tiers n'accomplit tout simplement pas ses obligations contractuelles⁴²³.

⁴²¹ De même, selon Büsser, un appel à la garantie n'est efficace que si le risque garanti se réalise. BÜSSER, p. 269, n. 898.

⁴²² En effet, « ... denn der Garant verzichtet mit der Zahlungsklausel <auf erstes Anfordern> auf die Einwendung, dass der garantierte Sicherungsfall nicht eingetreten – und der Garantieabruf deshalb zweckwidrig erfolgt – ist, falls er diese Tatsache nicht sofort nach dem Abrufseingang beweisen kann. » BÜSSER, p. 146 ss, n. 509. Pour cet auteur, selon lequel le paiement de la somme de la garantie présuppose la réalisation du risque garanti, il faut cependant admettre les garanties « à première demande » comme des exceptions, dans ce sens que, dans le cas de la garantie à première demande, le garant accepte de prouver le « Nichteintritt des garantierten Sicherungsfalles ». *Idem*, p. 225 ss, n. 756. Le garant s'oblige en revanche à effectuer le paiement à la demande du bénéficiaire, indépendamment de l'existence de n'importe quelle prétention de ce dernier envers le donneur d'ordre, cela toutefois à l'exception de l'appel abusif (art. 2 II CC). *Idem*, p. 226, n. 758,759.

⁴²³ PETER, p. 304 ss.

§2 CARACTERISTIQUES DISTINCTES DU CAUTIONNEMENT ET DE LA GARANTIE INDÉPENDANTE

213. Malgré leurs ressemblances, le cautionnement et la garantie indépendante présentent des caractéristiques différentes. Dans cette partie de notre travail, nous allons les examiner en commençant par leurs liens entre le contrat de base, qui est d'ailleurs l'un des critères les plus utilisés pour différencier les deux contrats.

I. Contrats accessoires ou indépendants

A. Généralités

214. La doctrine et la jurisprudence ont toujours admis l'accessoriété comme la clé de voûte permettant de distinguer les deux types de garantie⁴²⁴. Comme le dit Thévenoz⁴²⁵ : « la jurisprudence présente deux traits

⁴²⁴ Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'un engagement indépendant ou d'une garantie accessoire, il convient de rechercher les traits caractéristiques de l'engagement, en fonction de plusieurs indices. ATF 128 III 295, 303, c. 2d (bb). Sur ce critère de distinction, voir Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 1^{er} février 2001, 4C.259/2000, c. 4a, in : Journée 2000 de droit bancaire et financier, Berne 2001, p. 239 ; SJ 2000 I 305, 307, c. 1a ; ATF 125 III 305, 307 ss, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 638 = RNRF 82 185, 187) ; ATF 120 II 34, c. 5b (considérant non publié, cité par THEVENOZ, p. 194) (= rés. SJ 1994 432) ; RVJ 1995 176, 177, c. 3c (aa) ; BJM 1994 38, 40, c. 1 ; Arrêt cantonal non publié du 8 avril 1994, Aargau, hg.93.175, c. 5a (cité par BÜSSER, p. 498) ; ZR 1992 n. 39, p. 143, 145, c. III-2 ; SJ 1988 550, 552, c. 1a ; ATF 113 II 434, 437, c. 2b (= JdT 1988 I 185, 187) ; ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 179 ss) ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié, p. 402/1984, c. 4c (cité par BÜSSER, p. 487) ; ZR 1974 n. 94, p. 245, 252, c. 2 ; RVJ 1968 163, 165 ; RVJ 1967 144, 145, c. 2 ; RJB 1957 278, 280, c. 3, ATF 76 II 33, 37, c. 4 (= JdT 1950 I 488, 492) ; ATF 75 II 49, 50, c. 2 (= JdT 1949 I 298) ; ATF 72 II 19, 23, c. 3b (= JdT 1946 I 524, 527) ; ATF 65 II 30, 33, c. a ; ATF 64 II 346, 350, c. 2 (= JdT 1939 I 167, 171) ; ATF 56 II 375, 381, c. 2 ; RJB 72 232, 233 ss, c. 3 ; ZBJV 60 277, 278, c. II ; 13. HD, E. 2002/2275, K. 2002/5138, T. 6.5.2002 (IBD 2003, v. 77, no. 3, p. 796) ; 11. HD, E. 2001/10654, K. 2002/506, T. 28.1.2002 (YKD 2002, v. 28, no. 8, Agustus 2002, p. 1190) ; HGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583, T. 4.7.2001 (Yargı Dnyası, Temmuz 2001, no. 67, p. 33) ; 13. HD, E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr) ; 15. HD, E. 1989/2547, K. 1990/359, T. 5.2.1990 (cité par ERDEM, Genel, p. 990, n. 875) ; 11.

saillants : Elle considère la relation entre la dette du garant et la dette garantie comme une variable qui reçoit deux valeurs mutuellement exclusives : indépendante ou accessoire. »

215. Selon cette opinion largement répandue, la caution s'engage de manière accessoire, alors que le garant assume un engagement indépendant du contrat de base. En d'autres termes, dès que le contrat de sûreté dépend étroitement pour son existence et pour son avenir d'un autre contrat (contrat de base), il s'agit-là d'une obligation accessoire, et donc d'un « cautionnement »⁴²⁶. Au contraire, lorsque le contrat de sûreté

HD, E. 1985/4169, K. 1985/5613, T. 15.10.1985 (YKD 1986, v. 12, n. 4, p. 543); 11. HD, E. 1983/2462, K. 1983/2617, T. 17.5.1983 (YKD 1983, v. 9, no. 9, p. 1338); 11. HD, E. 1979/5075, K. 1979/5456, T. 27.11.1979 (www.kazanci.com.tr); İBK, E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 (RG 3.10.1969 13317); İBK, E. 1966/16, K. 1967/7, T. 13.12.1967 (RG 5.4.1968 12867); TD, E. 2360, K. 4274, T. 7.12.1961 (Son İç 1962, p. 5120); İİD, E. 4527, K. 4542, T. 25.6.1960 (Adalet Dergisi, 1960, no. 8, p. 592); TD, E. 56, K. 515, T. 25.2.1958 (TİK 1958, v. I-II, no. 456, p. 302); TD, E. 958-545, K. 1032, T. 8.4.1958 (TİK 1958, v. I-II, no. 458, p. 303); BK-WEBER, art. 111, n. 52; OFTINGER, Bankgarantien, p. 59, Haftung, p. 176; ZOBL, p. 25; GUTZWILLER, p. Cristoph, p. 247; AKEV, p. 329; FLURY-SCHMITT, p. 172; ROESLE, p. 35, 89 ss; CR-MBIER, Intro. art. 492-512, n. 22; LOMBARDINI, p. 302, n. 46; ROSSEL, p. 469; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 111, n. 16; EMCH, RENZ, ARPAGAUS, p. 378, n. 1171; DOHM, Garantie, p. 58, n. 72 ss; PETER, p. 294 ss; HORN, p. 89; BEGUELIN, p. 2; LOGOZ, p. 26; de BIASIO, p. 3 ss; DESCHENAUX, Garantie, p. 3; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 363, n. 4178; MERZ, p. 228; STAUFFER, p. 10a; DESCHENAUX, Garantie, p. 11; VELIDEDEOĞLU, ÖZDEMİR, p. 252; ÖZDEMİR, p. 257; TANDOĞAN, II, p. 820 ss; REİSOĞLU, Garanti, p. 76 ss; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 230 ss; OĞUZMAN, ÖZ, p. 773 ss; EREN, p. 1109; TEKİNALP, p. 369, n. 55; OLGAC, Genel, p. 480; GÜNAL, p. 971; ERMAN, p. 416; SPAINI, p. 42, 72; STAEHELIN, Adrian, p. 344; ARIK, p. 49; ÜNLER, p. 3; ERDEM, Genel, p. 987 ss; SCHWENZER, Obligationenrecht, p. 468, n. 86.29; GUHL, Obligationenrecht, p. 177 ss, n. 26, p. 623, n. 7; YAVUZ, p. 768; TUNÇOMAĞ, p. 980; OLGAC, Kefalet, p. 14; DOĞAN, p. 90; SOMUNCUOĞLU, Husumet, p. 65 ss; TERCIER, Contrats, p. 907, n. 6326; LARDELLI, p. 93; BECK, einl., n. 19, 22; REIN, p. 52; GILLIERON, Pierre André, p. 210 ss; VASSEUR, p. 326 ss; BELSER, Finanzierung, p. 212; HANISCH, p. 49; KRAMER, PROBST, p. 455; BÄR, p. 8 ss, 21; EMCH, RENZ, BÖSCH, MONTAVON, de WERRA, BIZZOZERO, p. 31, 93; REİSOĞLU, Safa, p. 336; HASENBÖHLER, p. 54; REUSSER, p. 59 Pour les garanties de dividendes, RUTZ, p. 13.

⁴²⁵

⁴²⁶

THEVENOZ, p. 169 ss.
KLEINER, Bankgarantie, p. 30, n. 5.06. « Ohne Hauptschuld gibt es keine Bürgschaftsschuld ». BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 13; LOMBARDINI, p. 302, n. 47; HANDSCHIN, p. 229; REICHEL, RSJ 17, p. 178, RSJ 18, p. 265; BİLGE, Mesuliyet, p. 98 ss, Kesin Hüküm, p. 593; REİSOĞLU, Kefalet, p. 85; ROESLE, p. 32; TANDOĞAN, II, p. 812 ss; TEKİNAY, p. 233; ERMAN, p. 414; KARAHASAN, p. 1204 ss; SOMUNCUOĞLU, Husumet, p. 65 ss; AKYAZAN, Teminat, p. 22,

constitue un contrat déterminé autonome, sans égard à l'existence, à l'exigibilité de ce dernier⁴²⁷, il est indépendant et doit être qualifié de « garantie indépendante ».

216. Selon la formule consacrée « *ist Akzessorietät gegeben, liegt eine Bürgschaft vor, fehlt sie, ist von einem Garantievertrag auszugehen* »⁴²⁸. La différence réside donc « uniquement » dans le fait que tout cautionnement a un caractère accessoire au contrat principal tandis que le contrat de garantie est indépendant⁴²⁹. Kleiner exprime cette idée de la manière suivante : par le contrat de garantie, le garant assume une obligation indépendante, sans égard à l'exigibilité de la créance principale, alors que le cautionnement dépend de l'exigibilité de celle-ci⁴³⁰. En d'autres termes, le cautionnement, en tant que contrat de garantie accessoire, garantit la solvabilité du débiteur principal ou bien l'exécution d'un contrat. En

25; GRASSINGER, p. 13; OFTINGER, Bankgarantien, p. 59; von SALIS, p. 266; de BIASIO, p. 5; BK-BECKER, a.art. 492, n. 22; VILLEREY, p. 266; SCHULTHESS, p. 78; GUT, p. 2; MARGOT, p. 57; BÄR, p. 9; BOVET, p. 14. Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 23 août 2000, 4C.68/2000, c. 2a (www.bger.ch); SJ 1996 634, 637, c. 4b; ATF 113 II 434, 436, c. 2a, (= JdT 1988 I 185, 187).

⁴²⁷

ATF 113 II 434, 436, c. 2a (= JdT 1988 I 185, 187); ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JT 1986 255 = SJ 1986 177, 180); ZR 1974 n. 94, p. 245, 253, c. 3; RJB 1957 278, 280, c. 3; RSJ 48, n. 84, 224, 225; ZR 1945 n. 20, p. 68, 73, c. 1; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 14; OFTINGER, Bankgarantien, p. 59; ROESLE, p. 29; BECK, einl., n. 18; HONSELL, p. 389; STAEHELIN, Adrian, p. 344; HUGUENIN, Obligationenrecht, p. 182, n. 1166; KRAMER, PROBST, p. 455. En conséquence, une garantie indépendante garantit non seulement la solvabilité du débiteur, mais aussi l'existence et l'exigibilité d'une dette. BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 14; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 13; SPAINI, p. 41. Voir aussi VELU, p. 229 ss; von BÜREN, Besonderer, p. 286 ss, 306. Selon le Tribunal fédéral : « [...] que la garantie mentionne dans le contrat ait été doublée d'un document distinct et annexé ne joue pas un rôle déterminant dans l'interprétation. » ATF 125 III 305, 311, c. 2c (= JdT 2000 I 635, 641 = RNRF 82 185, 189). « La mention de la prestation et de son étendue dans l'amendement No. 2 permet également de conclure à la garantie indépendante, tout comme le mode de paiement sur présentation des factures, soit des documents fondant la créance. » SJ 1988 550, 553, c. 1c (aa).

⁴²⁸

ATF 113 II 434, 437, c. 2b (= JdT 1988 I 185, 188). Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 30, n. 5.07; p. 32, n. 5.10; BK-WEBER, art. 111, n. 53; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 22, art. 492, n. 14. Voir également ZR 1992 n. 39, 143, 145, c. III-2.

⁴²⁹

GUHL, Cautionnement I, p. 2.

⁴³⁰

KLEINER, Bankgarantie, p. 28, n. 5.01. D'après cet auteur, l'accessoriété se dégage du caractère du cautionnement et il est antérieur au droit positif. *Idem*, p. 30, n. 5.07.

revanche, la garantie indépendante garantit la prestation en tant que telle, soit un résultat, indépendamment de l'obligation du tiers⁴³¹.

217. Quelques voix discordantes se sont manifestées en doctrine. Par exemple, selon Handschin, sans caractère accessoire, le cautionnement serait exclu. Il serait en revanche possible d'imaginer des contrats de garantie « bancaire » accessoires. On ne pourrait alors dire « *ist Akzessorietät gegeben, liegt eine Bürgschaft vor* ». En cas d'accessoriété, il faudrait examiner si le garant a ou non un intérêt propre à l'exécution de la prestation garantie⁴³².

218. Selon Rossi, « le dogme » d'accessoriété ne doit plus être pris en considération aussi sérieusement et de façon aussi déterminante qu'auparavant. Cet auteur soutient que le recours à une telle méthode crée des problèmes⁴³³. En effet, accepter une délimitation aussi stricte nuirait gravement à la liberté contractuelle. Selon la théorie de la liberté contractuelle, les parties peuvent créer des contrats de sûretés de leur choix. Ainsi, rien ne les empêcherait d'aménager des accords qui, tout en se référant à une obligation accessoire sur le modèle de cautionnement, en seraient plus ou moins détachés. Il s'agirait en d'autres termes de « cautionnements innommés » qui dérogeraient à l'accessoriété⁴³⁴. En admettant la limitation dichotomique stricte entre les garanties accessoires et les garanties indépendantes, il faudrait en même temps nier la

⁴³¹ BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 22 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 32 ss, n. 5.10.

⁴³² HANDSCHIN, p. 227, 231. Voir aussi CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 27, 29. En revanche, à notre avis, l'intérêt du garant ne joue aucun rôle en tant que critère de distinction entre la garantie indépendante et le cautionnement, notamment lorsque le garant est une banque. Voir *infra*, n. 554 ss.

⁴³³ ROSSI, Garantie, p. 100 ss, n. 280 ss. Il faut remarquer qu'un groupe de travail constitué par la Chambre du commerce en mars 1975 qui comprenait des représentants des pays industrialisés, des pays en voie de développement, des bénéficiaires de garanties, des donneurs d'ordre et des garants, a arrêté des principes de base révélateurs pour remédier aux difficultés soulevées par l'emploi des garanties émises en rapport avec les contrats internationaux de fourniture ou de construction. L'un de ces principes était le suivant : « on devrait éviter toute possibilité de faire une distinction entre la nature indépendante ou accessoire des garanties. » PARDON, p. 408.

⁴³⁴ ROSSI, Garantie, p. 104, n. 300 ss, p. 109, n. 325. « L'admission de la possibilité pratique de stipuler divers types de garantie des créances permet de sauvegarder la volonté des parties. Elle permet aussi, le cas échéant, d'avoir recours par analogie aux dispositions sur le cautionnement pour compléter le contrat ». ROSSI, Garantie, p. 109 ss, n. 329. De même, selon Büsser, rien n'empêche de conclure des contrats de garantie « *teilweisiger* » accessoires, dans ce sens que le garant ne renonce qu'à un certain nombre d'exceptions découlant du contrat de base. BÜSSER, p. 192 ss, n. 652 ss.

possibilité de conclure des garanties indépendante avec des clauses dites « d'effectivité⁴³⁵ »⁴³⁶. Par conséquent, en vertu de la liberté contractuelle, les parties sont absolument libres d'arranger entre elles le degré d'accessoriété de leur contrat de garantie personnelle. Elles pourraient supprimer toute indépendance, tout comme elles pourraient la limiter dans une moindre mesure. Il n'y aurait aucun obstacle théorique qui puisse s'opposer à la stipulation de sûretés atypiques⁴³⁷. Ainsi on pourrait trouver des garanties indépendantes comprenant plusieurs références au contrat de base ou des cautionnements limitant leur caractère accessoire⁴³⁸. Pour cet

⁴³⁵ Pour la notion de clause d'effectivité, voir *supra*, n. 112 ss.

⁴³⁶ Selon ses propres termes, « si l'on analyse les sûretés personnelles sous l'angle des rapports commerciaux entre les parties, on s'aperçoit que l'accessoriété exprime un degré et non un critère de distinction. Jamais absolue, cette accessoriété se rencontre à son plus haut point dans le contrat de cautionnement puisque l'obligation de la caution dépend dans une large mesure de la créance principale. Dans les garanties déliées en revanche, elle s'efface complètement. D'autres types de sûretés peuvent conférer au garant une partie seulement des moyens de défense appartenant au débiteur principal. Aussi n'y a-t-il pas de solution de continuité entre le champ de la garantie indépendante et celui de cautionnement » ROSSI, Garantie, p. 102, n. 288. Et cet auteur continue : « Même le cautionnement ne peut par nature être totalement accessoire. La réduction de la dette principale à la suite d'un concordat juridique ne se répercute pas sur l'obligation de la caution parce que le cautionnement doit précisément assurer le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur principal. Les parties demeurent libres de prévoir que le créancier paie à la caution des intérêts à titre de contre-prestation. Ces intérêts réduisent l'obligation de la caution, mais non celle du débiteur principal. » p. 102, n. 289. Voir aussi CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 22 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 27. Thévenoz est d'avis que « si, quels que soient les termes qu'elles utilisent par ailleurs, celles-ci conviennent que le garant ne devra sa prestation que sur présentation d'un jugement ou d'une sentence arbitrale établissant une obligation à la charge du débiteur principal, l'obligation du garant devient complètement accessoire du débiteur principal ». Dans le même sens, voir POULLET, Présentation, p. 40.

⁴³⁷ Dans la mesure où l'on admet les sûretés en l'absence d'un contrat de base (art. 111 CO), il faut admettre également des cautionnements qui soient plus ou moins détachés de contrat de base. ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 412 ; GUTZWILLER, p. Max, p. 121 ss.

⁴³⁸ La jurisprudence allemande a admis le cautionnement à première demande (*Bürgschaft auf erstes Anfordern*). ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 412 ; LOGOZ, p. 64 ss ; KLEINER, Bankgarantie, p. 99, n. 8.01 ss ; GRASSINGER, p. 225 ss. Cette nouvelle institution ne se distingue pas facilement de la garantie parce que le principe du transfert du fardeau de la preuve et du paiement immédiat est également valable pour le cautionnement à première demande. L'unique différence découle du droit de recours de la caution. Alors que le garant possède généralement un droit de recours unique contre le donneur d'ordre en raison de l'autonomie de la garantie et de l'existence d'un contrat de mandat ou de gestion d'affaires avec ce dernier, la caution dispose, même si le cautionnement a été stipulé à première demande, d'un

auteur, il serait même possible de conclure des cautionnements à première demande⁴³⁹.

219. Selon nous, bien qu'il soit impossible de parler d'un cautionnement indépendant, il est en revanche possible de conclure des contrats de garantie plus ou moins accessoires. Toutefois, il faut plutôt admettre que la constatation de l'indépendance ou de l'accessorité d'une garantie n'est que le résultat d'une qualification, et pas un moyen d'interprétation⁴⁴⁰. En d'autres termes, les droits et obligations des parties vont être déterminés différemment selon que la garantie a un caractère accessoire ou indépendant. Il faudra donc d'abord qualifier les contrats pour déterminer les règles qui lui sont applicables.

220. Pour cette raison, après avoir travaillé sur les caractéristiques de ces deux contrats, nous allons d'abord étudier les règles de qualification des contrats, puis les droits et les obligations des parties aux contrats en tant que résultat de cette qualification, ou, en d'autres termes, en tant que résultat du caractère accessoire ou indépendant de l'engagement.

B. Cautionnement

221. Le cautionnement est un contrat accessoire. L'accessorité signifie en premier lieu la dépendance d'un droit (*Nebenrecht*) à un autre (*Hauptrecht*)⁴⁴¹. Quand on parle d'une dette accessoire, cela signifie

droit de recours contre le donneur d'ordre et contre le bénéficiaire de la caution. Mais cette différence quant aux moyens de recours est théorique. Le plus souvent, la caution n'a pas d'intérêt commercial à faire valoir elle-même une objection face au bénéficiaire ; elle se contente de céder cette prétention au donneur d'ordre lorsque ce dernier lui rembourse la somme versée au bénéficiaire. LOGOZ, p. 64. Voir aussi KAHYAOĞLU, p. 20 ; KOCAMAN, p. 61 ; ARKAN, Teminat, p. 63.

⁴³⁹ « La fonction principale de la clause de paiement à première demande est d'éliminer toute contestation sur l'existence et la pertinence des motifs qui légitiment la demande de paiement, et d'octroyer au bénéficiaire une garantie liquide ». ROSSI, Garantie, p. 130, n. 428.

⁴⁴⁰ REICHWEIN, p. 375 ; NOËL, p. 117. Il ne faut pas partir d'une conséquence pour établir la qualification du contrat. Il semblerait que Honsell aussi le considère comme résultat de qualification : « *ob Bürgschaft vorliegt oder Garantie, ist durch Auslegung zu ermitteln. Nach h.L. ist nach Wortlaut, Sinn und Zweck sowie die Umständen des Falles usw. zu eruieren, ob Akzessorität der Sicherung vereinbart oder nicht.* » HONSELL, p. 389.

⁴⁴¹ Pour la doctrine, ce lien de dépendance (l'accessorité) sert en outre de critère de distinction entre le cautionnement et la reprise cumulative de dette (*die kumulative Schuldmitübernahme*). En matière de reprise de dette, le débiteur originaire et le

qu'elle est assujettie à la créance garantie dans ses rapports d'existence, d'étendue et même d'extinction. Autrement dit, l'existence, l'étendue et l'extinction de l'engagement de la caution dépendent de ceux de la dette provenant du contrat de valeur⁴⁴². Selon le Tribunal fédéral aussi, le critère de distinction essentiel entre ces deux espèces de garantie réside dans l'accessorité, « c'est-à-dire le lien de dépendance de l'engagement de la caution à l'égard de l'obligation du débiteur principal »⁴⁴³, ce que l'on appelle en droit romain « *accessorium sequitur principale* »⁴⁴⁴.

reprenant répondent de la dette de manière solidaire (art. 143 ss CO), le créancier pouvant s'en prendre à l'un ou l'autre indifféremment. ATF 129 III 702, 704, c. 2.1 (= JdT 2004 I 535, 537 = rés. RSJ 100, n. 1, 18). Le reprenant prend en charge une obligation indépendante et principale [ATF 129 III 702, 704, c. 2.1 (= JdT 2004 I 535, 537 = rés. RSJ 100, n. 1, 18) ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 17 décembre 2002, 4C.154/2002, c. 3.1 (www.bger.ch), RVJ 1995 176, 177, c. 3c (aa) ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 32 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 32 ; BÜSSER, p. 162, n. 555 ; de BIASIO, p. 3 ss ; EMCH, RENZ, ARPAGAU, p. 377, n. 1168 ; DESCHENAUX, Garantie, p. 11. Voir aussi OFTINGER, Haftung, p. 176 ; HUGUENIN, Besonderer, p. 187, n. 1223] et devient directement et personnellement le débiteur de la dette (c'est-à-dire qu'il fait partie de l'affaire. RJB 72 232, 234, c. 3). Il est obligé comme un débiteur et non seulement pour un débiteur. SJ 2000 I 305, 307 c. 1a ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 17 décembre 2002, 4C.154/2002, c. 3.1 (www.bger.ch) ; ATF 111 II 276, 278 ss, c. 2a (= rés. JdT 1986 255 = SJ 1986 177, 180). ENGEL, Obligations, p. 904, CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 32.

⁴⁴² « *Derartige Abhängigkeit gibt es in verschiedenen Formen, und entsprechend vielfältig ist infolgedessen das Erscheinungsbild der Nebenrechte. Wenn wir in der Rechtsdogmatik von Akzessorität sprechen, denken wir allerdings nicht an diese vielfältigen akzessorischen Rechte, sondern vorwiegend an eine bestimmte Art der Abhängigkeit wie sie nur bei den Sicherungsgeschäften auftritt. Hier wird ein Recht zu dem ausschliesslichen Zweck begründet, die Realisierung eines Leistungsanspruch zu sichern. Aus diesem Zweck ergibt sich mit einer gewissen Selbstverständlichkeit die landläufige Definition der Akzessorität.* » WIEGAND, Akzessorität, p. 38. Voir aussi LOMBARDINI, p. 302, n. 47 ; ROSSI, Garantie, p. 97, n. 267, DOHM, Garantie, p. 58, n. 72 ; TOBLER, p. 13 ss ; BÜSSER, p. 155, n. 533, p. 156, n. 537 ; YAVUZ, p. 767 ss ; KLEINER, Bankgarantie, p. 85, n. 7.01. Cette dépendance est cependant unilatérale. Cela signifie que la dette principale n'est point assujettie à la dette accessoire. Ce caractère unilatéral de l'accessorité crée une différence entre elle et la solidarité. BÜSSER, p. 155 ss, n. 535 ss.

⁴⁴³ ATF 125 III 305, 308, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 638 = RNRF 82 185, 187) ; SJ 2000 I 305, 307, c. 1a ; SJ 1988 550, 552, c. 1a. Depuis le droit romain, on admettait que la caution s'engageait par les sentiments d'amitié et de la parenté. Au fil du temps, cette « *leibliche* » responsabilité a cédé sa place à une responsabilité sur le patrimoine. Et le cautionnement, qui donnait lieu à une responsabilité indépendante, est devenu un contrat accessoire. WIEGAND, Bürgschaft, p. 177 ss.

⁴⁴⁴ ROSSI, Garantie, p. 97, n. 267.

222. En cas d'accessoriété, le contrat de sûreté personnelle suit le sort de la dette principale⁴⁴⁵. L'engagement accessoire dépend de la dette principale, « il en est le complètement⁴⁴⁶ ». En d'autres termes, s'il s'agit d'un cautionnement, c'est le rapport de base, et lui seul, qui fournit la mesure de l'obligation de paiement de la banque, tandis que s'il s'agit de garantie indépendante, la mesure de l'obligation du garant se fera uniquement en fonction des conditions posées dans le contrat de garantie⁴⁴⁷. Pour le Tribunal fédéral « la différence essentielle entre la promesse de porte-fort et le cautionnement réside dans le fait que la première n'est pas subordonnée à l'existence d'une obligation à la charge du tiers, alors que le second ne ressort ses effets que si un débiteur principal est tenu d'exécuter une obligation. »⁴⁴⁸

223. L'accessoriété est le caractère essentiel pour tous les types de cautionnement et les parties ne peuvent pas la changer. Par exemple, pour une partie de la doctrine, lorsqu'un cautionnement contient une clause par laquelle la responsabilité de la caution continuera malgré l'extinction de la dette principale, il ne s'agit pas d'un cautionnement, mais d'une autre sûreté ; en général d'un contrat de garantie indépendante⁴⁴⁹. De même,

⁴⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 1^{er} février 2001, 4C.259/2000, c. 4a, in : Journée 2000 de droit bancaire et financier, Berne 2001, p. 239 ; BJM 1994 38, 40, c. 1 ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié de la première Cour civile du Tribunal fédéral du 29 septembre 1987, C.440/1986, c. 2b (cité par THEVENOZ, p. 196).

⁴⁴⁶ ATF 113 II 434, 437, c. 2b (= JdT 1988 I 185, 188). Le cautionnement ne peut être qu'accessoire et c'est l'élément essentiel. En revanche le garant fournit autre chose que l'exécution de la dette garantie, à savoir une indemnité ou succédané spécial qui tous deux restituent au créancier son intérêt (dit positif) à l'exécution, le satisfont mais ne le paient pas. SCYBOZ, p. 47. En d'autres termes, « le porte-fort ne s'oblige pas, lui non plus, à réaliser le fait promis, soit à exécuter la prestation du tiers ou à obtenir de celui-ci tel comportement positif ou négatif qui éviterait un préjudice, voire «à l'instar de la caution» à fournir un succédané (ou si l'on préfère le même succédané) de l'exécution (*Ersatzleistung*) ». SCYBOZ, p. 20. Voir également DESCHENAUX, Garantie, p. 5 ; VELIDEDEOGLU, ÖZDEMİR, p. 252.

⁴⁴⁷ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 332.

⁴⁴⁸ «...intervenant dans le présent contrat de vente... ». Selon les juges, ces termes montrent clairement que le défendeur intervenait pour favoriser l'exécution du contrat, ce qui est un indice en faveur d'une garantie accessoire. Le texte de l'engagement qui prévoit que le garant est responsable « de la bonne exécution des paiements contractuels » indique sans ambiguïté que l'objet de la garantie n'était pas un paiement en soi, isolé de toute obligation principale, mais qu'il correspondait à l'exécution d'obligations contractuelles. Pour la cour, « le caractère accessoire de l'engagement ne peut être exprimé avec plus de netteté. » ATF 111 II 276, 280, c. 2c (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 182).

⁴⁴⁹ BECK, art. 492, n. 88 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 3. En revanche, pour le Tribunal fédéral, une renonciation ne constitue guère une raison de retenir une promesse de

pour une partie de la doctrine turque, bien que les dispositions du cautionnement ne soient pas impératives⁴⁵⁰, il sied de ne pas admettre une renonciation aux droits conférés par la loi à la caution dans la mesure où elle modifie le caractère accessoire du cautionnement⁴⁵¹.

C. Garantie indépendante

224. La garantie est un contrat indépendant de tout autre contrat⁴⁵². Ce constat vaut pour toutes les sortes de garanties⁴⁵³. Le droit du bénéficiaire envers le garant ne dépend pas en principe du contrat entre lui et le débiteur principal ni de la validité des rapports entre le garant et le débiteur principal, ni même de leur existence ou de leurs effets⁴⁵⁴ ; « *die unabhängigkeit bedeutet materiell dass nur den Wortlaut der Bankgarantie für deren Inanspruchnahme massgebend ist.* »⁴⁵⁵. Le

porte-fort. Dans une convention de garantie, la renonciation aux exceptions sera nulle s'il s'agit d'un cautionnement, valable s'il s'agit d'une promesse de porte-fort. Dans le doute, on ne saurait présumer que le renonçant a consciemment voulu se porter fort et n'a pas voulu cautionner. ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNR 82 185, 188). Voir aussi ATF 117 III 76, 79, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 679). Voir *infra*, n. 533.

⁴⁵⁰ Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 587 III PCOtr.

⁴⁵¹ Voir *supra*, n. 58.

⁴⁵² Enfin, il semble important d'indiquer qu'en matière de reprise de dette, à la différence de la garantie indépendante, même si l'engagement du reprenant est indépendante du rapport originaire, ce dernier doit tout de même être valable au moment de la reprise de dette. Arrêt cantonal non publié du 8 avril 1994, Aargau, hg. 93.175, c. 5a (cité par BÜSSER, p. 498). On ne peut reprendre une dette qui n'existe pas. BÜSSER, p. 163, n. 556. Voir aussi BÄR, p. 25 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 17 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 126, n. 11.20 ; DESCHENAUX, Garantie, p. 11.

⁴⁵³ La contre-garantie est indépendante non seulement des rapports de base et de couverture, mais aussi du rapport de garantie qui lie le garant au bénéficiaire. de GOTTRAU, I, p. 23.

⁴⁵⁴ KLEINER, Bankgarantie, p. 35, n. 5.12 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 22 ; LOGOZ, p. 54 ss, BÜSSER, p. 154, n. 530 ; SPAINI, p. 41. Elle est également indépendante de tout autre rapport de garantie pouvant exister dans le cadre de garantie plurale ou indirecte. LÖW, p. 30.

⁴⁵⁵ BÜHLER, p. 127 ss. Bühler affirme avec raison que l'indépendance de la garantie ne veut pas dire que le contrat n'a pas de cause. Sa cause se retrouve d'une part dans le contrat de base, d'autre part, dans le contrat de couverture. D'après cet auteur, « *der Begünstigte fordert vom Garantieauftraggeber die Auslegung einer <abstrakten> Garantie. Folglich ist das Valutaverhältnis kausal, ebenso das Deckungsverhältnis zwischen Garantieauftraggeber und Bank, während das Rechtsverhältnis zwischen Bank und Begünstigten, die Ausstellung der Garantie betreffend, abstrakt ist.* » BÜHLER, p. 128. Voir aussi HORN, p. 88.

bénéficiaire qui recourt au garant n'est en principe pas obligé de lui prouver que le débiteur principal ne s'est pas exécuté ou ne s'est exécuté qu'imparfaitement⁴⁵⁶.

225. Les parties à la garantie accentuent souvent son caractère indépendant par l'emploi d'expressions telles que « à première demande de votre part et sans faire valoir d'exceptions ni d'objections résultant dudit contrat » ou « sans pouvoir faire différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit » ou « *unter Anschluss jeglicher Einreden* – ou encore – *ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses* ». En revanche, comme le dit Logoz, « la doctrine et la jurisprudence estiment toutefois que l'autonomie de la garantie découle du sens et du but de cette institution, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si la banque a expressément renoncé à opposer des exceptions ou des objections issues du contrat de base. »^{457 458}

D. Exceptions

1. Indépendance du cautionnement

226. Le cautionnement n'est par nature pas totalement accessoire. La caution obéit à des règles distinctes de celles du débiteur principal, car elle assume une obligation distincte de ce dernier⁴⁵⁹ :

- La dette de la caution ne suit le sort de l'obligation principale en cas d'aggravation de cette dernière que si la caution y consent.

⁴⁵⁶ LÖW, p. 29 ss. En revanche, s'il s'agit d'une garantie « simple », il devra prouver l'inexécution ou la mauvaise exécution de la prestation garantie. Voir *supra*, n. 105.

⁴⁵⁷ LOGOZ, p. 55 ss. D'ailleurs, il s'agit d'une conséquence de la fonction de liquidité de la garantie bancaire. ZR 1998 n. 92, p. 226, 227, c. 2a. Voir aussi BÜSSER, p. 146 ss, n. 506 ss.

⁴⁵⁸ Selon l'article 2 (b) des RUGD aussi : « les garanties sont, par leur nature, un engagement distinct du ou des contrats ou conditions d'adjudication pouvant en former la base, et les garants ne sont en aucune façon concernés ni engagés par ces contrats ou condition d'adjudication, même si la garantie y fait référence. Le devoir d'un garant aux termes d'une garantie est de payer la ou les sommes qui y sont stipulées, sur présentation d'une demande de paiement écrite et autres documents spécifiés dans la garantie qui semblent à première vue conformes aux termes de la garantie. » GOODE, p. 43, SBS, p. 68.

⁴⁵⁹ SCYBOZ, p. 49 ss ; CR-MEIER, art. 492, n. 2 ; BECK, International, p. 515 ; BK-BECKER, a.art. 492, n. 24.

- Si la caution n'y consent pas, elle n'est plus responsable après la reprise de dette (art. 178 II, 493 V CO)⁴⁶⁰.
- L'obligation de la caution est, en général, moins étendue que celle du débiteur principal⁴⁶¹.
- La caution dispose, à côté de moyens de défense provenant du contrat de base, de moyens de défense personnels⁴⁶². La caution peut par exemple se prévaloir des vices du consentement affectant le contrat de cautionnement indépendamment de ceux qui affecteraient le contrat de base⁴⁶³.
- La caution ne fournit qu'un succédané de la dette principale, et non l'exécution de la dette principale ou d'éventuels dommages-intérêts⁴⁶⁴. Son engagement est différent de celui du débiteur principal. Parallèlement, bien que l'obligation du débiteur principal ne soit pas nécessairement une dette d'argent, celle de la caution l'est toujours (art. 493 IV, 499 I CO)⁴⁶⁵.
- Le paiement de la caution n'entraîne pas l'extinction de la dette principale. Cela signifie que la caution est subrogée au créancier. Le paiement par la caution libère cependant le débiteur principal envers le créancier⁴⁶⁶.
- Le lieu de l'exécution de la caution est fixé par le cautionnement ou, à défaut d'une stipulation par les parties au cautionnement, par

⁴⁶⁰ BİLGE, Mesuliyet, p. 100.

⁴⁶¹ TANDOĞAN, II, p. 701.

⁴⁶² Par exemple, malgré la validité de l'obligation principale, la caution peut invoquer l'invalidité du cautionnement. REİSOĞLU, Kefalet, p. 5 ; TANDOĞAN, II, p. 701 ; GRASSINGER, p. 14 ; BK-BECKER, a.art. 492, n. 24 ; BECK, art. 492, n. 95.

⁴⁶³ BECK, art. 492, n. 95.

⁴⁶⁴ *Contra* TANDOĞAN, II, p. 699 ; TEKİNALP, p. 398, n. 127. Pour ces auteurs, étant donné que l'engagement de la caution est de payer des dommages-intérêts, il faut admettre que son obligation est différente de celle du débiteur principal. Voir aussi *supra*, n. 68.

⁴⁶⁵ TANDOĞAN, II, p. 699 ; SCHULTHESS, p. 72 ; KARAHASAN, p. 1204. La caution exécute sa propre obligation lorsqu'elle effectue le paiement. Le paiement par la caution donne fin à sa dette, et non à celle du débiteur principal. Voir aussi REİSOĞLU, Kefalet, p. 5.

⁴⁶⁶ TANDOĞAN, II, p. 701. En d'autres termes, la caution s'acquitte de sa propre dette. BİLGE, Mesuliyet, p. 96. Halef, p. 281.

l'article 74 II CO, et non par rapport au lieu de l'exécution du débiteur principal⁴⁶⁷.

- Le for et la procédure de poursuite sont déterminés sans avoir égard à l'obligation principale⁴⁶⁸. L'apposition de la déclaration de cautionnement au bas d'un contrat lui-même soumis au droit étranger n'implique pas que ce droit étranger régisse également le cautionnement⁴⁶⁹.
- Si la dette de la caution n'est pas exigible, la caution n'est pas obligée d'exécuter son obligation, et ce malgré la faillite du débiteur principal qui rend exigibles toutes les dettes de ce dernier (art. 501 I CO).
- Bien que l'obligation principale soit dépourvue de toute condition et de tout terme, l'obligation de la caution peut être soumise à une condition ou à un terme⁴⁷⁰.
- Comme l'accessoriété s'applique dans les rapports entre les obligations de la caution et celles du débiteur principal, si le débiteur principal invalide le contrat conclu avec le créancier pour cause d'erreur fautive (art. 26 I CO), la caution ne répondra pas de l'indemnité que le débiteur principal pourrait éventuellement devoir au créancier⁴⁷¹.
- Après avoir dit que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable, l'article 492 CO ajoute une exception : « quiconque déclare garantir la dette résultant d'un contrat qui, par suite d'erreur ou d'incapacité, n'oblige pas le débiteur, en répond aux conditions et d'après les principes applicables en

⁴⁶⁷ ATF 50 III 168, 171, c. 2 (= JdT 1925 II 101, 103) ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 21a ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 5 ; BK-BECKER, a.art. 492, n. 25 ; SCHULTHESS, p. 93 ; BİLGE, Mesuliyet, p. 100.

⁴⁶⁸ SCYBOZ, p. 75 ; TANDOĞAN, II, p. 701 ; BECK, art. 492, n. 95. Le droit applicable au rapport principal n'est pas nécessairement applicable au cautionnement. ATF 63 II 303, 308, c. 1b (= JdT 1938 I 105, 109 ss) ; LOMBARDINI, p. 603, n. 122.

⁴⁶⁹ CR-MEIER, Intro.art. 492-512, n. 10. De même, sur un plan judiciaire, une clause compromissoire introduite dans le contrat de base n'est pas applicable à la garantie indépendante. « Si telle était la volonté des parties, la juridiction arbitrale choisie devrait être expressément mentionnée dans le texte de la lettre de la garantie. Il devrait en être de même, *mutatis mutandis*, en cas d'élection de for. » LOGOZ, p. 56.

⁴⁷⁰ TANDOĞAN, II, p. 701 ; SCHULTHESS, p. 96 ; BECK, art. 492, n. 95.

⁴⁷¹ CR-MEIER, art. 492, n. 44.

matière de cautionnement s'il connaissait, au moment où il s'est engagé, le vice dont le contrat était entaché. La même règle s'applique à celui qui s'engage à garantir l'exécution d'une dette prescrite pour le débiteur. » Dans la procédure, le bénéficiaire doit prouver que la caution a connu l'incapacité ou l'existence de l'erreur ou, enfin, que la dette principale était déjà prescrite au moment de la conclusion du contrat⁴⁷². Mais, il nous semble que, comme le dit de Biasio, il ne s'agit pas ici d'une exception, et ce dans la mesure où cet article ne régit pas le cautionnement mais la garantie⁴⁷³.

- Une autre exception se présente à travers l'article 501 IV CO. Si le débiteur est domicilié à l'étranger et se trouve dans l'impossibilité de s'acquitter de son obligation ou ne s'exécute que partiellement en raison de prescriptions de la loi étrangère, la caution domiciliée en Suisse peut également invoquer cette loi, à moins qu'elle y ait renoncé. Cet article contient une présomption selon laquelle la caution ne s'oblige que pour l'insolvabilité du débiteur ; « en d'autres termes, garantit une non-exécution qui est due au manque de volonté ou/et au défaut des moyens financiers du débiteur principal⁴⁷⁴. » Elle n'assume pas les circonstances indépendantes de la solvabilité du débiteur⁴⁷⁵. Les parties peuvent cependant convenir du contraire⁴⁷⁶. Cette présomption ne vaut que pour la caution domiciliée en Suisse au moment où elle est recherchée et pour la caution dont l'obligation est soumise, par suite d'élection de droit, au droit suisse⁴⁷⁷. Mais, même dans ce cas-là, l'ordre public fait exception. A chaque fois que la législation étrangère viole l'ordre public intérieur, la convention ne trouve aucune application, et cela indépendamment des situations mentionnées à l'article 501 IV CO⁴⁷⁸.

⁴⁷² BK-WEBER, art. 111, n. 58 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 23.

⁴⁷³ de BIASIO, p. 6.

⁴⁷⁴ CR-MEIER, art. 501, n. 18.

⁴⁷⁵ Elle ne se porte pas caution, par exemple, pour l'interdiction des clauses de devises, leurs restrictions ou les interdictions liées à la clause-or. BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 13 ; BK-GIOVANOLI, art. 501, n. 8 ; CR-MEIER, art. 501, n. 18.

⁴⁷⁶ Dans la pratique, les contrats préformulés contiennent systématiquement une renonciation de la caution à se prévaloir de cette exception. CR-MEIER, art. 501, n. 18.

⁴⁷⁷ CR-MEIER, art. 501, n. 19 ; BK-GIOVANOLI, art. 501, n. 8a.

⁴⁷⁸ ATF 63 II 303, 311 ss, c. 4 (= JdT 1938 I 105, 112 ss). En revanche, le Tribunal fédéral avait déclaré qu'en droit suisse la caution solidaire ne répond pas seulement

- Les parties peuvent prévoir, par exemple, que le créancier paie à la caution des intérêts à titre de contre-prestation. Ces intérêts réduisent l'obligation de la caution, mais non celle du débiteur principal⁴⁷⁹.
- La caution reste toujours responsable du paiement des intérêts courants, malgré la libération du débiteur principal suite à l'ouverture de la faillite (art. 208 I, 209 LP, 196 LPtr)⁴⁸⁰.
- La réduction de la dette principale à la suite d'un concordat judiciaire ne se répercute pas sur l'obligation de la caution, parce que le cautionnement doit précisément assurer le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur principal.
- Selon l'article 303 LP, le créancier qui n'a pas adhéré au concordat conserve tous ses droits contre la caution et d'autres coobligés. Il en va de même pour celui qui y adhère, pourvu qu'il les ait informés, au moins dix jours à l'avance, du jour et du lieu de l'assemblée, en leur offrant de leur céder ses droits contre paiement. (art. 295 LPtr)⁴⁸¹.

227. On peut encore ajouter qu'en cas de liquidation officielle d'une succession, la caution n'est pas libérée alors que les héritiers du débiteur principal le sont (art. 593 ss CC)⁴⁸².

2. Dépendance de la garantie indépendante par rapport à l'obligation principale

228. En principe, la garantie indépendante ne suppose pas un contrat de base valable et constitue un engagement propre et indépendant de la prestation promise par le tiers. Cependant, on ne peut pas nier que les contrats de garanties similaires au cautionnement comprennent tous une référence au contrat de base. Presque tous les contrats de garanties

de l'incapacité du débiteur principal de payer sa dette faute de moyens financiers suffisants, mais aussi de l'impossibilité dans laquelle le débiteur principal peut se retrouver d'exécuter son obligation pour des raisons indépendantes de sa situation financière et notamment en raison de l'interdiction de payer fondée sur le droit des devises. Voir ATF 60 II 294 (= JdT 1935 I 72).

⁴⁷⁹ ROSSI, Garantie, p. 102, n. 289, BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 26.

⁴⁸⁰ de BIASIO, p. 6 ; HEMMELER, p. 13 ; TEKINALP, p. 398, n. 125.

⁴⁸¹ de BIASIO, p. 6 ; TEKINALP, p. 398, n. 125. Voir *infra*, n. 643 ss.

⁴⁸² ROSSI, Garantie, p. 103, n. 297.

commencent par un préambule dans lequel les parties décrivent le rapport contractuel de base qui donne précisément lieu à cette garantie⁴⁸³.

229. La doctrine admet que même la garantie n'est pas totalement indépendante. « Même fournie à première demande, la garantie est donnée à propos d'une obligation principale contractée par une personne déterminée. »⁴⁸⁴ Il s'agit là d'une « *Beziehungsgflecht* » entre la garantie et le contrat de base. En effet, la raison d'être de la garantie indépendante est le contrat de valeur conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. On parle de la garantie « *zweckakzessorisch* »⁴⁸⁵.

230. Le Tribunal fédéral l'affirme lui aussi en disant que « même la garantie indépendante n'est jamais totalement – dégagee – du contrat de base »⁴⁸⁶.

231. Selon la doctrine, la dépendance de la garantie au contrat de base se manifeste de différents points de vue :

⁴⁸³ En fait, le préambule, qui n'est juridiquement pas essentiel, a pour but d'esquisser le contrat de valeur entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire qui a donné lieu à une telle garantie. « L'indépendance de la garantie du contrat de base résulte souvent également du texte de préambule, qui commence par les mots : – nous avons pris connaissance de ce que...[suit une courte description du contrat de base] –, tandis que la partie essentielle de la garantie stipulant les droits et obligations des parties commence au paragraphe suivant avec le texte – <Ceci dit, ...> ou <Vu cette prémisses>... » DOHM, Garantie, p. 51, n. 57. C'est grâce à ce renvoi au préambule que les parties individualisent le risque couvert par le contrat de garantie. ARKAN, Teminat, p. 64.

Selon Vasseur, « le lien entre le contrat de base et la garantie est d'ailleurs si réel et si évident qu'habituellement, [...] l'acte de garantie fait référence expresse dans le préambule au contrat de base ». VASSEUR, p. 331.

⁴⁸⁴ « Cette garantie ne peut être invoquée – et il ne s'agit là que d'aspects particuliers de cause – par le bénéficiaire qu'au titre de l'obligation et de la personne visées par la garantie. » VILLEREY, p. 273.

⁴⁸⁵ BÜSSER, p. 170, n. 575.

⁴⁸⁶ « ...Dagegen spricht der Sicherungszweck der Garantie, der, dem Institut trotz weitgehender Formalisierung in der Praxis zugrundeliegt ; denn auch eine Garantie auf erstes Anfordern ist nicht vollständig unabhängig vom Grundvertrag. » Arrêt du Tribunal fédéral non publié de 5 août 1998, 4C.259/2000, c. 2c, in : Journée 2000 de droit bancaire et financier, Berne 2001, p. 239. Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 19 mai 2003, 4C.25/2003, c. 2.1 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 335, r50) ; ATF 122 III 321, 322 ss, c. 4a (= rés. JdT 1997 I 256) ; ATF 117 III 76, 78, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 679) ; SJ 1985 637, 638, c. 3 ; SJ 1985 609, 618, c. 7b. Voir également ATF 120 II 34, c. 5b (considérant non publié, cité par THEVENOZ, p. 194) (= rés. SJ 1994 432) ; ATF 119 II 132, c. 4a (considérant non publié, cité par BÜSSER, p. 483) ; SJ 1988 550, 552, c. 1a.

232. La doctrine admet que si le contrat de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire est nul par suite d'illicéité ou de contrariété aux bonnes mœurs en vertu de l'article 20 I CO⁴⁸⁷, ou que les deux parties au contrat ont clairement manifesté qu'il s'agit d'un acte simulé⁴⁸⁸, la garantie n'est pas valable.

233. Il en va de même lorsque l'appel à la garantie se relève abusif⁴⁸⁹. Dans ce cas-là, il ne serait nullement justifié d'obliger le garant à effectuer le paiement pour sauvegarder le principe de l'abstraction de la garantie, bien qu'il soit manifeste que l'appel à la garantie est abusif⁴⁹⁰.

234. Selon la doctrine, compte tenu du but de l'institution, le bénéficiaire n'a pas le droit de faire appel sans que le cas d'appel à la garantie soit réalisé⁴⁹¹, un appel effectué malgré la non-survenance du risque étant abusif. En d'autres termes, le garant n'est tenu de payer que si la prestation garantie de base n'a pas été exécutée ou n'a été exécutée qu'imparfaitement⁴⁹². Cette idée implique que le contrat de base n'est pas

⁴⁸⁷ Voir *infra*, n. 352 ss.

⁴⁸⁸ Voir *infra*, n. 360.

⁴⁸⁹ Voir *infra*, n. 699 ss.

⁴⁹⁰ Voir *infra*, note. 1388.

⁴⁹¹ La garantie présuppose que le bénéficiaire affirme tout au moins que le cas d'appel à la garantie s'est réalisé, et cela même en cas de garantie bancaire à première demande ; « car dans ce cas aussi la réquisition de payer adressée par le bénéficiaire à la banque implique nécessairement une déclaration de celui-ci selon laquelle le cas de garantie se serait réalisé. » DOHM, *Garantie*, p. 67, n. 100. « *Im Garantievertrag verspricht der Garantieschuldner (Promittent, Garant) dem Gläubiger (Begünstigter, Promissar) die Erbringung einer Leistung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, wenn der Garantiefall eintritt.* » FLURY-SCHMITT, p. 158. Voir aussi BÜSSER, p. 221, n. 740 ss ; ROESLE, p. 96.

⁴⁹² Pour Dubisson, « si l'on considère que la garantie peut être déconnectée de la soumission et constitue un engagement entièrement indépendant, elle pourra à tout moment et sans autre condition que celle prévue pour sa mise en œuvre, être saisie. Le bénéficiaire pourra donc contraindre le donneur d'ordre en menaçant de cette saisie, de la renouveler. Si, au contraire, on considère comme nous que la garantie ne peut être détachée de la soumission, elle ne saurait avoir d'autre durée que celle de la soumission elle-même. Au-delà de cette durée, le bénéficiaire ne serait pas en droit de contraindre le donneur d'ordre sous peine de saisie à en opérer la prorogation. » DUBISSON, p. 118. De même, pour cet auteur, la garantie de restitution d'acompte peut être saisie pour un montant égal à la différence entre l'acompte perçu et la valeur des prestations effectuées par le débiteur principal. Enfin, en ce qui concerne la garantie de bonne fin, elle ne pourra être saisie que si le donneur d'ordre n'a pas correctement exécuté le contrat. « Cela signifie que pour pouvoir saisir la garantie, le bénéficiaire devra prouver que le donneur d'ordre a inexécuté ou mal exécuté les prestations qu'il s'était engagé à effectuer », s'il ne s'agit pas d'une garantie à

totallement ignoré⁴⁹³. De même, d'après la Cour de cassation turque, bien que le contrat de garantie soit totallement indépendant du contrat de base, le garant s'engage pour un risque, et ce risque est déterminé par le contrat de crédit⁴⁹⁴. En revanche, dans ces derniers cas, il n'y a pas d'exception à l'indépendance de la garantie. Le garant n'est pas tenu de payer, car les conditions de l'appel à la garantie ne se sont pas réalisées⁴⁹⁵.

E. Conséquences juridiques du caractère accessoire du cautionnement et de l'indépendance de la garantie indépendante

235. Malgré toutes ces exceptions et l'existence d'avis divergents, la différence entre les contrats de garantie basée sur leur caractère accessoire ou indépendant n'est pas purement théorique. Dans cette partie de notre travail, nous allons étudier les conséquences juridiques de cette dichotomie.

1. Quant au moment de la naissance de la créance

236. Tout cautionnement nécessite une obligation principale. S'il n'y a pas d'obligation principale, on ne peut pas parler de cautionnement⁴⁹⁶. La

première demande. Dans ce dernier cas, une notification de la part de bénéficiaire est efficace pour l'appel à la garantie. DUBISSON, p. 119 ss.

⁴⁹³ GUGGENHEIM, *Bancaire*, p. 347 ; HORN, p. 88.

Selon l'exemple cité par Dessemontet, « dans une opération triangulaire classique, un institut de financement s'engage à octroyer des crédits à une entreprise d'import-export, à la condition que celle-ci lui cède par avance ses créances futures envers des tiers, dont les versements alimentent un compte de garantie ouvert auprès de l'institut de financement. Par la suite, l'entreprise diminue ses appels aux crédits contrairement aux prévisions des parties. Si la constitution de contre-garantie et la cession des créances sont des actes abstraits, l'entreprise d'import-export reste cependant tenue par l'engagement qu'elle a pris envers l'institut de financement et elle doit continuer à lui céder l'ensemble de ses créances futures ainsi qu'à alimenter le contre-garantie. » DESSEMONTET, p. 90.

⁴⁹⁴ 19. HD, E. 2001/8061, K. 2002/5973, T. 23.9.2002 (YKD 2003, v. 29, no. 2, p. 241).

⁴⁹⁵ Contrairement à l'opinion majoritaire de la doctrine, la raison du refus de paiement dans une telle hypothèse ne provient pas du contrat de base, mais de la garantie même. Voir *infra*, n. 709.

⁴⁹⁶ BK-WEBER, art. 111, n. 55 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 13, 16 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 19 ; FLURY-SCHMITT, p. 157 ; ÖZDEMİR, p. 261 ; BARLAS,

dette de la caution dépend de la naissance et de l'existence de la dette principale et de la possibilité de la déduire en justice⁴⁹⁷. Le cautionnement suit le sort de la dette principale en tant que droit accessoire⁴⁹⁸. Il n'existe pas si la dette principale est nulle dès l'origine, quelle que soit la cause de la nullité⁴⁹⁹, ou si la dette est invalidée ou révoquée postérieurement. Même si les parties ont voulu garantir une dette qu'elles croyaient à tort exister, le cautionnement est nul dès sa conclusion, même si l'obligation naît ultérieurement⁵⁰⁰.

237. En revanche, à défaut d'une convention contraire, la garantie est payable même si la dette de base n'est pas née, ou a pris fin, ou encore n'est pas exécutable notamment parce que le contrat de base est nul⁵⁰¹. En d'autres termes, le droit du bénéficiaire envers le garant, ou l'obligation du garant vis-à-vis du bénéficiaire ne dépend pas de la naissance et de l'existence de la dette principale et de la possibilité de la déduire en justice. La banque est tenue de payer dès que les conditions de la garantie sont réalisées, sans pouvoir opposer des exceptions provenant du contrat de base. En revanche, si l'appel à la garantie constitue un abus de droit évident, le garant peut l'opposer au bénéficiaire⁵⁰².

2. Quant au contenu de l'obligation

238. L'obligation de la caution est déterminée par rapport à l'obligation principale (art. 499 CO). Elle ne peut s'étendre au-delà de

Kredi, p. 950 ; SCHULTHESS, p. 80 ; de BIASIO, p. 113 ; TOBLER, p. 17 ss ; HEMMELER, p. 12 ; DESCHENAUX, Garantie, p. 10.

⁴⁹⁷ CR-MEIER, art. 492, n. 35 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 13 ; LOMBARDINI, p. 302, n. 47 ; FLURY-SCHMITT, p. 157 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 67 ; SCHULTHESS, p. 79 ss. Voir *supra*, n. 221.

⁴⁹⁸ ATF 113 II 434, 437, c. 2b (= JdT1988 I 185, 188) ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 13.

⁴⁹⁹ BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 76. « *Ohne Fälligkeit der Hauptschuld keine Fälligkeit der Bürgenschuld.* » GUT, p. 74.

⁵⁰⁰ SCYBOZ, p. 51.

⁵⁰¹ LOMBARDINI, p. 303, n. 48 ; ÖZDEMİR, p. 262. Par exemple, le désaccord entre les parties au contrat de vente ou d'entreprise, la nullité de ces contrats, l'invalidation du contrat de base pour cause de vice de consentement, la demeure du bénéficiaire ou les défauts de la chose vendue n'affectent en rien la validité de la garantie. SCHÖNLE, Missbrauch, p. 59. Cet auteur donne une explication à travers les articles régissant l'assignation, notamment en vertu de l'article 468 I CO. p. 59 ss. Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 200, n. 21.40.

⁵⁰² Voir *infra*, n. 699 ss ; pour les exemples, voir n. 715.

l'obligation principale, bien que le contenu de sa dette ne soit pas nécessairement le même que celui de la dette principale⁵⁰³. Elle suit dans une certaine limite les diminutions et les augmentations de l'obligation principale (art. 499, 500 CO). Si une personne s'engage pour une somme plus étendue que le montant de la dette principale, il s'agit soit d'une autre sûreté personnelle, soit d'un cautionnement qui n'est pas valable pour la partie en excès⁵⁰⁴.

239. En revanche, la dette du garant est une dette de payer une somme d'argent indépendamment du contrat de base. Le montant de cette somme peut être déterminé de manière forfaitaire à la conclusion du contrat ou par rapport au dommage subi par le bénéficiaire en raison de l'inexécution de la prestation garantie⁵⁰⁵. Les parties peuvent également fixer un montant maximum⁵⁰⁶. En principe, si le montant est déterminé de manière forfaitaire, l'augmentation de l'obligation du contrat de base ainsi que sa diminution (par exemple sur un paiement partiel par le donneur d'ordre), n'ont donc aucun effet sur la garantie⁵⁰⁷.

⁵⁰³ 13. HD, E. 2002/2275, K. 2002/5138, T. 6.5.2002 (IBD 2003, v. 77, no. 3, p. 796) ; CR-MEIER, art. 492, n. 35 ; BK-WEBER, art. 111, n. 55 ; LOMBARDINI, p. 604, n. 123 ; ROSSI, Garantie, p. 98, n. 268 ; von TUHR, Bemerkungen, p. 227 ; DESCHENAUX, Garantie, p. 10 ; BILGE, Mesuliyet, p. 99 ; OLGAC, Kefalet, p. 12 ; TANDOĞAN, II, p. 695 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 3 ; GRASSINGER, p. 17 ; ZEVLİLİLER, AYDOĞDU, PETEK, p. 402 ; BECK, art. 492, n. 93. Le débiteur principal et le créancier ne peuvent pas étendre la responsabilité de la caution sans son consentement à l'exception des modifications résultant de la nature de la chose, telles que les modifications découlant des dettes futures et variables, des livraisons successives ou du crédit en compte courant. SCYBOZ, p. 61.

Dans le même esprit, on peut dire que si la dette principale est conditionnelle, l'obligation de la caution doit l'être aussi et que si le débiteur principal n'est responsable qu'en cas de faute grave, la caution n'est responsable que lorsque cette condition est remplie. ERMAN, p. 414 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 3.

⁵⁰⁴ REİSOĞLU, Kefalet, p. 3.

⁵⁰⁵ En revanche, pour une partie de la doctrine, l'obligation du garant ne peut pas être une obligation de payer des dommages-intérêts. En effet, si on admet l'obligation de payer des dommages-intérêts, cela revient à dire qu'il y a une dépendance entre l'obligation du débiteur et l'obligation du garant ce qui s'avère contraire à l'indépendance des garanties. KAHYAOĞLU, p. 61 ss. Nous ne partageons pas cet avis. Voir *supra*, note. 290.

⁵⁰⁶ Voir *infra*, n. 606.

⁵⁰⁷ BÜSSER, p. 171, n. 580, p. 354, n. 1173. En revanche, les parties peuvent prévoir certaines clauses de « réduction automatique ». Voir *infra*, n. 626 ss.

240. En outre, la dette de la caution ne peut pas être exigible avant que la dette principale ne le soit⁵⁰⁸. En revanche, le garant peut être obligé de payer bien que la dette du débiteur principal ne soit pas exigible, n'existe plus ou soit invalide⁵⁰⁹.

241. De même, la caution a le droit et le devoir d'opposer au créancier toutes les exceptions provenant du contrat de base et appartenant au débiteur principal, sous réserve de celles qui portent sur la solvabilité du débiteur (art. 502 CO)⁵¹⁰. En revanche, le garant ne peut pas opposer au bénéficiaire des objections et des exceptions découlant du contrat de base si le contrat est qualifié de garantie indépendante⁵¹¹, sous réserve d'un appel abusif de la part du créancier⁵¹².

242. De plus, le créancier qui actionne la caution doit prouver non seulement l'existence du cautionnement, mais aussi celle de la dette

⁵⁰⁸ KLEINER, Bankgarantie, p. 31, n. 5.07; von TUHR, Bemerkungen, p. 246 ss; ERMAN, p. 414; BİLGE, Mesuliyet, p. 99; REİSOĞLU, Kefalet, p. 3; TANDOĞAN, II, p. 695; GRASSINGER, p. 187; OLGAC, Kefalet, p. 12. Une clause qui prévoit que l'exigibilité de la dette de la caution est antérieure à celle du débiteur principal est nulle.

⁵⁰⁹ KLEINER, Bankgarantie, p. 33, n. 5.10.

⁵¹⁰ CR-MEIER, art. 492, n. 35; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 22, art. 492, n. 13; BK-WEBER, art. 111, n. 54; LOMBARDINI, p. 302, n. 47; FLURY-SCHMITT, p. 157; BİLGE, Mesuliyet, p. 99; TANDOĞAN, II, p. 696, 818; OLGAC, Kefalet, p. 12; REİSOĞLU, Garantî, p. 66, Kefalet, p. 4, 79; ERMAN, p. 414; BARLAS, Teminat, p. 29; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 238; OĞUZMAN, ÖZ, p. 774; OFTINGER, Bankgarantien, p. 61; BÂR, p. 8, 23. En choisissant ces exceptions que la caution peut opposer au créancier, il faut tenir compte du « Zweck der Bürgschaft », qui est la sûreté de la solvabilité du débiteur principal. von TUHR, Bemerkungen, p. 228. Selon cet auteur, par exemple, si l'auteur d'une promesse de couverture qui l'unit au donneur d'ordre. LOGOZ, p. 55; DOHM, Garantie, p. 67, n. 99; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 58 ss; ERMAN, p. 417.

⁵¹¹ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 341, Garantie, p. 170; SPAINI, p. 42; GÜNAL, p. 971; AKYAZAN, Teminat, p. 22, 25; ARKAN, Teminat, p. 61; BARLAS, Kredi, p. 950, Teminat, p. 29. D'ailleurs, il ne sera pas possible pour le garant de faire valoir le rapport de couverture qui l'unit au donneur d'ordre. LOGOZ, p. 55; DOHM, Garantie, p. 67, n. 99; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 58 ss; ERMAN, p. 417.

⁵¹² Voir *infra*, n. 736 ss. Quant à la reprise cumulative de dette, l'article 145 I CO stipule que le reprenant ne peut opposer au créancier d'autres exceptions que celle qui résultent soit de ses rapports personnels avec ce dernier, soit de la cause ou de l'objet de l'obligation reprise. Il peut soulever, par exemple, comme exception la nullité pour vice de forme, l'illicéité, l'impossibilité d'exécution, la prescription et la compensation. CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 27; ENGEL, Traité, p. 841; von TUHR, ESCHER, 305 ss.

principale⁵¹³. Le bénéficiaire qui actionne le garant doit seulement prouver la réalisation des conditions prévues par la garantie.

243. La dépendance du cautionnement par rapport à l'obligation principale se manifeste aussi lorsque le créancier exerce ses droits formateurs. Si ce dernier veut par exemple résilier le contrat, il doit déclarer sa volonté non seulement au débiteur principal, mais également à la caution (art. 503 IV CO)⁵¹⁴. Aussi, quand il demande à la caution l'exécution de son obligation, il doit prouver l'existence des conditions non seulement du cautionnement, mais aussi du contrat de base⁵¹⁵. Dans le cadre de la garantie indépendante, l'obligation de paiement du garant dépend exclusivement de la réalisation des conditions déterminées par le texte de la garantie⁵¹⁶. Mais, il faut ajouter que la garantie présuppose également l'inexécution de la prestation du contrat de base par le débiteur principal pour que le garant effectue le paiement.

244. Enfin, la caution qui paie dispose d'un recours légal contre le débiteur principal selon l'article 507 CO. En revanche, selon la doctrine, le garant ne peut recourir au donneur d'ordre qu'en vertu du contrat passé entre eux⁵¹⁷.

3. Quant aux effets des changements que subit le contrat de base sur les contrats de garanties

245. La cession de la créance principale entraîne celle de la caution (art. 170 I CO)⁵¹⁸, à moins que le cédant et le cessionnaire ne conviennent que le cautionnement ne sera pas transféré. Dans ce cas, le cautionnement s'éteint puisqu'il ne peut pas avoir d'existence indépendante de tout autre

⁵¹³ ATF 122 III 125, 127, c. 2b (= JdT 1998 II 82, 84); REİSOĞLU, Kefalet, p. 4; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 21; BECK, art. 492, n. 94; OLGAC, Kefalet, p. 13.

⁵¹⁴ CR-MEIER, art. 492, n. 35; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 16; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 21.

⁵¹⁵ BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 16; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 21; TANDOĞAN, II, p. 696; VELIDEDEOĞLU, ÖZDEMİR, p. 687; ERMAN, p. 415.

⁵¹⁶ GUGGENHEIM, Garantie, p. 170, Contrats bancaires, p. 341.

⁵¹⁷ KLEINER, Bankgarantie, p. 35, n. 5.12; OĞUZMAN, ÖZ, p. 774. Voir cependant *infra*, n. 847.

⁵¹⁸ LOMBARDINI, p. 302, n. 47; DESCHENAUX, Garantie, p. 10; TANDOĞAN, II, p. 695.

rapport juridique⁵¹⁹. En matière de reprise de dette⁵²⁰, contrairement à la règle générale, la caution ne reste obligée envers le créancier que si elle a consenti à celle-ci (art. 178 II, 493 V CO)⁵²¹. De plus, le consentement de la caution doit se faire par écrit (art. 493 V CO)⁵²².

246. Le caractère indépendant de la garantie entraîne la conséquence suivante : les modifications du contrat de base n'affectent en principe pas les dispositions de la garantie⁵²³, à moins que les parties à la garantie, soit le bénéficiaire et le garant, n'en conviennent différemment. La cession des droits du bénéficiaire résultant du contrat de valeur n'entraîne en principe pas la cession automatique de la garantie au cessionnaire. Cette question est toutefois discutée en doctrine⁵²⁴. En matière de reprise de dette, on admet que les articles 493 V CO et 178 II CO ne sont pas applicables à la garantie du fait de son caractère indépendant. En revanche, il faudra admettre que si le contrat de garantie ne le prévoit pas expressément, la reprise privative de dette libère le garant de son obligation⁵²⁵.

⁵¹⁹ CR-MEIER, art. 492, n. 35 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 16 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 24 ; BİLGE, Mesuliyet, p. 99 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 3. En revanche, le droit d'obtenir le paiement de la caution ne peut pas être cédé séparément. LOMBARDINI, p. 603, n. 122. Voir ATF 78 II 57, 59 ss (= rés. JdT 1953 I 318 = SJ 1952, 545, 548).

⁵²⁰ Voir *infra*, n. 985 ss.

⁵²¹ Le cautionnement s'éteint s'il n'y a pas de consentement de la part de la caution au plus tard au moment de la reprise. CR-MEIER, art. 492, n. 35. Selon cet auteur, « la personne du débiteur, sa capacité, sa volonté de s'acquitter de la dette principale sont en effet d'une importance fondamentale pour la caution. La loi présume ainsi que le cautionnement est un droit accessoire inséparable de la personne du débiteur. » Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 16 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 25 ; BİLGE, Mesuliyet, p. 99 ; ATF 67 II 128, 131, c. 3 (= JdT 1942 I 85, 87) ; ATF 60 II 332, 333, c. 2 (= JdT 1935 I 168, 170).

⁵²² Le Tribunal fédéral et la doctrine considèrent comme nulle la clause du cautionnement par laquelle la caution consent d'avance à tout changement du débiteur principal. ATF 67 II 128, 131, c. 3 (= JdT 1942 I 85, 87). Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 18.

⁵²³ KAHYAOĞLU, p. 106. On peut donner comme exemple les clauses par lesquelles le montant de garantie diminue suite au paiement trait par trait de l'obligation principale.

⁵²⁴ Voir *infra*, n. 962 ss.

⁵²⁵ Voir *infra*, n. 991.

4. Quant aux effets de l'extinction de la dette principale sur les contrats de garantie

247. L'obligation de la caution s'éteint avec l'extinction de l'obligation principale (art. 509 I, 114 CO)⁵²⁶. Selon l'article 133 CO, la prescription de la créance principale entraîne celle de la créance découlant du cautionnement.

248. En revanche, la fin du contrat de base n'entraîne pas la fin de la garantie. Par exemple, si l'exécution du contrat devient impossible en raison d'un cas de force majeure, le bénéficiaire peut faire appel à la garantie, sous réserve d'un abus de droit⁵²⁷. De même, le paiement de la garantie n'a en principe pas d'effet libératoire sur le contrat de valeur ; en d'autres termes, le paiement de la garantie n'a pas de « *Tilgungswirkung* » sur le contrat de base⁵²⁸. En revanche, le débiteur peut opposer au bénéficiaire une exception qui lui permet d'éviter de payer afin que le bénéficiaire ne se retrouve dans une situation plus favorable que celle qui aurait été la sienne si la prestation garantie avait été exécutée^{529 530}.

⁵²⁶ 13. HD, E. 1998/8536, K. 1998/9756, T. 8.12.1998 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr) ; BECK, International, p. 528 ; GUHL, Cautionnement IV, p. 1 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 16 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 21 ; CR-MEIER, art. 492, n. 35 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 23 ; SCHULTHESS, p. 84 ss ; TOBLER, p. 32 ss ; OLGAC, Kefalet, p. 12 ; BK-WEBER, art. 111, n. 55 ; BECK, art. 492, n. 92 ; DESCHENAUX, Garantie, p. 10. « Il faut, *a fortiori*, assimiler à l'extinction de la dette, les réductions et autres allègements qui lui sont accordés. » ATF 60 II 294, 304, c. 4a (= JdT 1935 I 72, 78). Voir aussi 12. HD, E. 11483, K. 11776, T. 27.12.1973 (YKD 1975, v. 1, no. 12, p. 71 ss) ; BİLGE, Hüküm, p. 593 ss ; TANDOĞAN, II, p. 696 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 2. Dans cette optique, si le prêteur perd son droit de remboursement du crédit selon l'article 32 de la Loi fédérale sur le crédit à la consommation, il perd son recours envers la caution aussi, car cette dernière s'est engagée accessoirement. BELSER, Finanzierung, p. 215.

⁵²⁷ « De même en cas de dissolution d'un consortium soumissionnaire, la garantie de soumission reste due et les membres de la défunte société simple demeurent tenus de verser leur contre-garantie ». LOGOZ, p. 56.

⁵²⁸ BÜSSER, p. 91, n. 325 ; SPAINI, p. 25 ; KLEINER, p. 247 ss, n. 24.07.

⁵²⁹ BÜSSER, p. 130, n. 460, note. 567. Voir *infra*, n. 610.

⁵³⁰ Quant à la reprise cumulative de dette, le reprenant n'est pas libéré à chaque fois que le débiteur originaire l'est. ATF 129 III 702, 704, c. 2.1 (= JdT 2004 I 535, 537 = rés. RSJ 100, n. 1, 18). En vertu de l'article 147 II CO, « si l'un des débiteurs solidaires est libéré sans que la dette ait été payée, sa libération ne profite aux autres que dans la mesure indiquée par les circonstances ou la nature de l'obligation. »

II. Contrats créant des obligations causales ou abstraites

249. Selon une partie de la doctrine, la garantie indépendante est abstraite tandis que le cautionnement est causal⁵³¹. Doctrine et jurisprudence parlent de la nature abstraite (*abstrakter Natur*) de la garantie⁵³². Dans cette partie, nous allons examiner surtout le caractère abstrait de la garantie dans la mesure où il n'y a pas de discussion sur la nature causale du cautionnement.

A. Cautionnement

250. Selon cette doctrine, le cautionnement donne lieu à une obligation causale puisque le créancier qui fait la demande de paiement à la caution doit aussi démontrer l'existence de sa créance à l'égard du débiteur principal. En outre, la caution est assujettie à un engagement causal, car elle n'est obligée que si et dans la mesure où l'obligation principale est exigible.

251. Selon Dessemontet, une obligation causale n'a pas d'existence propre. En d'autres termes, pour qu'on puisse parler de l'existence d'une telle obligation, il faudrait *a priori* prouver l'existence d'une autre réalité : sa cause. Pour le cautionnement, qui est assujetti à un engagement causal, on pourrait dire que la caution n'est obligée que si et dans la mesure où l'obligation principale est exigible⁵³³. « Parfois on parle cependant de cautionnement indépendant. On vise alors le cas où plusieurs personnes ont garanti la même dette indépendamment les unes des autres (art. 497

⁵³¹ La doctrine admet que la cause d'un cautionnement est fournir une sûreté au créancier. TANDOĞAN, *Notions*, p. 90. On parle de la « *Zuwendung zum Zweck der Sicherung des Gläubiger*. » von TUHR, PETER, p. 200.

⁵³² ATF 117 III 76, 82, c. 7a (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991, p. 677, 683). BK-WEBER, art. 111, n. 56 ; ZOBL, p. 25, 32 ; EGGER, p. 13 ; GIGER, p. 252 ; KLEINER, *Zahlungspflicht*, p. 353 ss ; DESSEMONTET, p. 111 ; EMCH, RENZ, ARPAGAU, p. 387, n. 1197. En revanche, lorsqu'on parle du caractère abstrait de la garantie bancaire, on veut évoquer son caractère indépendant. Voir SCHNEEBERGER, p. 75. Cependant, cet auteur ne différencie pas les garanties similaires au cautionnement des garanties pures.

⁵³³ DESSEMONTET, p. 84, 111.

IV CO). Dans ce cas également, leur garantie est dépendante du rapport de base. Le cautionnement n'est donc pas un engagement abstrait. »⁵³⁴

B. Garantie indépendante

252. D'après la même doctrine, la garantie est abstraite car le bénéficiaire peut demander le paiement sans démontrer sa créance à l'égard du donneur d'ordre⁵³⁵ et sans prouver l'existence d'une cause valable. Si les conditions du paiement sont réalisées, le garant est tenu de s'exécuter, qu'il soit couvert ou non par le donneur d'ordre, que ce dernier fasse faillite ou ait trompé le garant. On constate qu'il n'est guère possible pour le garant d'invalider son engagement⁵³⁶.

253. Dessemontet définit l'abstraction comme « le mécanisme par lequel une obligation est érigée en une grandeur indépendante, coupée des mobiles des parties et distincte de l'acte juridique immédiatement antérieur qui lui a donné naissance. »⁵³⁷ L'obligation abstraite se détache de sa cause et s'identifie de manière autonome. Si on admet que l'engagement est abstrait, on admet simultanément que les modifications du contrat de base n'affectent pas la garantie⁵³⁸.

254. Selon cette doctrine, étant des contrats abstraits, les contrats de garanties sont valables dès leur émission, selon leurs propres termes et conditions, indépendamment, le cas échéant, des termes et conditions de tout autre contrat de base⁵³⁹. L'objet de la garantie diffère de celui de

⁵³⁴ *Idem*, p. 84.

⁵³⁵ « Il peut obtenir le paiement de la garantie alors même que le donneur d'ordre est titulaire de créances qu'il pourrait opposer en compensation au bénéficiaire ou qu'il n'a pas sauvegardé ses droits vis-à-vis du donneur d'ordre, débiteur principal. » LOMBARDINI, p. 303, n. 48.

⁵³⁶ « Néanmoins, la banque émettrice d'une garantie ou d'une contre-garantie peut être empêchée d'honorer son engagement compte tenu de mesures d'embargo prises à l'encontre des bénéficiaires ultimes. C'est notamment ce qui s'est passé lors de la crise irakienne du début des années 90. » *Idem*, p. 303, n. 49.

⁵³⁷ DESSEMONTET, p. 74.

⁵³⁸ Par contre, en droit italien, si la garantie est muette en ce qui concerne les modifications du contrat principal, il faut quand même tenir pour nul l'engagement de la banque en cas de modification, sans accord, des conditions auxquelles elle s'était originellement engagée. MAZZONI, p. 299.

⁵³⁹ DOHM, *Garantie*, p. 67, n. 98 ; GIGER, p. 252 ; DESSEMONTET, p. 75 ss, 111. Selon ce dernier, en cas de contradiction entre le texte de garantie et celui du contrat de base, c'est le texte de la première qui est déterminant. Il s'agit d'un résultat

l'engagement de base. Le bénéficiaire pourrait exiger le paiement de la part de la banque dans tous les cas, et non uniquement lorsque le donneur d'ordre n'a pas exécuté sa prestation en violation du contrat, mais également lorsque ce contrat n'est pas venu à chef ou qu'il a perdu sa force obligatoire pour les parties⁵⁴⁰. Et cela sans que le garant puisse opposer les exceptions provenant du contrat de base⁵⁴¹ ni qu'il puisse avoir la possibilité de « compenser⁵⁴² ».

C. Critiques

255. Garantie indépendante et cautionnement ne peuvent pas être distingués du simple fait que la première serait abstraite et le second causal. Tout d'abord, si on comprend le caractère causal du cautionnement en ce sens que la caution ne répond qu'à concurrence de ce à quoi le débiteur principal est tenu et le caractère abstrait en ce sens que le garant ne peut pas opposer au créancier les exceptions résultant du contrat de base, les concepts d'accessorité et d'indépendance sont suffisants pour exprimer cette idée. En d'autres termes, lorsque la doctrine parle du caractère abstrait de la garantie, elle ne fait allusion qu'à son caractère indépendant. En effet, selon elle, le caractère abstrait de la garantie signifie que, faisant usage de la liberté contractuelle, les parties ont la possibilité de mettre à l'écart le principe de l'accessorité du cautionnement⁵⁴³. Par exemple, selon Dessemontet, dans un sens large, l'abstraction désigne l'autonomie de l'engagement lorsqu'il y a une liaison économique entre plusieurs actes générateurs et que parmi ses actes, les uns sont indépendants des autres⁵⁴⁴. La doctrine cherche donc à mettre en évidence l'indépendance de l'engagement du garant par rapport aux obligations du

logique de la pratique des affaires internationales, surtout quand une garantie indirecte est en question.

⁵⁴⁰ DOHM, Garantie, p. 67, n. 98.

⁵⁴¹ KLEINER, Bankgarantie, p. 163, n. 18.01.

⁵⁴² DESSEMONTET, p. 100. Ceci est cependant discuté dans la doctrine. Voir *infra*, n. 768 ss.

⁵⁴³ Selon Büsser également, quand la doctrine parle du caractère abstrait de la garantie bancaire, elle le confond avec son caractère indépendant. BÜSSER, p. 213, n. 712. Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 166 ss, n. 18.04. Selon Dohm, par exemple, la clause d'arbitrage qui se trouve dans le contrat de base ne peut pas s'appliquer aux litiges du contrat de garantie parce que ce dernier est abstrait. DOHM, Schiedsgerichts, p. 101. En revanche, à notre avis, ce dernier exemple ne concerne pas le caractère abstrait de la garantie, mais son caractère indépendant.

⁵⁴⁴ DESSEMONTET, p. 74. Voir aussi DOHM, Garantie, p. 67, n. 99.

donneur d'ordre⁵⁴⁵. Pour ce faire, il n'est toutefois pas nécessaire de recourir à la notion floue d'acte abstrait, mais il suffit de se baser sur le concept d'accessorité⁵⁴⁶.

256. Ensuite, l'obligation dite abstraite se distingue de l'obligation causale de la manière suivante : « les actes d'attribution sont causals lorsque leur validité dépend de l'existence d'une cause valable. Par contre, ils sont abstraits, lorsqu'ils produisent leurs effets indépendamment de l'existence d'une cause valable. »⁵⁴⁷ Un contrat abstrait est un contrat par lequel l'une des parties promet une prestation à l'autre sans conclure en même temps un accord sur la cause de l'obligation ainsi assumée⁵⁴⁸. De ce point de vue, comme tous les contrats, la garantie présuppose une cause qui réside dans la fonction de sûreté que les parties ont voulu réaliser et ne peut donc pas être qualifiée d'abstraite.

257. En outre, même l'article 17 CO, qui a longtemps poussé la doctrine à penser que les parties peuvent créer une dette sans cause, autrement dit, que seule une déclaration de volonté peut engendrer une créance indépendante de la cause de la dette⁵⁴⁹, prévoit seulement que le fardeau de la preuve incombe au débiteur qui refuse de payer⁵⁵⁰ ; et cela malgré

⁵⁴⁵ Il convient dès lors de préciser que l'engagement du garant est « détaché » de sa cause en ce sens que le garant ne pourrait opposer au bénéficiaire aucune exception provenant du rapport de base. VELU, p. 231.

⁵⁴⁶ POULLET, Représentation, p. 40.

⁵⁴⁷ TANDOĞAN, Notions, p. 92.

⁵⁴⁸ YUNG, p. 11. « *Eine obligatorische Schuldpflicht wird im rechtstechnischen Sinn als abstrakt bezeichnet, wenn sie keinen Rechtsgrund (im objektiven Sinn) besitzt oder ihren bestehenden Rechtsgrund nicht nennt. Im ersteren Fall spricht man von einer <materiell abstrakten> Verpflichtung, im letzteren Fall von einer <formell abstrakten> Verpflichtung.* » BÜSSER, p. 208, n. 695. Voir aussi GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 256, n. 1179, 1181, 1183 ; BaK-SCHWENZER, art. 17, n. 8 ss, Obligationenrecht, p. 16, n. 3.44 ; EREN, p. 178 ; GUHL, Obligationenrecht, p. 100, n. 25 ; ZK-SCHÖNENBERGER, JÄGGI, art. 17, n. 14.

⁵⁴⁹ « ... und zwar als eine Willenserklärung, aus der eine vom Schuldgrund unabhängige Forderung entsteht... » von TUHR, PETER, p. 267. Voir aussi ZK-SCHÖNENBERGER, JÄGGI, art. 17, n. 13.

⁵⁵⁰ La doctrine ancienne, sous l'influence de von Tuhr, admettait la possibilité de créer des obligations abstraites en vertu de l'article 17 CO et de l'article 67 II CO. Selon cette disposition, « si l'enrichissement consiste en une créance contre la partie lésée, celle-ci peut en refuser le paiement lors même que ses droits seraient atteints par la prescription. » Ce qui veut dire, pour les tenants de cette thèse, qu'on peut créer des obligations sans cause, car si cette possibilité n'existait pas, l'article 67 II CO aurait dû perdre tout son sens. Si la créance abstraite est nulle faute de cause, il ne pourrait être question d'un enrichissement. von TUHR, PETER, p. 270 ss. Voir aussi OĞUZMAN, ÖZ, p. 154 ; ZK-SCHÖNENBERGER, JÄGGI, art. 17, n. 13. La

son contenu : « la reconnaissance d'une dette est valable, même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation. » Le débiteur doit prouver l'inexistence de la dette⁵⁵¹. Autrement dit, une dette reconnue de telle manière fait présumer son existence. Il s'agit d'une « abstraction probatoire » (*Beweisabstraktheit*)⁵⁵². « Une reconnaissance de dette – même abstraite – a pour objet une obligation causale [...] »⁵⁵³ La reconnaissance de la dette est « formellement abstraite » plutôt que « matériellement abstraite »⁵⁵⁴. Elle doit toujours reposer sur une cause valable⁵⁵⁵.

doctrine plus récente a cependant démontré que l'abstraction ne joue un rôle qu'au niveau de la preuve. Dans le système juridique suisse et le système juridique turc, il est impossible d'admettre une obligation abstraite. YUNG, p. 93 ss, en particulier 114 ss ; TANDOĞAN, Notions, p. 101 ss ; MUSTER, p. 123 ss, 131 ; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 140 ; CR-Du PASQUIER, art. 17, n. 2 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 17, n. 12 ss ; von BÜREN, Allgemeiner, p. 188. « L'obligation abstraite n'est pas isolée de sa cause, elle ne l'est que provisoirement. » YUNG, p. 17.

⁵⁵¹ « En droit suisse, lorsqu'on dit qu'une reconnaissance de dette est abstraite, on entend simplement que la cause de l'obligation n'est pas énoncée dans l'engagement. Mais une telle cause doit exister et être valable ; bien qu'elle ne soit pas exprimée, elle est la condition nécessaire de l'obligation : la reconnaissance de dette abstraite a pour objet une obligation causale. Quand le créancier invoque une reconnaissance de dette abstraite, le débiteur peut toujours se prévaloir de l'inexistence de la dette et soulever toutes les exceptions qui peuvent être fondées sur le rapport juridique à la base de reconnaissance [...] Le seul effet de la reconnaissance de dette abstraite est de renverser le fardeau de la preuve : le créancier n'a pas à prouver la cause de sa créance ; c'est au débiteur qui conteste sa dette d'établir quelle est la cause de l'obligation et de démontrer que cette cause n'est pas valable ou ne peut être invoquée. » ATF 105 II 183, 187, c. 4a (= rés. JdT 1980 I 221). Voir aussi ATF 100 III 79, 86, c. 6 (= JdT 1976 II 53, 60) ; ATF 96 II 25, 26, c. 1 (= rés. JdT 1971 I 428) ; ATF 75 II 293, 296, c. 3a (= JdT 1950 I 301, 304) ; ATF 65 II 66, 84, c. 10 (= JdT 1939 I 390, 405) ; BUCHER, p. 59 ss ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 256, n. 1181, 1183 ; CR-Du PASQUIER, art. 17, n. 7 ; MUSTER, p. 124 ss ; BK-KRAMER, SCHMIDLIN, art. 17, n. 23 ; BK-BECKER, art. 17, n. 3 ; SCHWENZER, Obligationenrecht, p. 18, n. 3.48 ; von BÜREN, Allgemeiner, p. 188. « *Die causa wird also vermutet, es wird nicht von Gesetzes wegen davon dispensiert.* » ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 17, n. 13.

⁵⁵² « ... *Sein Versprechen bedeutet zugleich einen Verzicht darauf, im Streitfalle den Gläubiger zu zwingen, den Rechtsgrund zu substantiieren.* » BK-KRAMER, SCHMIDLIN, art. 17, n. 22. Voir aussi GIGER, p. 258.

⁵⁵³ MUSTER, p. 123.

⁵⁵⁴ TERCIER, Obligations, p. 69, n. 289 ss ; BÜSSER, p. 208 ss, n. 695 ss. Pour cet auteur en revanche, la garantie bancaire n'est pas formellement abstraite non plus si on peut connaître son but de sûreté (*Sicherungszweck*) en tant que résultat de son « *Geschäftszweck* ». *Idem* 215, n. 719, p. 216, n. 721. Le garant s'engage pour une obligation déterminée du débiteur principal. Cela ressort en général clairement du libellé de la garantie. En revanche, il se peut que, exceptionnellement, la garantie ne

258. En conséquence, bien que le garant s'engage sans énoncer la cause de son obligation, il n'assume pas une obligation abstraite. Il promet d'effectuer le paiement au cas où un risque déterminé par le contrat de garantie aurait lieu⁵⁵⁶. En d'autres termes, on peut dire que le but du système est d'inverser les rôles, comme dans la reconnaissance de dette qui ne mentionne pas la cause. Le créancier probable n'a rien d'autre à faire que de déclarer qu'il fait appel à la garantie, c'est au débiteur d'intervenir⁵⁵⁷. Autrement dit, au lieu de plaider et de réclamer un dédommagement, le bénéficiaire fait son appel en garantie et c'est à l'autre partie au contrat de base, c'est-à-dire au donneur d'ordre, d'exercer l'action et d'apporter la preuve de la bonne exécution de sa prestation, s'il allègue que l'appel était injustifié et s'il désire la restitution de la somme versée⁵⁵⁸. Lorsqu'on parle de la nature abstraite de la garantie, on veut donc dire qu'elle est abstraite quant à la justification de l'appel à la garantie.

259. Les auteurs suivants n'admettent pas non plus que les garanties indépendantes soient des engagements abstraits.

fasse aucun renvoi à aucun autre contrat : « [...] *wir verpflichten uns, Ihnen auf Ihr erstes Verlangen Fr. [...] zu zahlen.* » Dans ce cas « *muss der Verpflichtete nachweisen, dass sein Versprechen in Wirklichkeit trotzdem an einen konkreten Sicherungszweck gebunden ist* » car il s'agit d'une garantie formellement abstraite. *Idem*, p. 215 ss, n. 719 ss. Par contre, d'après le même auteur, même dans ce cas-là, c'est au garant de prouver, en vertu du principe de la « répartition de la fardeau de la preuve (*Beweislastverteilung*) », que le risque garanti n'est pas survenu. *Idem*, p. 216, n. 721. En revanche, il est possible de conclure des garanties formellement abstraites. Voir aussi BUCHER, p. 57 ss.

⁵⁵⁵ La reconnaissance d'une dette illicite ou contraire aux mœurs est nulle. DESSEMONTET, p. 92 ; KAHYAOĞLU, p. 97. « Une déclaration de responsabilité à la suite d'un accident ne lie pas son auteur si les parties étaient dans l'erreur quant aux fautes commises ». ATF 96 II 25, 27, c. 2b (= rés. JdT 1971 I 428). Voir aussi BARLAS, Teminat, p. 66.

⁵⁵⁶ REİSOĞLU, Teminat, p. 86.

⁵⁵⁷ Dans la pratique, on voit de plus en plus que le débiteur intervient fréquemment pour bloquer la garantie et tenter de regagner le terrain perdu. DESSEMONTET, p. 84 ss. Voir aussi REİSOĞLU, Taahhüt, p. 79 ; PLEYER, p. 187 ; KLEINER, Suisse, p. 207 ; STREULE, p. 146 ss ; GIGER, p. 258.

⁵⁵⁸ STREULE, p. 147 ; LOGOZ, p. 28, 71. Voir aussi ROESLE, p. 84. Il s'agit encore un résultat de l'adage « *erst zahlen, dann prozessieren.* » « *Das heisst, die Garantiebank verzichtet mangels sofortiger Beweisbarkeit zwar auf die Einwendung des zweckwidrigen Garantiabrufsm behält sich aber vor, die allenfalls zweckwidrig abgerufene Garantiesumme vom Begünstigten nachträglich zurückzuverlangen.* » BÜSSER, p. 152, n. 527.

260. Selon Giger, si en matière de garanties, le caractère abstrait signifie uniquement que le garant doit effectuer le paiement, même si le cas de garantie ne s'est, en fait, pas réalisé malgré les affirmations contraires du bénéficiaire, la doctrine récente parle alors d'une abstraction relative, en ce sens que l'abstraction absolue n'existe que quant à la preuve⁵⁵⁹.

261. Pour Dohm, « la garantie bancaire n'est en revanche pas abstraite et indépendante du rapport contractuel de base en ce sens qu'elle serait à même de justifier un déplacement patrimonial en faveur du bénéficiaire même si le cas de garantie ne s'était effectivement pas réalisé [...] les paiements que la banque a effectués en faveur du bénéficiaire sans cause valable doivent être répétés, compte tenu de ce contrat de base. »⁵⁶⁰

262. Pouillet considère également que « si la cause, en droit allemand, est la fonction économique et sociale d'un contrat, la garantie a une fonction économique et sociale tout comme le cautionnement. »⁵⁶¹

263. Pour Zobl, il faut refuser l'idée selon laquelle la garantie est une reconnaissance abstraite de la dette. En effet, une telle reconnaissance présuppose une obligation primaire, mais la garantie crée une obligation subsidiaire étant donné qu'elle ne naît que si le donneur d'ordre n'exécute pas la prestation garantie⁵⁶².

264. Pour Tandoğan également, dans ce cas-là, qui présuppose un rapport triangulaire, il ne s'agit pas d'obligations abstraites, mais d'opposabilité de certaines exceptions ou de certains moyens de défense tirés des relations avec les tiers⁵⁶³.

⁵⁵⁹ GIGER, p. 258 ss. Voir aussi ZOBL, p. 30.

⁵⁶⁰ DOHM, Garantie, p. 67 ss, n. 100 ss. Voir aussi RAPP, p. 263. Dans un arrêt rendu récemment, le Tribunal fédéral a discuté le caractère abstrait d'un billet à ordre. Selon la Cour, le billet à ordre ne contient qu'un engagement inconditionnel et irrévocable de payer, sans indication de la cause de l'obligation. Cela ne signifie pourtant pas que celle-ci soit détachée du rapport juridique de base. L'unique résultat de son caractère abstrait est le renversement du fardeau de la preuve et cela correspond à la notion d'abstraction au sens de l'art. 17 CO qui ne prévoit pas, sauf accord contraire, d'exclusion matérielle des exceptions pour le débiteur. ATF 127 III 559, 563 ss, c. 4a (= JdT 2002 I 201, 205).

⁵⁶¹ POULLET, Représentation, p. 39. Pour l'admission de la dette abstraite en droit allemand, voir aussi PLEYER, p. 188 ss.

⁵⁶² ZOBL, p. 30.

⁵⁶³ TANDOĞAN, Notions, p. 102 ss. *Contra* YUNG, p. 12 ss. Selon cet auteur, qui soutient en principe la causalité des obligations en droit suisse, il est exceptionnellement possible de créer des obligations abstraites dans certains rapports

265. Selon Horn, on peut admettre la garantie comme causale et sa nature causale est extrêmement importante, car elle nous permet de mieux comprendre le problème de l'appel abusif « *und ihrer rechtlichen Abwehr* »⁵⁶⁴.

266. En bref, si le garant doit effectuer le paiement sur la première demande du bénéficiaire, ce paiement n'est pas définitif et peut être répété sur la base du contrat de base lorsque le cas de garantie n'est pas effectivement réalisé⁵⁶⁵. En d'autres termes, il ne s'agit point d'une obligation abstraite car la garantie couvre bel et bien un risque⁵⁶⁶.

267. De plus, si on prend la cause dans le sens qu'Engel lui a donné, soit comme le terme juridique du « pourquoi » de l'acte⁵⁶⁷, on ne tardera pas à dire que le pourquoi de la garantie est le contrat de base. Le Tribunal fédéral affirme également que la garantie se différencie de la reconnaissance de dette par sa fonction de sûreté puisque le garant ne promet le paiement qu'en cas de réalisation du risque garanti⁵⁶⁸.

268. Enfin, si on considère la garantie comme une dette abstraite, on ne voit pas comment il serait possible de l'invalider pour vices du consentement, immoralité ou contrariété aux mœurs notamment⁵⁶⁹. Néanmoins, le Tribunal fédéral a déjà admis qu'une reconnaissance de dette, institution considérée comme créant une obligation abstraite, peut être entachée d'erreur et contestée pour ce vice⁵⁷⁰.

triangulaires (dont l'obligation et la cause font l'objet de deux conventions distinctes). Une promesse obligatoire peut être parfaitement abstraite lorsqu'elle est faite par le débiteur pour réaliser un but juridique qui ne concerne pas le patrimoine du créancier, mais celui d'un tiers.

⁵⁶⁴ HORN, p. 90. Voir aussi DOHM, Garantie, p. 67 ss, n. 100 ss.

⁵⁶⁵ RAPP, p. 264 ; GUTZWILLER, p. Cristoph, p. 247, 248. Voir aussi VELU, p. 232 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 165, n. 18.02.

⁵⁶⁶ KLEINER, Bankgarantie, p. 164, n. 18.02, p. 167, n. 18.05 ; ARKAN, Teminat, p. 61.

⁵⁶⁷ ENGEL, Obligations, p. 155.

⁵⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 5 août 1998, 4C.259/2000, c. 2a, in : Journée 2000 de droit bancaire et financier, Berne 2001, p. 239. Voir aussi ZR 1987 n. 40, p. 89, 92, c. 3.5 ; SJ 1984 457, 463, c. 3.

⁵⁶⁹ Dans ce sens, voir YUNG, p. 11 ; TANDOĞAN, Notions, p. 93. Il est utile de préciser qu'à l'exception d'immoralité ou de contrariété aux mœurs, le garant ne peut invalider la garantie pour un vice affectant le contrat de base ou le contrat de couverture. C'est le résultat de l'indépendance de la garantie. En revanche, comme c'est le cas pour la reconnaissance de dette (voir MUSTER, p. 114), le garant peut invalider la garantie pour les causes qui l'affectent directement.

⁵⁷⁰ ATF 96 II 25, 26, c. 1 (= rés. JdT 1971 I 428).

CHAPITRE TROISIEME :

DIFFERENCES RELATIVES AUX CONDITIONS DE LA NAISSANCE DE LA CREANCE

269. Selon l'article 492 II 2^{ème} phrase du Code des obligations : « le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ». A l'article 493 CO, le législateur nous donne les règles de forme du cautionnement, après avoir dit au premier alinéa que la validité du cautionnement est subordonnée à la déclaration écrite de la caution et à l'indication numérique, dans l'acte même, du montant total à concurrence duquel la caution est tenue.

270. En revanche, comme la garantie indépendante est un contrat innommé, aucune prescription de forme ne la régit. Il faut donc appliquer les règles de la partie générale du Code des Obligations et, par conséquent, admettre la liberté de forme pour les garanties indépendantes (art. 11 I CO).

271. Les règles générales sur la capacité de contracter s'appliquent aux garanties. Les personnes n'ayant pas l'exercice des droits civils (soit les mineurs et les personnes sous tutelle) ne peuvent garantir les dettes d'autrui⁵⁷¹. De même, les personnes sous conseil légal gérant (art. 395 I 9 CC) ne peuvent se porter caution sans le consentement du conseil légal⁵⁷². Ce consentement, qui peut être donné sous forme d'autorisation, de concours ou de ratification⁵⁷³, n'est subordonné à l'observation d'aucune

⁵⁷¹ ATF 63 II 129, 130, c. 1 (= rés. JdT 1938 I 88).

⁵⁷² SCYBOZ, p. 77 ; KARAHASAN, p. 1213 ss. En outre, aucun cautionnement ne peut être souscrit aux dépens du pupille (art. 408 CC). Si un tuteur ou un pupille signe un cautionnement au nom de ce dernier, il n'est pas valable. Cette invalidité est absolue, en ce sens que le consentement de la personne après la fin de la curatelle ne rend pas le contrat valable. Il faut que les parties concluent un autre cautionnement. 19 HD. E. 2001/2053, K. 2001/6100, T. 2.10.2001 (YKD 2003, v. 29, no. 1, p. 80). « *Der Gesetzgeber brachte mit dieser Bestimmung seine Überzeugung zum Ausdruck, dass nur derjenige sein Vermögen durch Bürgschaftsvertrag erheblichen Gefahren aussetzen kann, der fähig ist, selbständig am Rechtsleben teilzunehmen.* » BELSER, Finanzierung, p. 209.

⁵⁷³ CR-MEIER, art. 492, n. 21.

forme spéciale⁵⁷⁴. La question se pose encore de savoir si cet article est également applicable en matière de garantie indépendante. La doctrine admet que la liste des actes énumérés à l'article 395 I CC est exhaustive et que cette disposition doit être interprétée restrictivement⁵⁷⁵. A notre avis, puisque le but de l'article 395 CC est la protection de la personne sous conseil légal, le chiffre neuf de cet article devrait également s'appliquer à la garantie indépendante qui expose la partie engagée à un risque plus grand encore qu'en matière de cautionnement. Admettre l'hypothèse inverse reviendrait à dire que la personne sous conseil légal ne peut se porter caution mais qu'elle peut garantir une dette par une garantie indépendante. Cette solution permettrait d'éluder trop facilement le but protecteur de l'article en question⁵⁷⁶.

272. Du point de vue du contrat de garantie, il est uniquement nécessaire que le créancier ait la capacité de discernement (art. 19 CC), pour autant qu'il n'assume pas une obligation⁵⁷⁷. Pour le débiteur principal, non plus, la capacité d'exercice des droits civils n'est pas une exigence. Le débiteur peut être sous l'autorité parentale du garant, cela n'affecte pas la validité du contrat de garantie.

273. Dans cette partie de notre travail, nous allons examiner les règles relatives à la forme des garanties ainsi que les autres conditions de sa validité.

§1 FORME DE LA GARANTIE

I. Cautionnement

274. Avec les modifications de 1941, des règles régissant le cautionnement, le législateur a importé dans le Code des obligations des conditions de forme très strictes dans le but de sauvegarder les intérêts de la caution⁵⁷⁸, surtout lorsque celle-ci est une personne physique⁵⁷⁹. On peut

⁵⁷⁴ ATF 75 II 337, 341 ss, c. 1 (= JdT 1950 I 362, 365 ss).

⁵⁷⁵ DESCHENAUX, STEINAUER, p. 57 ss, n. 184 ss.

⁵⁷⁶ Du moment que le législateur n'a pas réglé la garantie indépendante dans le Code, il semble normal qu'il n'ait pas non plus fait allusion à celle-ci à l'article 395 CC.

⁵⁷⁷ SCYBOZ, p. 17; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 7, 126; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 8.

⁵⁷⁸ ATF 129 III 702, 705, c. 2.2 (= JdT 2004 I 535, 538 = rés. RSJ 100, n. 1, 18); ATF 119 Ia 441, 442, c. 2c (= JdT 1994 I 614, 615); ATF 111 II 175, 178, c. 3a (= JdT

dire que le législateur a voulu sauvegarder les intérêts de celle-ci en l'empêchant d'assumer une obligation d'une manière irréfléchie et en la rendant attentive à l'étendue de son engagement⁵⁸⁰.

275. Les prescriptions de forme dominant tout le domaine du cautionnement. Elles doivent être respectées non seulement pour le cautionnement simple et le cautionnement solidaire, mais aussi pour la promesse de cautionner, et pour le mandat spécial de cautionner (art. 493 VI CO)⁵⁸¹. Elles sont des « *Gültigkeitserfordernis* ». En conséquence, si le cautionnement ne revêt pas les formes prévues par la loi, il n'est pas valable (art. 11 CO)⁵⁸².

276. Dans la mesure où seule la caution s'engage, seule sa déclaration de volonté est soumise à une forme, tandis que l'acceptation du créancier est valable sans qu'elle ne doive en respecter aucune. Elle peut même être

1988 II 2, 6); RSJ 79, n. 35, 214, 215; RVJ 1982, 236, c. 1a et 238, c. 2a; ATF 93 II 379, 383, c. 4b (= JdT 1968 I 338, 343); DUPERREX, Crédit, p. 83; WACKE, p. 17; CR-MEIER, art. 493, n. 1; BECK, art. 493, n. 1. En revanche, selon la jurisprudence, les règles de forme n'ont pas été édictées dans l'intérêt public et ne font pas partie de l'ordre public suisse au sens de l'art. 17 LDIP. ATF 111 II 175, 178, c. 3a (= JdT 1988 II 2, 6); ATF 93 II 379, 382 c. 4a (= JdT 1968 I 338, 342). *Contra* ATF 64 II 346, 350, c. 1 (= JdT 1939 I 167, 171). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'ordre public. En l'espèce, le droit étranger admettait la validité du cautionnement quand bien même l'acte ne contenait aucun élément permettant à la caution de se rendre compte de l'étendue de son engagement.

⁵⁷⁹ De telles conditions de forme ne sont prévues ni pour la garantie ni pour la reprise cumulative de dette. En revanche, une promesse de reprise cumulative à titre gratuit doit être passée en la forme écrite (art. 243 CO). ATF 79 II 151, 153 (= JdT 1954 I 112, 114).

⁵⁸⁰ ATF 129 III 702, 705, c. 2.2 (= JdT 2004 I 535, 538 = rés. RSJ 100, n. 1, 18); ATF 111 II 175, 178, c. 3a (= JdT 1988 II 2, 6); ATF 93 II 379, 383, c. 4b (= JdT 1968 I 338, 343); DUPERREX, Crédit, p. 84, SCYBOZ, p. 84; HANDSCHIN, p. 227. Le législateur a ainsi voulu sauvegarder la situation économique de la famille de la caution. BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 1. Mais, les règles sur la protection visent à sauvegarder la caution qui vit en Suisse. BECK, International, p. 516.

⁵⁸¹ BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 3. La loi ne fait que confirmer inutilement l'article 22 II CO. CAVIN, Cautionnement, p. 39.

⁵⁸² BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 3; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 3, 11; REICHEL, RSJ 20, p. 178; BK-BECKER, a.art. 493, n. 7; KARAHASAN, p. 1216; VELIDEDEOGLU, ÖZDEMIR, p. 688; BECK, art. 493, n. 14; AKEV, p. 341. Il faut en outre faire attention au contournement de la loi. Il se peut qu'une personne qui veut en fait se porter caution solidaire s'engage en tant que débiteur solidaire. Une telle obligation ne sera pas valable pour cause de fraude à la loi. KADERLI, p. 241. Toutefois, un cautionnement conclu par une forme plus stricte par rapport à ce qui est prévu par le code est bel et bien valable.

tacite⁵⁸³. Dans la pratique, l'acceptation intervient également par actes concluants ou par la cosignature de l'acte⁵⁸⁴.

277. Les exigences de forme comprennent tous les points objectivement et subjectivement essentiels⁵⁸⁵ et doivent être respectées pour chaque type de forme et pour chaque type de cautionnement.

278. Sont objectivement essentiels les éléments suivants : la signature de la caution⁵⁸⁶, l'identité de la caution⁵⁸⁷, l'identité du créancier⁵⁸⁸, la mention de la dette garantie⁵⁸⁹, la déclaration de cautionnement en tant

⁵⁸³ BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 2 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 9 ; KARAHASAN, p. 1217. Voir également LOMBARDINI, p. 617, n. 169 ; BECK, art. 492, n. 70 ; von SALIS, p. 266. A l'exception des cas dans lesquels la loi exige le respect d'une forme, la signature du créancier n'est pas nécessaire même si ce dernier s'engage à l'égard de la caution. CR-MEIER, art. 493, n. 2.

⁵⁸⁴ CR-MEIER, art. 493, n. 2.
⁵⁸⁵ RFJ 1999 240, 243, c. 2a (aa) ; ATF 125 III 131, 133, c. 4b (= JdT 1999 I 470, 471) ; ATF 119 Ia 441, 442, c. 2c (= JdT 1994 I 614, 615) ; JdT 1993 III 34, 37, c. 5 ; 13. HD, E. 1994/2273, K. 1994/4114, T. 26.4.1994 (www.kazanci.com.tr) ; MOOSER, p. 261 ; CR-MEIER, art. 493, n. 3 ; LOMBARDINI, p. 617 ; n. 172 ; TANDOĞAN, II, p. 749. « Dans les cas où des formules bancaires préimprimées sont utilisées en complément à un autre acte (acte en brevet), elles doivent être couvertes par la forme authentique dès le moment où elles contiennent des éléments objectivement et subjectivement essentiels qui ne figurent pas dans <l'acte en brevet>. L'acte spécialement confectionné par le notaire doit présenter une unité avec la formule bancaire. » MOOSER, p. 262.

⁵⁸⁶ BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 7. « La signature électronique qualifiée, basée sur un certificat qualifié émanant d'un fournisseur de services de certification reconnu au sens de la loi du 19 décembre 2003 sur la signature électronique est assimilée à la signature manuscrite. Les dispositions légales ou conventionnelles contraires sont réservées. » art. 14 II^{bis} CO.

⁵⁸⁷ CR-MEIER, art. 493, n. 4 ; KARAHASAN, p. 1218.

⁵⁸⁸ OLGAC, Kefalet, p. 17. Elle peut être déterminable aussi par le recours à des éléments extrinsèques. ATF 128 III 434, 440, c. 3.5 ; ATF 120 II 35, 38, c. 3a (= rés. JdT 1995 I 157) ; CR-MEIER, art. 493, n. 4, BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 7. Mettre le nom du créancier dans l'acte n'est pas obligatoire dans la mesure où il est possible de le personnaliser à travers le contrat de cautionnement. BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 15. Voir aussi ATF 38 II 127, 132, c. 2. Selon Becker, la dette principale peut être déterminée sans toutefois déterminer l'identité du créancier, identité de ce dernier n'étant pas un élément essentiel. BK-BECKER, a.art. 493, n. 4.

⁵⁸⁹ Elle peut être déterminable aussi, « sans qu'il soit nécessaire d'indiquer le montant en chiffre ». CR-MEIER, art. 493, n. 4 ; BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 7 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 15 ; KARAHASAN, p. 1218. Pour le concept de détermination voir *infra*, n. 314 ss. En revanche, ni la déclaration de cautionnement conjoint ni la mention des cocautions dans l'hypothèse de l'article 497 III CO ne sont des éléments essentiels. ATF 119 Ia 441, 443, c. 2c (= JdT 1994 I 614, 615 ss).

que manifestation de volonté⁵⁹⁰, le montant du cautionnement (art. 493 I CO)⁵⁹¹ et la mention du cautionnement solidaire (art. 496 I CO)⁵⁹².

279. Sont subjectivement essentiels tous les éléments qui aggravent la situation de la caution⁵⁹³. Les clauses par lesquelles la caution renonce à ses droits dans les limites de la loi (art. 495 IV, 496 II, 497 II, IV, 499 II, III, 500 I, 501 IV CO)⁵⁹⁴ doivent tout particulièrement être considérées comme subjectivement essentielles.

280. Si les points subjectivement essentiels ont été stipulés sans que les prescriptions de forme aient été respectées, il faut les admettre « *als nicht vereinbart*⁵⁹⁵ ». Mais le cautionnement n'est pas frappé de nullité, à moins qu'il y ait lieu d'admettre que ce dernier n'aurait pas été conclu sans ces points (art. 20 II CO).

⁵⁹⁰ JdT 2004 III 2, 6, c. 4 ; CR-MEIER, art. 493, n. 4 ; BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 7 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 15.

⁵⁹¹ SCYBOZ, p. 85 ; CR-MEIER, art. 493, n. 4 ; BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 7. Le fait que ce dernier soit seulement déterminable ne remplit pas les conditions de forme. BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 16.

⁵⁹² CR-MEIER, art. 493, n. 4, art. 496, n. 5 ; BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 11 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 25, art. 496, n. 9 ; KARAHASAN, p. 1219. Les mots utilisés ont peu d'importance dans la mesure où on peut comprendre la volonté de s'engager en tant que caution solidaire avec le débiteur principal. ATF 64 II 346, 350 ss, c. 2 (= JdT 1939 I 167, 171 ss). Lorsque la volonté de la caution d'intervenir à titre subsidiaire est évidente, il faut d'admettre qu'il y a un cautionnement simple. ATF 39 II 768, 774, c. 1. Si cette indication manque, on admet que la caution n'est qu'une caution ordinaire. BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 12 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 27.

⁵⁹³ JdT 2004 III 2, 6, c. 4 ; ATF 125 III 131, 133, c. 4b (= JdT 1999 I 470, 471) ; ATF 119 Ia 441, 442, c. 2c (= JdT 1994 I 614, 615) ; JdT 1993 III 34, 37, c. 5 ; 13. HD, E. 1994/2273, K. 1994/4114, T. 26.4.1994 (www.kazanci.com.tr) ; SCYBOZ, p. 85 ; CR-MEIER, art. 493, n. 3 ; BECK art. 493, n. 11 ; TANDOĞAN, II, p. 749 ; KARAHASAN, p. 1218 ; GRASSINGER, p. 110. C'est un fait qui renforce l'idée selon laquelle les exigences de forme sont prescrites pour le bien de la caution. WIEGAND, Bürgschaft, p. 193. Il n'est pas toujours facile de déterminer les clauses qui aggravent la situation juridique de la caution. C'est pourquoi Wiegand propose d'admettre comme essentiels tous les points qui concernent la situation juridique de la caution. WIEGAND, Bürgschaft, p. 194. Voir aussi BK-BECKER, a.art. 493, n. 5.

⁵⁹⁴ Les renonciations sont sans effets lorsqu'elles ne respectent pas la forme prescrite. BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 8 ; CR-MEIER, art. 493, n. 5 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 17. En d'autres termes, les points qui aggravent la position de la caution, par exemple le fait qu'elle renonce à la réalisation préalable, à d'éventuels gages ou à la réduction de la garantie, doivent respecter les prescriptions de forme. LOMBARDINI, p. 618, n. 172.

⁵⁹⁵ BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 17.

281. Selon l'article 493 V CO, les modifications subséquentes du cautionnement peuvent se faire en la forme écrite ordinaire, sauf si on augmente le montant dont la caution est tenue ou si on transforme un cautionnement simple en un cautionnement solidaire. Dans ces deux dernières hypothèses, la modification subséquente du contrat doit revêtir la forme prévue initialement.

282. En revanche, le respect de la forme n'est pas nécessaire pour une clause stipulée à l'intérêt exclusif de la caution⁵⁹⁶. De même, les clauses qui complètent le contrat sur un point secondaire, qui améliorent la situation juridique de la caution ou qui diminuent ses charges ne constituent pas en principe des points subjectivement essentiels⁵⁹⁷. Aucune forme n'est exigée si la modification ne se rapporte qu'à un point ni subjectivement ni objectivement essentiel⁵⁹⁸. Le fait d'annuler ou de réduire l'engagement de la caution n'est soumis à aucune forme (art. 115 CO)⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ ATF 119 Ia 441, 442, c. 2c (= JdT 1994 I 614, 615); ATF 50 II 245, 248 ss, c. 2b (= JdT 1924 I 501, 504 ss); ATF 44 II 61, 64, c. 3 (= JdT 1918 I 339, 341).

⁵⁹⁷ BECK, art. 493, n. 11, 72, ANDEREGG, p. 15 ss, GUHL, Obligationenrecht, p. 630, n. 25, CR-MEIER, art. 493, n. 3. Cet auteur nous fournit quelques exemples de clause qui ne constituent pas des points subjectivement essentiels, à moins que la volonté des parties soit différente : les clauses qui limitent le cautionnement dans le temps (art. 510 I CO), qui subordonnent l'engagement de la caution à une condition et qui transforment le cautionnement en un cautionnement conjoint. De même, lorsqu'une caution s'engage en supposant l'existence des autres cautions indépendantes selon l'article 497 IV CO, la mention de ces cocautions dans l'acte de cautionnement n'est pas un élément essentiel qui peut entraîner la nullité de l'acte. CR-MEIER, art. 493, n. 6. « La clause par laquelle le cautionnement est déterminé dans le temps vise indubitablement le seul intérêt de la caution, puisqu'elle limite son obligation à un laps de temps déterminé, indépendamment du délai dans lequel le débiteur principal doit se libérer. » ATF 50 II 245, 249, c. 2b (= JdT 1924 I 501, 505).

⁵⁹⁸ CR-MEIER, art. 493, n. 25. Toutes les clauses aggravant la situation juridique de la caution sont également soumises aux exigences de forme. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire que les points secondaires, comme les clauses qui complètent le contrat ou qui améliorent la situation de la caution dans son seul intérêt, ressortent du texte de l'acte de cautionnement. Ils peuvent même résulter de l'interprétation de la volonté commune des parties, dégagée sur la base d'éléments extrinsèques. RFJ 1999 240, 243, c. 2a (aa).

⁵⁹⁹ SCYBOZ, p. 87; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 46; CAVIN, Cautionnement, p. 39. En revanche, en droit turc, l'article 115 CO n'existe pas (Voir cependant l'article 137 PCOTr). Une doctrine minoritaire admet que les conventions annulant ou réduisant l'engagement de la caution sont soumises, elles aussi, aux règles de forme, conformément à la teneur de l'article 12 CO. BİLGE, Mesuliyet, p. 105.

283. Toutes les déclarations qui ne remplissent pas les conditions de forme sont nulles⁶⁰⁰. En droit turc également, de telles déclarations sont nulles. En revanche, dans certains arrêts, Yargıtay a admis que le cautionnement qui ne prévoit pas un montant numérique doit être admis en tant que porte-fort au sens de l'article 110 COtr (art. 111 CO)⁶⁰¹, une telle admission étant, à notre avis, contraire aux règles protectrices du Code des obligations relatives au cautionnement.

284. La perte de l'acte du cautionnement ne rend pas le cautionnement nul. Celui qui allègue son existence doit la prouver (art. 8 CC), il peut le

⁶⁰⁰ 21. HD, E. 2000/2133, K. 2000/2117, T. 20.3.2000 (www.kazanci.com.tr). Le juge l'examine d'office. İBK, E. 1943/14, K. 1944/13, T. 12.4.1944 (cité par ERDEM, Özel, p. 533, n. 173); 21. HD, E. 2000/2133, K. 2000/2117, T. 20.3.2000 (www.kazanci.com.tr); 19 HD, E. 1999/1901, K. 1999/2434, T. 13.4.1999 (www.kazanci.com.tr). Il n'est jamais abusif de s'en prévaloir. JdT 1993 III 34, 37, c. 4c, RJB 1957 278, 281, c. 3. L'abus de droit va être moins facilement admis ici qu'ailleurs, puisque les exigences de forme en la matière ont été posées avant tout pour protéger la caution et lui éviter d'assumer des engagements irréflectés. RVJ 1982 236, 238, c. 2a et les arrêts cités. Voir aussi RNRf 78 55, 60, c. 4; 11. HD, E. 1983/2462, K. 1983/2617, T. 17.5.1983 (YKD 1983, v. IX, no. 9, p. 1338); ANDEREGG, p. 57; LOMBARDINI, p. 618, n. 173; ANDEREGG, p. 59; REİSOĞLU, Kefalet, p. 58. La caution a intérêt à refuser le paiement en cas de nullité de son engagement pour vice de forme, car elle n'est point subrogée aux droits du créancier en payant le cautionnement qui n'est pas valable. *Idem*, Kefalet, p. 58. Selon GRASSINGER, la caution abuse toutefois de son droit en se prévalant d'un vice de forme alors qu'elle le connaissait dès le début mais qu'elle ne l'a pas invoqué pour en tirer un profit. GRASSINGER, p. 121. [Pour le Tribunal fédéral, le fait d'invoquer un vice de forme ne peut constituer un abus de droit que si ce vice a été provoqué intentionnellement par la partie qui l'invoque pour pouvoir s'en prévaloir par la suite. JdT 1993 III 34, 37, c. 4c; ATF 65 II 236, 237, c. 2 (= JdT 1940 I 206, 209); ATF 57 II 150, 154, c. 3 (= rés. JdT 1931 603); ATF 54 II 323, 331 ss, c. 5 (= JdT 1929 I 209, 214); 11. HD, 14.10.1991 E. 3376, K. 5313 (cité par ERIS, 117).] En outre, selon cet auteur, si le créancier a subi un dommage par la faute de la caution qui a causé le vice de forme du cautionnement, il peut lui demander des dommages-intérêts selon l'article 41 II CO [Voir aussi ATF 67 II 128, 131, c. 4 (= JdT 1942 I 85, 87); ATF 65 II 236, 238, c. 2 (= JdT 1940 I 206, 209 ss); ATF 50 II 289, 292. REİSOĞLU, Kefalet, p. 59] ou bien selon les règles de *culpa in contrahendo*. *Contra* RVJ 1982, 236, 239 ss, 2c; REICHEL, RSJ 20, p. 178. En revanche, l'action fondée sur la « *culpa in contrahendo* » est exclue lorsque l'invalidité du contrat pour vice de forme est due à une négligence égale des deux parties. ATF 106 II 36, 42, c. 5 (= JdT 1980 I 273, 278). Enfin, un paiement effectué par la caution malgré les vices de forme qui rendent le contrat nul ne guérit pas le cautionnement.

⁶⁰¹ 15 HD, E. 1989/391, K. 1989/3267, T. 6.7.1989 (cité par ERDEM, Özel, p. 533, n. 174). Pour les critiques REİSOĞLU, Kefalet, p. 57. Voir aussi 11. HD, E. 6488, K. 6481, T. 27.11.1985 (cité par REİSOĞLU, Kefalet, p. 57, note. 241a).

faire par tous les moyens⁶⁰². Toutefois, en droit turc, bien que la forme du cautionnement ne soit qu'une condition de validité et que le cautionnement soit valable malgré la perte de l'acte, le créancier doit prouver sa créance par écrit dès que celle-ci dépasse une somme de 400 nouvelles livres turques (soit 400 CHF) (art. 288 CPCtr). En outre, la forme écrite n'est pas seulement une condition de validité, mais également une forme qui fait office de preuve⁶⁰³.

285. Enfin, « sont soumis aux mêmes conditions de forme que le cautionnement le pouvoir spécial de cautionner et la promesse de cautionner l'autre partie ou un tiers. » (art. 493 VI CO)⁶⁰⁴. En droit turc, cette disposition n'existe pas⁶⁰⁵. Yargıtay a maintes fois affirmé qu'un pouvoir spécial n'est pas nécessaire pour cautionner au nom d'autrui⁶⁰⁶. Cependant, pour une partie de la doctrine, bien qu'on puisse dire selon l'article 396 II CO qu'un mandat général comprend aussi le pouvoir de cautionner, il faut effectuer une interprétation casuistique et examiner dans chaque cas si un tel acte constitue un acte nécessaire pour parvenir au résultat escompté⁶⁰⁷. Toutefois, même si on peut admettre que le mandat général comprend le pouvoir de cautionner, il est impossible que

⁶⁰² BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 13.

⁶⁰³ Les règles de la liberté de forme sont plutôt théoriques en droit turc. REİSOĞLU, Kefalet, p. 45.

⁶⁰⁴ « Ces dispositions s'appliquent [...] à la transformation d'un cautionnement simple en cautionnement solidaire, ainsi qu'au cautionnement conjoint et au certificateur de caution, même en cas d'adhésion ultérieure au cautionnement. » ATF 123 III 24, 30, c. 3 (= JdT 1997 I 340, 346). La procuration générale donnée au mandataire commercial d'un établissement faisant toutes ses opérations bancaires permet au mandataire de se porter caution au nom et pour le compte du mandant sans que la procuration ne mentionne un pouvoir exprès de cautionner. ATF 81 II 60, 62 ss, c. 1 (= JdT 1955 I 464, 466 ss). Pour la procuration du mandataire commercial non plus, la loi n'exige aucune forme particulière (art. 462 CO).

⁶⁰⁵ Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 588 II PCOtr.

⁶⁰⁶ 11. HD, E. 4637, K. 4942, T. 1.10.1985 (cité par TANDOĞAN, II, p. 398, note. 180) ; 11. HD, E. 373, K. 907, T. 21.2.1986 (cité par REİSOĞLU, Kefalet, p. 42, note. 174).

⁶⁰⁷ REİSOĞLU, Kefalet, p. 42. Il faut par exemple que le mandataire dispose d'un pouvoir spécial pour conclure un cautionnement au nom de son mandant, cautionnement par lequel celui-ci devient caution pour la dette de son mandataire. Yargıtay admet lui aussi cette solution. 11 HD, E. 4317, K. 3844, T. 10.6.1988 (cité par ERİŞ, p. 635, n. 4). Pour les tribunaux turcs, il faut admettre la même solution en cas de constitution d'une hypothèque. HGK, E. 1/127 K. 36, T. 4.4.1962 (AD 1962, n. 1102).

le mandataire puisse souscrire un cautionnement pour sa propre dette au nom de son mandant⁶⁰⁸.

286. On peut distinguer trois formes différentes de cautionnement, soit la forme écrite simple, la forme écrite qualifiée et la forme authentique⁶⁰⁹.

A. Forme écrite simple

287. Cette forme est prévue pour les personnes morales, pour les sociétés en nom collectif ou en commandite et pour les cautionnements ayant pour objet les dettes de droit public envers la Confédération ou ses établissements de droit public, ou encore envers un canton (art. 493 II, 1 CO *a contrario*, art. 493 III CO).

288. L'ancien article 13 II CO précisait qu'à moins que la loi n'en dispose autrement, une lettre ou un télégramme remplit la condition de la forme écrite, pourvu que la lettre ou l'original du télégramme porte la signature des parties qui s'obligent. Compte tenu de l'impossibilité de transmettre d'une manière électronique l'original de la signature (*ratio legis* de cette disposition)⁶¹⁰, la doctrine admettait qu'il fallait appliquer cette règle aux contrats conclus par la voie du télex (téléscripteur) et de télécopie (téléfax)⁶¹¹. Mais le Tribunal fédéral refusait l'application de cet article pour les échanges de télex (téléscripteur)⁶¹².

⁶⁰⁸ REİSOĞLU, Kefalet, p. 42.

⁶⁰⁹ Le droit turc actuel ne prévoit que la forme écrite. Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 588 PCOtr.

⁶¹⁰ Voir aussi ATF 101 III 65, 66, c. 4 (= JdT 1977 II 22, 23).

⁶¹¹ CR-GUGGENHEIM, art. 13, n. 11. Selon l'opinion dominante en droit suisse et en droit turc, la conclusion par télécopie est possible, car l'autre partie détient l'acte signé. Il n'existe cependant pas de cautionnement lorsque quelqu'un falsifie l'acte. GRASSINGER, p. 113. En revanche, en ce qui concerne le télex, la conclusion du cautionnement n'est pas possible, car la signature de la caution fait défaut. *Idem*, p. 113. Sur ce sujet voir GIOVANOLI, Mario, Télécommunications, p. 425 ss.

⁶¹² En revanche, « l'échange de télex revêt cependant une valeur de preuve qui se rapproche de celle d'un contrat écrit au sens de l'art. 13 CO » ATF 112 II 328 ss, c. 3a (= JdT 1987 I 67, 69). Il s'agissait d'une problématique qu'on peut étendre aux autres nouvelles techniques de télécommunications, tels que le télex, le vidéotex et l'e-mail. CR-GUGGENHEIM, art. 13, n. 13. Par contre, comme l'article 14 I CO prévoit que la signature doit être écrite à la main par celui qui s'oblige. Dans la situation actuelle, on ne peut exiger que l'envoi immédiat du texte avec la signature authentique de celui qui s'engage. *Idem*, art. 13, c. 13.

289. Depuis le 1^{er} janvier 2005, date de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, l'article 13 II CO a été abrogé. Cette loi permet conclure des contrats soumis à la forme écrite par la signature électronique (ou numérique).

290. Selon le nouvel article 14 II^{bis} CO, « la signature électronique qualifiée, basée sur un certificat qualifié émanant d'un fournisseur de services de certification reconnu au sens de la loi du 19 décembre 2003 sur la signature électronique est assimilée à la signature manuscrite. Les dispositions légales ou conventionnelles contraires sont réservées. »

291. Le nouveau système est complété par l'introduction dans le Code des obligations de l'article 59a qui prévoit la responsabilité du titulaire de clé en cas d'abus⁶¹³.

292. On peut désormais conclure des cautionnements soumis à la forme écrite simple par internet, « pour autant que la signature manuscrite soit techniquement remplacée par une signature électronique dite qualifiée au sens de la nouvelle loi. »⁶¹⁴ En revanche, cette nouvelle signature n'est pas valable lorsque le contrat est soumis à la forme écrite qualifiée ou à la forme authentique⁶¹⁵.

293. La question de savoir quelle est la situation actuelle pour les contrats conclus par lettres, télex et télécopie se pose toujours après l'abrogation de l'article 13 II CO. Les lettres satisfont aux exigences de la forme écrite⁶¹⁶. A notre avis, il faut admettre le système de l'ancien régime pour les contrats conclu par télex et télécopie ; c'est-à-dire que ces moyens ne remplissent les conditions de la forme écrite que si l'original du document porte la signature de la partie obligée.

B. Forme écrite qualifiée

294. Cette forme est applicable aux personnes physiques qui ne se portent caution que jusqu'à CHF 2000 (art. 493 II 2^{ème} phrase CO). Elle a pour but d'attirer l'attention de la caution sur l'étendue et les particularités

⁶¹³ TERCIER, Obligations, p. 134, n. 628.

⁶¹⁴ Pour le sens de la « signature électronique qualifiée », voir FAVRE-BULLE, p. 191 ss.

⁶¹⁵ *Idem*, p. 191.

⁶¹⁶ *Idem*, p. 133, n. 625.

des engagements qu'elle assume⁶¹⁷. La caution doit écrire de sa main le montant maximum⁶¹⁸. Elle doit également écrire de la même manière une éventuelle déclaration de caution solidaire, sinon la déclaration ne vaudra que pour un cautionnement simple au sens de l'article 495 CO⁶¹⁹.

295. La loi interdit le fractionnement de la somme garantie afin d'élu-der la forme authentique (art. 493 IV CO). Seule l'intention compte. Il n'y a par contre pas de présomption en faveur d'une certaine volonté d'élu-der la forme authentique à chaque fois qu'il y a un fractionnement ; les « *Teilgeschäfte* » sont valables jusqu'à ce qu'on apporte la preuve de cette intention⁶²⁰. Les circonstances économiques et commerciales peuvent aussi justifier ce mode⁶²¹.

296. La forme écrite qualifiée peut être remplacée par une forme plus stricte⁶²².

⁶¹⁷ CR-MEIER, art. 493, n. 12.

⁶¹⁸ Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a exigé la même forme pour des personnes qui concluent un contrat de cautionnement en faveur de la future société anonyme n'engageant pas leur propre responsabilité (645 I CO) au lieu d'exiger la forme prescrite pour les personnes morales. ATF 123 III 24 (= JdT 1997 I 340).

La caution n'est pas obligée d'indiquer le montant en chiffres et en lettres en même temps, même si une mention en lettres apporte des garanties supplémentaires en cas de contestation ultérieure. CR-MEIER, art. 493, n. 12.

⁶¹⁹ CR-MEIER, art. 493, n. 13. « Dans la pratique, les créanciers (et notamment les banques) font parfois attester de l'apposition des mentions qualifiées par notaire, pour éviter les difficultés de preuve ».

De même, chaque caution conjointe doit indiquer de sa main le montant maximal qu'il fixera et, le cas échéant, une éventuelle solidarité. BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 12 ; CR-MEIER, art. 493, n. 14 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 31.

⁶²⁰ BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 16 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 43. Cavin n'y voit, avec raison, qu'une répétition du principe de l'article 18 CO selon lequel le juge doit rechercher les communes et réelles intentions des parties. CAVIN, Cautionnement, p. 39.

⁶²¹ Par exemple, lorsqu'un débiteur contracte plusieurs emprunts complémentaires successifs qui sont à chaque fois garantis par un cautionnement distinct ou qu'une partie de la dette est garantie par un gage et l'autre partie par un autre gage. CR-MEIER, art. 493, n. 24 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 43 ; BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 16.

⁶²² Par exemple, par la forme authentique. BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 12 ; CR-MEIER, art. 493, n. 15 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 29, 42.

C. Forme authentique

297. Cette forme s'applique aux personnes physiques qui se portent caution au-delà de CHF 2000. (art. 493 II 1^{ère} phrase et IV CO). La procédure à suivre est réglée par les cantons, mais le Conseil fédéral peut limiter les montants des émoluments dus pour l'acte authentique (art. 493 VII CO). Les modalités de la forme authentique, telles que, par exemple, la procédure, la présentation de l'acte ou la participation des témoins doivent donc être déterminées par les cantons⁶²³. De même, ceux-ci déterminent les organes qui vont instrumentaliser les actes, ces derniers devant être conformes aux règles d'instrumentation du canton où ils sont passés⁶²⁴. Une simple légalisation de la signature de la caution sur un document préexistant en la forme écrite ordinaire ne remplit pas les conditions de la forme authentique⁶²⁵.

298. Cette forme est applicable même si une personne physique souscrit un cautionnement au nom d'une personne morale non encore constituée et qui ne le sera finalement pas, et ce bien que cette exigence ne résulte pas de l'article 645 CO⁶²⁶.

299. Tout ce que nous venons de dire sur les trois formes de cautionnement est aussi valable pour l'octroi d'un pouvoir spécial de cautionner et pour la promesse de cautionner⁶²⁷.

II. Garantie indépendante

300. La plupart des garanties indépendantes se font en la forme écrite pour des raisons de preuve, autrement dit pour des raisons de sécurité et

⁶²³ JdT 2004 III 2, 5, c. 4 ; ATF 125 III 131, 134, c. 5b (= JT 1999 I 470, 471) ; JdT 1995 III 108, 113, c. 3d (aa) ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 35 ; LOMBARDINI, p. 617, n. 171. Sur cette question de forme voir aussi ATF 106 II 146, 151, c. 3 (= JdT 1980 I 580, 585).

⁶²⁴ Ni les domiciles des parties, ni le lieu de la conclusion du contrat ne sont déterminants. BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 13. Il est par contre possible que l'instrumentalisation intervienne dans le canton de domicile de la caution si elle est conforme aux prescriptions de ce canton. Voir RFJ 1999 240. BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 34 ; LOMBARDINI, p. 617, n. 171.

⁶²⁵ BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 36 ; BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 14 ; CR-MEIER, art. 493, n. 17.

⁶²⁶ Voir ATF 123 III 24 (= JdT 1997 I 340). Voir aussi LOMBARDINI, p. 617, n. 170.

⁶²⁷ GUHL, Cautionnement I, p. 3.

de prudence⁶²⁸, et la plupart du temps avec l'indication du montant dont le garant est tenu⁶²⁹. Cependant, la garantie n'est soumise en principe à aucune forme pour être valable⁶³⁰. De plus, ni l'existence d'une obligation valable⁶³¹ ni l'indication numérique du montant total à concurrence duquel le garant est tenu ni le consentement d'un tiers ne sont exigés⁶³². Même si le contrat de base est soumis à une forme spéciale par la loi, le contrat de garantie ne l'est pas⁶³³.

⁶²⁸ Elles sont toujours émises par un acte écrit, qu'il s'agisse d'une lettre, d'un télex ou d'une télécopie. ZOBL, p. 36. Le fait que la garantie soit écrite dans la plupart des cas n'est rien d'autre qu'un moyen de preuve. En revanche, le bénéficiaire peut également prouver l'engagement du garant avec d'autres moyens. 11. HD. E. 1989/4046, K. 1990/8459, T. 27.12.1990 (www.kazanci.com.tr). En outre, selon le droit turc, le créancier doit prouver sa créance au moyen de preuves écrites dès qu'elle dépasse 400 nouvelles livres turcs (art. 288 CPCtr).

⁶²⁹ « De fait, elle est toujours contenue dans un document provenant de la banque émettrice, signé par elle ou émis par un télex ou par un swift. » LOMBARDINI, p. 301, n. 40. Voir aussi ZOBL, p. 38 ; PETER, p. 300 ; LOGOZ, p. 97 ; BÜSSER, p. 58, n. 199 ss ; ROESLE, p. 95. Le garant a intérêt à fixer un montant dans lequel les intérêts et les frais éventuels sont compris. En outre, bien qu'en principe le montant indiqué dans la garantie ne diminue pas automatiquement suite à une exécution partielle du contrat de base, les parties peuvent cependant prévoir expressément dans l'acte de la garantie que ce montant sera réduit selon une formule déterminée (par exemple sur la base d'un calcul proportionnel) en raison de l'exécution du contrat. « Une telle réduction automatique se constate en particulier dans le cas de garantie d'acomptes ou de garanties de bonne exécution. » DOHM, Garantie, p. 95, n. 177 ss. Voir aussi SPAINI, p. 22. En revanche, une modification ultérieure du contrat de base n'entraîne pas une réadaptation du contrat de garantie indépendante. LOGOZ, p. 102 ss. « Une modification de l'obligation de garantie ne se produit que lorsque la banque communique la correction au bénéficiaire et que ce dernier l'accepte expressément. Un silence du bénéficiaire ne saurait être compris comme une acceptation tacite, la modification proposée n'étant pas nécessairement favorable à ses intérêts. En outre, la banque est tenue de demander préalablement à toute modification son accord au donneur d'ordre, en raison du rapport du mandat qui le lie. » LOGOZ, p. 103. Voir aussi DOHM, Garantie, p. 96, n. 181.

⁶³⁰ LOMBARDINI, p. 301, n. 40 ; ZOBL, p. 36 ; AKEV, p. 343 ; DOHM, Garantie, p. 91, n. 166 ; LOGOZ, p. 63 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 154, n. 16.03 ; SPAINI, p. 49 ; BÜSSER, p. 57, n. 197 ; ZEVKLILER, AYDOĞDU, PETEK, p. 13 ss ; DOĞAN, p. 103 ; BEGUELIN, p. 4.

⁶³¹ HGK, E. 1988/3-668, K. 1988/811, T. 19.10.1988 (cité par ERDEM, Genel, p. 991, n. 876).

⁶³² On ne pourra toutefois pas prétendre que la coutume exige l'observation de la forme dans les transactions commerciales et bancaires. AKEV, p. 343.

⁶³³ 19. HD, E. 1994/4559, K. 1995/5295, T. 13.6.1995 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 1985/7796, K. 1986/739, T. 11.2.1986 (cité par ERDEM, Genel, p. 992, n. 877) ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 7 ; BK-WEBER, art. 111, n. 129 ; BÜSSER, p. 58, n. 197 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 154, n. 16.03 ; TUNÇOMAĞ, p. 982 ; OLGAC,

301. Le fait que le contrat de garantie ne soit soumis à aucune forme spéciale en fait un instrument rapide et simple. Surtout dans les affaires nécessitant une certaine rapidité, le contrat de garantie est d'un intérêt pratique supérieur au cautionnement de par la possibilité d'adaptation aux nouvelles formes de communication⁶³⁴. Les règles régissant la forme du cautionnement, soit la forme simple, la forme écrite et la forme authentique, ne trouvent aucune application en matière de garantie indépendante (art. 11 I CO).

302. En revanche, rien n'empêche les parties de convenir d'une forme spéciale (art. 16 I CO). Si elles décident de soumettre la validité de la garantie à l'observation de la forme écrite sans en préciser les modalités, il y a lieu d'observer les dispositions relatives à cette forme lorsqu'elle est exigée par la loi (art. 16 II CO). Cette convention sur l'exigence de la forme se fait toutefois sans respecter aucune forme. Elle peut même être tacite⁶³⁵. Cependant, selon Büsser, la simple utilisation des formulaires par la banque ne doit pas être admise comme une forme tacitement réservée par les parties⁶³⁶.

Genel, p. 479 ; ARIK, p. 63 ; BEGUELIN, p. 4. « La promesse, qui peut être assortie d'une clause pénale, est valable sans forme spéciale, même si la conclusion du contrat en exige une ; une tentative de la soumettre à la forme écrite a échoué. » SCYBOZ, p. 17. On peut toutefois imaginer que le contrat de garantie comporte une promesse de donation et soit ainsi assujéti à la forme prévue pour cette dernière, mais cela n'a pas beaucoup de répercussion en pratique. BK-WEBER, art. 111, n. 129.

⁶³⁴ BK-WEBER, art. 111, n. 130. Cependant, la doctrine voit une anomalie dans le fait que le cautionnement, et non la garantie, soit soumis à des formalités très strictes, bien que le risque assumé par le garant soit plus grand que celui assumé par la caution et que le garant n'ait pas de possibilité de recours. KLEINER, Bankgarantie, p. 154 ss, n. 16.03.

⁶³⁵ BÜSSER, p. 59, n. 203.

⁶³⁶ *Idem*, p. 60, n. 206. En revanche, selon Guggenheim, « la complexité de la question provient du fait qu'une telle forme réservée peut provenir d'actes concluants entre les parties, tel l'envoi par une partie à l'autre d'un projet de contrat de bail écrit en double exemplaire pour signature. Il n'est donc nullement besoin d'un accord des volontés exprès et la jurisprudence va jusqu'à admettre que la forme peut être réservée par la seule volonté de l'une des parties. En ce sens, la forme réservée ne résulte plus d'un accord des volontés ; il s'agit d'une manifestation de volonté unilatérale qui, pour être prise en considération, doit uniquement être reçue par l'autre partie. Dès lors, on doit se demander si, dans la vie pratique, les contrats qui sont usuellement passés dans la forme écrite tels les contrats bancaires sont des contrats pour lesquels une forme a été réservée. » CR-GUGGENHEIM, art. 16, n. 2. Selon le Tribunal fédéral, « le fait que pour des contrats aussi importants que celui en litige la forme écrite serait usuelle en permet pas de dire que cette forme aurait été

303. En matière de garantie indépendante, il existe une présomption selon laquelle le bénéficiaire qui reçoit la garantie et qui ne réagit pas est présumé accepter l'ensemble des conditions qui y sont indiquées. En d'autres termes, il y a une présomption d'acceptation tacite⁶³⁷. Si le bénéficiaire n'est pas d'accord avec le texte de la garantie, il doit immédiatement l'indiquer à la banque (art. 6 CO)⁶³⁸. Sa réaction signifie qu'il n'accepte pas la proposition formulée par la banque et que celle-ci n'est plus liée vis-à-vis de lui⁶³⁹. Le refus du bénéficiaire peut même être implicite (art. 1 II CO). C'est notamment le cas lorsque la garantie est la condition suspensive du contrat de base et que le bénéficiaire n'exécute pas sa prestation après avoir reçu l'acte de garantie.

304. Yargıtay a même admis l'existence d'un engagement envers les acheteurs dans le fait qu'une personne, bien connue dans le monde des affaires, ait garanti par la voie de publicité la qualité des appartements du vendeur. Selon la Cour de cassation turque, il a ainsi créé une fausse confiance chez ses acheteurs et est responsable envers ces derniers selon l'article 110 CO⁶⁴⁰. En revanche, dans l'arrêt bien connu « Swissair » concernant une situation semblable, le Tribunal fédéral a admis une responsabilité fondée sur la confiance de la société-mère (Swissair) sans toutefois admettre la conclusion tacite d'une garantie (art. 110 CO) entre la société-mère et la demanderesse. La société-mère tolérât en effet que son nom figure sur des documents publicitaires que sa société-fille destinait à des clients potentiels⁶⁴¹.

réservée au sens de l'art. 16 CO. » ATF 54 II 300, 307, c. 2 (= JdT 1929 I 66, 72). Selon la Cour de cassation, la forme écrite est cependant présumée réservée lorsqu'une partie envoie à l'autre deux doubles du contrat pour la signature. SJ 1981 177, 181, c. 1a ; ATF 105 II 75, 78, c. 1 (= JdT 1980 I 66, 69) et les arrêts cités.

⁶³⁷ RAPP, p. 264 ; LOGOZ, p. 97 ; ROSSI, Garantie, p. 126, n. 406 ; KLEINER, p. 11, n. 3.01, p. 153, n. 16.01.

⁶³⁸ KLEINER, Bankgarantie, p. 154, n. 16.02 ; SPAINI, p. 48 ss ; DOĞAN, p. 98. La doctrine admet qu'il s'agit d'un usage commercial. DOHM, Garantie, p. 91, n. 165.

⁶³⁹ « Même si le bénéficiaire démontre à la banque, documents à l'appui, que le donneur d'ordre s'était engagé à faire émettre une garantie dont la teneur était différente, la banque ne peut pas suivre les instructions du bénéficiaire : elle doit s'adresser au donneur d'ordre pour que ce dernier se détermine. » LOMBARDINI, p. 301, n. 42.

⁶⁴⁰ 13. HD, E. 2002/3720, K. 2002/7696, T. 24.6.2002 (YKD 2003, v. 29, no. 10, p. 1556).

⁶⁴¹ ATF 120 II 331, 334ss, c. 3 (= JdT 1995 I 359, 362 ss).

§2 VALIDITE DE LA GARANTIE

I. Existence d'une obligation valable

A. Cautionnement

305. Pour qu'on puisse parler de cautionnement, il faut qu'il y ait une relation de base qu'on appelle « contrat de valeur » qui soit valablement conclu. Le contrat de cautionnement constitue l'adjonction à ce contrat. Un cautionnement ne peut donc pas avoir pour objet un contrat nul dont l'objet serait⁶⁴², par exemple, impossible, illicite ou contraire aux mœurs. De même, si la caution aliène sa liberté ou s'en interdit l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs (art. 19, 20 CO ; 27 CC)⁶⁴³, son engagement est nul⁶⁴⁴.

306. Si l'obligation principale peut être annulée, invalidée ou révoquée, l'existence du cautionnement dépend de l'attitude du débiteur

⁶⁴² « *Es gibt keine Bürgschaften für eine nichtige Hauptschuld* ». BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 20, CR-MEIER, art. 492, n. 33. En revanche, Yargitay a admis la validité d'un cautionnement malgré l'invalidité du contrat de vente d'immeuble (le contrat de base) pour vice de forme. En effet, selon la Cour de cassation turque, la volonté des parties devait être interprétée de la manière suivante : la caution avait également garanti le remboursement du montant payé selon l'enrichissement illégitime. HGK, E. 1976/13-22, K. 1977/216, T. 9.3.1977 (YKD 1978, v. IV, no. 4, p. 494). Une telle décision est inadmissible du point de vue du droit suisse et du droit turc. En effet, la caution est libérée dès que la dette principale est éteinte pour quelque cause que ce soit (art. 509 I CO). Pour les critiques des arrêts voir GRASSINGER, p. 20 ss. En revanche, dans un autre cas, Yargitay a considéré le cautionnement accordé pour le paiement de l'acheteur d'un immeuble comme nul, car la vente n'était pas valable pour cause d'inobservation de forme. 13. HD, E. 1984/458, K. 1984/2118, T. 20.3.1984 (YKD 1984, v. X, no. 10, p. 1544).

Le cautionnement n'est pas valable même si les parties au cautionnement ne connaissaient pas l'invalidité de la relation de base. TOBLER, p. 19.

⁶⁴³ La question de savoir si un contrat est contraire aux mœurs est résolue d'après son contenu et non pas selon les moyens dont le débiteur dispose pour l'exécuter. ATF 95 II 55, 58, c. 2b (= JdT 1970 I 85, 88). C'est ainsi que l'amende, peine strictement personnelle infligée au coupable pour le punir, ne saurait être cautionnée par un tiers, sous réserve de l'article 69 II LD. ATF 86 II 71, 77, c. 4 (= JdT 1960 I 586, 590). Voir aussi SCYBOZ, p. 81 ; KARAHASAN, p. 1211 ; TANDOĞAN, II, p. 721 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 18. Voir aussi *supra*, note. 342.

⁶⁴⁴ Cependant, l'engagement pris par inexpérience ou légèreté doit être jugé selon les critères de l'article 21 CO, et non pas selon l'article 27 CC. SCYBOZ, p. 82.

principal⁶⁴⁵. Par exemple, si le contrat de base est annulable pour cause d'erreur, de dol, le sort du cautionnement est lié à la volonté du débiteur principal. Si le débiteur annule l'acte, la caution est libérée⁶⁴⁶. Autrement dit, si le débiteur principal fait usage de son droit formateur, la caution est libérée pour cause d'absence de l'obligation principale⁶⁴⁷. En revanche, si le débiteur principal laisse le temps s'écouler ou s'il ratifie le contrat, la caution reste obligée envers le créancier⁶⁴⁸. Cette dernière ne peut ni révoquer l'obligation principale ni invoquer l'absence de révocation comme exception dans son rapport avec le créancier⁶⁴⁹. Elle ne peut pas attaquer l'acte. Par contre, elle a le droit et l'obligation de refuser de payer aussi longtemps que le débiteur principal laisse le sort de l'acte incertain. Si elle paie de manière anticipée, elle est déchu de son droit de recours, à moins qu'elle ne prouve qu'elle ignorait la possibilité de refuser de payer sans aucune faute de sa part (art. 502 III CO)⁶⁵⁰.

307. Le moment de la réalisation de la condition de validité du contrat de valeur n'est pas celui de la conclusion du cautionnement, mais celui où le créancier en demande l'exécution⁶⁵¹. En effet, « la caution est liée dès la conclusion du contrat de cautionnement, mais la garantie ne deviendra effective qu'au moment (obligation future) ou à la condition (obligation conditionnelle) que la dette principale existe lorsque la caution est recherchée par le créancier. »⁶⁵² Cela nous conduit à accepter qu'on puisse

⁶⁴⁵ CR-MEIER, art. 492, n. 44 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 77 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 18 ; KARAHASAN, p. 1211 ss.

⁶⁴⁶ BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 22 ; TANDOĞAN, II, p. 722 ; KARAHASAN, p. 1212 ; TOBLER, p. 22. En revanche, si la caution s'est engagée en connaissant l'erreur du débiteur principal ou la prescription de la dette principale, elle ne peut pas être libérée (art. 492 III CO).

⁶⁴⁷ Parallèlement, selon l'article 509 I CO, la caution est libérée dès que la dette principale est éteinte pour quelque cause que ce soit.

⁶⁴⁸ ZK-SCHÖNENBERGER, art. 502, n. 10 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 5 ; SCYBOZ, p. 69.

⁶⁴⁹ CR-MEIER, art. 492, n. 44 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 18 ; KARAHASAN, p. 1212.

⁶⁵⁰ BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 78 ; CR-MEIER, art. 492, n. 44.

⁶⁵¹ GUHL, Cautionnement I, p. 2.

⁶⁵² CR-MEIER, art. 492, n. 48. Il est évident que, même pour cautionner une obligation future ou conditionnelle, il faut respecter les conditions de forme, notamment celles sur le montant maximal. BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 23 ; CR-MEIER, art. 492, n. 49. Selon l'article 510 I du Code des obligations, lorsque la caution garantit une dette future, et lorsque la situation financière du débiteur principal s'aggrave sensiblement, la caution peut révoquer son engagement par une déclaration écrite au créancier si la créance n'a pas encore pris naissance. BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 70.

cautionner une dette future⁶⁵³ ou conditionnelle comme l'indique l'article 492 alinéa 2, deuxième phrase du Code des obligations. En outre, plusieurs engagements peuvent être cautionnés par le même acte⁶⁵⁴.

308. En principe, il ne faut pas admettre le cautionnement d'une obligation naturelle ou imparfaite dont le créancier ne peut demander l'exécution en justice⁶⁵⁵. Cependant, selon l'article 492 III CO, quiconque déclare garantir l'exécution d'une dette prescrite pour le débiteur en répond aux conditions et d'après les principes applicables en matière de cautionnement s'il connaissait, au moment où il s'est engagé, la prescription de la dette garantie. La renonciation subséquente du débiteur principal à faire valoir l'exception de prescription n'est pas opposable à la caution (art. 141 III *in fine*, 502 II CO). Les créances exposées à une exception péremptoire peuvent, elles aussi, être garanties⁶⁵⁶. En revanche, selon l'article 502 IV CO, la caution qui s'est engagée à garantir une dette résultant d'un jeu ou d'un pari peut opposer les mêmes exceptions que le débiteur, même si elle connaissait la nature de la dette. La loi admet ainsi que le cautionnement de dettes de jeu ou de pari crée également des obligations naturelles⁶⁵⁷.

309. Enfin, il est important d'indiquer que le Tribunal fédéral a admis l'applicabilité de l'article 20 II CO pour les contrats de cautionnement⁶⁵⁸. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé que le juge doit rechercher la volonté hypothétique des parties, c'est-à-dire déterminer ce que celles-ci auraient

⁶⁵³ L'exemple principal est le cautionnement souscrit pour les crédits accordés par les banques ou les comptes courants. En cas de doute, il faut admettre le cautionnement pour une dette future au lieu d'une dette déjà existante, car la caution agit dans l'intérêt du débiteur. Il faut donc présumer qu'il donne sa garantie pour l'octroi d'un crédit au débiteur. REİSOĞLU, Kefalet, p. 17.

⁶⁵⁴ Voir l'article 499 III CO. Voir aussi ATF 120 II 35, 37, c. 3a (= rés. JdT 1995 I 157).

⁶⁵⁵ Le devoir moral qui n'a pas la structure d'une obligation ne saurait être cautionné. CR-MEIER, art. 492, n. 45. « En revanche, la créance qui n'est qu'opposable par voie d'exception peut sans doute être garantie ; de même celle dont la protection est affaiblie, autant que la dette se résout en une indemnité ». SCYBOZ, p. 53.

⁶⁵⁶ CR-MEIER, art. 492, n. 46. La renonciation du débiteur à les faire valoir ne nuit pas à la caution. (art. 502 I, II CO).

⁶⁵⁷ Malgré l'absence d'une telle disposition en doctrine turque, on admet la même solution. TANDOĞAN, II, p. 725.

⁶⁵⁸ ATF 120 II 35, 40 ss, c. 4a et 4b (= rés. JdT 1995 I 157) ; JdT 1995 III 108, 116, c. 4b. De même, si l'engagement de la caution est excessif au sens de l'article 27 II CC et 19 II CO, le juge peut réduire ces engagements excessifs sur la base de l'article 20 II CO. En l'espèce, la nullité du cautionnement est limitée à l'engagement de la caution de garantir des dettes futures indéterminées. ATF 120 II 35, 40 ss, c. 4 (= rés. JdT 1995 I 157) .

convenu de bonne foi si elles avaient envisagé la possibilité de la nullité partielle⁶⁵⁹. De même, certains auteurs sont d'avis que lorsque les conditions de l'article 493 II CO sont remplies, l'article 20 II CO est également applicable dans l'hypothèse où une personne physique s'engage au-delà de 2000 francs sans que son engagement revête la forme authentique : en conséquence, la caution demeure engagée pour le montant de 2000 francs⁶⁶⁰.

310. Pour finir, il convient de mentionner un arrêt assez intéressant de Yargıtay rendu en 1977. La Cour de cassation turque a admis dans un premier temps que le cautionnement est uniquement valable lorsque le contrat de base est valable, puis elle a également admis que la responsabilité de la caution dure encore pour l'obligation de « restitution du montant payé » si le contrat de base n'est pas valable pour vice de forme, parce qu'il faut interpréter les volontés des parties dans ce sens que la caution avait en même temps garanti le remboursement du montant payé sur la base l'enrichissement illégitime⁶⁶¹. A notre avis, cette conception ne peut être suivie pour la raison suivante : Comme nous venons de le dire, si le contrat de base est annulable pour cause d'erreur, de dol, le sort du cautionnement est lié à la volonté du débiteur principal. Si le débiteur annule l'acte, la caution est libérée.

B. Garantie indépendante

311. En principe, comme le cautionnement, la garantie similaire au cautionnement présuppose aussi une obligation de base. En d'autres termes, une telle garantie sert de sûreté de la solvabilité d'un débiteur d'un contrat de base déterminé. En revanche, la garantie est indépendante de tout autre contrat, y compris le contrat de base. En outre, elle recouvre non seulement l'insolvabilité du débiteur, mais aussi l'existence et l'exigibilité

⁶⁵⁹ En l'espèce, il faut admettre que les parties auraient tout de même conclu un cautionnement limité aux dettes découlant du compte courant, malgré la nullité du contrat pour cause d'imprécision des dettes futures cautionnées, et que cette hypothèse les a précisément conduites à conclure le contrat. ATF 120 II 35, 41, c. 4b (= rés. JdT 1995 I 157).

⁶⁶⁰ BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 3 ; CR-MEIER, art. 493, n. 7 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 11. Voir aussi WACKE, p. 19.

⁶⁶¹ HGK, E. 1976/13-22, K. 1977/216, T. 9.3.1977 (YKD 1978, v. IV, no. 4, p. 494). Voir *supra*, note. 642. Il sied d'ajouter que l'article 499 II 1 CO n'existe pas dans le droit turc. Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 594 IV PCotr.

de sa dette⁶⁶². L'inexistence de l'obligation principale ne rend donc pas la garantie caduque⁶⁶³.

312. En conséquence, si le contrat de base est nul pour vice de forme, vice du consentement, incapacité ou encore parce qu'il y a simulation, le contrat de garantie est toutefois valable et donne lieu à une demande d'exécution du bénéficiaire vis-à-vis du garant⁶⁶⁴.

313. Cependant, il existe certaines exceptions à cette règle. Premièrement, rien n'empêche les parties d'exclure certains risques ; par exemple, le garant peut accorder une garantie au créancier à condition que le contrat de base soit valablement conclu⁶⁶⁵. Si en interprétant, on arrive à qualifier le contrat en tant que garantie indépendante et s'il n'y a pas une telle restriction quant aux risques, il faudra présumer que le garant couvre tous les risques dans les limites de la loi⁶⁶⁶. Deuxièmement, si le contrat de base n'est pas valable pour cause d'illicéité ou d'immoralité, la garantie ne l'est pas non plus⁶⁶⁷.

II. Existence d'une dette déterminée ou déterminable

A. Cautionnement

314. L'individualisation de la dette principale est une condition de validité du cautionnement. C'est le résultat du principe selon lequel la validité du cautionnement est soumise à la condition que la caution puisse se représenter clairement la nature et l'étendue du risque qu'elle

⁶⁶² Voir *supra*, n. 175. Le garant peut s'engager, en outre, à subir les risques provenant d'un fait dépendant du pur hasard ou d'une force majeure.

⁶⁶³ En revanche, la reprise cumulative de dette, qui est aussi indépendante, présuppose l'existence d'une dette au moment de la reprise. La question de savoir si l'obligation du reprenant existe malgré la suppression de l'obligation primaire se juge selon les articles régissant la solidarité (147 CO). Sur ce sujet, voir ATF 129 III 702, 704 ss, c. 2.1 (= JdT 2004 I 535, 537 ss = rés. RSJ 100, n. 1, 18). Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 17 décembre 2002, 4C.154/2002, c. 3.1 (www.bger.ch).

⁶⁶⁴ SCYBOZ, p. 18.

⁶⁶⁵ Une telle clause n'est pas contraire au sens et au système de la garantie indépendante, car le garant devra toujours couvrir le risque d'une invalidité ultérieure de l'obligation du donneur d'ordre.

⁶⁶⁶ Voir *supra*, n. 178.

⁶⁶⁷ Voir *infra*, n. 352 ss.

assume⁶⁶⁸. La dette principale doit être déterminée ou déterminable⁶⁶⁹ quant aux parties au contrat, à sa cause, à son étendue⁶⁷⁰, à l'époque de son exécution⁶⁷¹, et à la personne du créancier⁶⁷² pour la simple raison que

⁶⁶⁸ ATF 120 II 35, 38, c. 3a (= rés. JdT 1995 I 157) ; ATF 67 II 128, 131, c. 3 (= JdT 1942 I 85, 87). Une des conséquences de la révision de 1941 était le renforcement de cette exigence. WIEGAND, Akzessorietät, p. 44.

⁶⁶⁹ Ce besoin de détermination ressort de l'article 2^{ème} du Code des obligations, selon lequel les parties doivent déterminer les points essentiels pour que le contrat soit réputé conclu. Pour les concepts de détermination et déterminabilité, voir IYNEDJIAN, p. 145 ss.

⁶⁷⁰ La caution qui s'est engagée en faveur d'un caissier ne sera pas responsable pour les dommages causés par le débiteur principal hors du cadre normal de son activité professionnelle. Dans le cas cité, la caution n'avait pas à répondre de son travail dans une activité administrative plus étendue et qui ne rentrait plus dans le cercle d'activité d'un caissier. ATF 54 II 387, 392 ss, c. 3, (= JdT 1929 I 291, 296). Lorsque la caution s'est engagée pour garantir un crédit de construction, elle ne saurait être appelée à intervenir que si le crédit est finalement exploité en la forme ordinaire. Si le créancier traite ce crédit comme un compte de crédit ordinaire, sans l'approbation de la caution, la caution n'est plus engagée. ATF 64 II 208, 219 ss, c. 6 (= JdT 1939 I 465, 473). Cependant, le cautionnement donné pour le prix d'achat d'un immeuble a été jugé couvrir également la part du prix de vente payée par reprise d'un engagement hypothécaire. ATF 50 II 518, 522, c. 3. Un cautionnement qui porte sur les dettes déjà existantes a un objet suffisamment déterminé ou déterminable lorsque des éléments extrinsèques permettent de définir aisément qu'il s'agissait de dettes découlant d'un compte courant. ATF 120 II 35, 38, c. 3a, 39, c. 3c (= rés. JdT 1995 I 157) ; JdT 1995 III 108, 115, c. 4a. Ne constitue pas un cautionnement l'engagement de répondre en général tout dommage qu'une personne pourrait causer à un tiers. ATF 47 II 208, 211, c. 2 (= JdT 1922 I 422, 426).

⁶⁷¹ La caution qui s'est engagée en faveur d'un fonctionnaire ou d'un employé pour une période déterminée ne saurait être recherchée pour un préjudice commis hors de cette période. ATF 23 I 349, 361 c. 2. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 19 ; CR-MEIER, art. 492, n. 41 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 11 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 28.

⁶⁷² Pour que la dette principale soit individualisée, il faut dans la règle que le créancier soit nommé ou du moins qu'il soit désigné de telle sorte qu'il puisse être identifié. ATF 46 II 95, 97 ss, c. 2 (= JdT 1920 I 362, 364). « Doivent toutefois être réservés naturellement les cas du cautionnement en faveur d'un prêteur qu'il s'agit encore de trouver, puisque, d'après la jurisprudence du TF le cautionnement en faveur d'un créancier non encore déterminé est licite » ou en faveur de l'acquéreur futur d'un titre au porteur ou d'un gage immobilier. ATF 46 II 95, 97 ss, c. 2 (= JdT 1920 I 362, 364). Voir aussi ATF 45 II 162, 172, c. 2 (= JdT 1919 I 485, 494) ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 19. En revanche, selon Meier, il faut considérer que dans ces deux cas le créancier est suffisamment déterminable, sans qu'il soit en réalité nécessaire d'apporter une dérogation à la règle générale. CR-MEIER, art. 492, n. 42. En revanche, pour une autre partie de la doctrine, la personnalité du créancier importe peu sous l'angle de l'individualisation nécessaire de la dette principale. « Il est licite de se porter caution *in incertam personam*, en faveur d'une personne non encore déterminée. » SCYBOZ, p. 52.

la caution ne sera responsable que de l'inexécution d'une obligation déterminée⁶⁷³. Par exemple, si la caution s'est engagée pour une dette parmi plusieurs qu'on ne peut déterminer précisément, on admet que le cautionnement n'est pas valable⁶⁷⁴. Aux dires du Tribunal fédéral, « pour être valable, le contrat de cautionnement suppose que la dette principale soit déterminée non seulement quant aux parties mais aussi quant à sa cause, son étendue et l'époque de son exécution ; s'il s'agit d'un crédit, l'opération dans son ensemble doit être déterminée de façon que l'on sache quelles créances y sont incluses. En outre, le contenu de la déclaration de la caution est déterminant pour savoir de quelles obligations elle répond. »⁶⁷⁵

315. Le principe qui ressort de l'idée selon laquelle les engagements excessifs contrares aux droits de la personnalité sont prohibés joue un rôle important en matière de cautionnement⁶⁷⁶. C'est pourquoi le Tribunal fédéral n'accepte pas les cautionnements garantissant toutes les dettes

De même, l'absence du nom du débiteur dans le cautionnement original n'entraîne pas la nullité de l'acte. RFJ 1993 64, 66, c. 2.

⁶⁷³ Selon Yargitay, le cautionnement donné pour le remboursement de la bourse d'études d'une personne n'est pas valable si celle-ci fait ses études dans un autre pays que celui prévu par le contrat. 4. HD, E. 3175, K. 100, T. 7.1.1958 (cité par ÖZTÜRK, ERULUÇ, AKÇOLLU, ŞENTÜRK, p. 365) ; 4. HD, E. 1200, K. 1071, T. 29.11.1957 (cité par ÖZTÜRK, ERULUÇ, AKÇOLLU, ŞENTÜRK, p. 365) ; TD, E. 955, K. 4597, T. 15.10.1955 (cité par OLGAC, Akit, p. 577). Pour Reisoğlu, il faut considérer les conditions dans lesquelles la caution s'est engagée. Si elle s'est engagée en tenant compte du pays d'étude dans cet exemple, il faut considérer le cautionnement comme non valable. Sinon, il n'y a aucune raison pour ne pas accepter sa validité. REİSOĞLU, Kefalet, p. 14, note. 68.

⁶⁷⁴ 13. HD, E. 1991/7229, K. 1991/10997, T. 3.12.1991 (cité par KARAHASAN, p. 1222).

⁶⁷⁵ Tel est le cas si le créancier peut être identifié et si la cause de l'obligation est connue. Cela peut même résulter de l'interprétation de la commune volonté des parties dégagée sur la base d'éléments extrinsèques. ATF 120 II 35, 38, c. 3a, 39, c. 3c (= rés. JdT 1995 I 157) ; ATF 49 II 373, 377, c. 2 (= JdT 1924 I 290, 293 ss) ; ATF 48 II 196, 208 ss, c. 10 ad a (= JdT 1923 I 354, 365) ; ATF 46 II 95, 97 ss, c. 2 (= JdT 1920 I 362, 364) « Si cette déclaration se réfère à un crédit de construction, la caution ne répond dès lors pas des dettes résultant d'un compte courant ouvert au débiteur principal auprès de la même banque ; il en est de même dans le cas où le débiteur a plusieurs comptes courants et que les dettes se fondent sur un autre compte que celui désigné dans la déclaration de cautionnement. » JdT 1993 III 34, 35 ss, c. 4b.

⁶⁷⁶ En revanche, selon la doctrine, ni l'art. 20 CO ni l'art. 27 CC ne protègent la caution qui s'est simplement engagée au-delà de ses capacités économiques. BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 21 ; CR-MEIER, art. 492, n. 33 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 67b. Voir aussi ATF 95 II 55, 57 ss, c. 2b (= JdT 1970 I 85, 86 ss).

futures du débiteur et les considère comme contrares à l'article 19 alinéa 2 CO et 27 CC. Il faut individualiser la dette principale⁶⁷⁷. Cependant, selon le Tribunal fédéral, la dette garantie est suffisamment déterminée lorsque le cautionnement se réfère à des engagements existants que l'interprétation permet de spécifier, notamment à la créance résultant d'un crédit déterminé⁶⁷⁸.

316. Le Tribunal fédéral a admis la nullité partielle d'un cautionnement comprenant la clause suivante : « la caution doit actuellement et pourra devoir à l'avenir à (la banque), quelle qu'en soit la cause, y compris toute créance d'intérêts, contractuels ou légaux, commissions et frais ajoutés au capital lors du bouclage des comptes, jusqu'à concurrence du montant total de 120 000 francs »⁶⁷⁹. Selon le Tribunal fédéral, l'acte en cause apparaît suffisamment précis puisqu'il mentionne les dettes résultant des engagements existants de la débitrice principale. Le recours à des éléments extrinsèques permet en effet de déterminer qu'il s'agit des dettes découlant du compte courant entre la débitrice et le créancier principaux. En revanche, il admet que cette clause ne comporte aucune restriction et ne permet pas de se faire une idée exacte de l'étendue de l'engagement futur de la caution, et, par conséquent, du risque encouru. L'expression « quelle qu'en soit la cause » peut créer le résultat suivant : considérer comme garanties des dettes dont les parties pouvaient difficilement envisager la naissance lors de la conclusion du contrat.

⁶⁷⁷ De même, le Tribunal fédéral n'admet pas les hypothèques constituées pour un nombre indéterminé de créances futures, car cela constitue une atteinte illicite aux droits de la personnalité [ATF 108 II 47, 48 ss, c. 2 (= rés. JdT 1984 II 92, 93)], et les cessions de créances à fin de sûretés qui ne sont limitées ni dans le temps ni quant à son objet. ATF 112 II 433, 436 ss, c. 3 (= JdT 1987 I 162, 164 ss). Voir aussi ATF 120 II 35, 38, c. 3a (= rés. JdT 1995 I 157). Voir aussi GUHL, Obligationenrecht, p. 628, n. 18.

⁶⁷⁸ JdT 1995 III 108, 116, c. 4b. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas considéré comme déterminé ou déterminable le cautionnement par lequel la caution indiquait clairement la personne du débiteur principal et celle du créancier, mais ne disait rien de la cause ou de l'étendue de la dette principale. Seul le montant total à concurrence duquel elle était tenue était précisé. Selon le Tribunal fédéral, « à supposer que deux ou plusieurs crédits aient été ouverts, l'acte ne permettait pas de déterminer lequel était garanti par le cautionnement. En outre, l'indication selon laquelle la caution répond du <remboursement de toutes les créances que la banque possède déjà actuellement ou pourra posséder ultérieurement contre E. SA.> ne figure que dans l'acte de cautionnement du 28 août 1981, nulle faute de revêtir la forme authentique. Or un tel engagement de la caution, portant sur toutes les créances actuelles et futures, ne saurait être présumé lorsque l'acte en brevet se limite à indiquer la personne du créancier. » JdT 1993 III 34, 36, c. 4b

⁶⁷⁹ Voir ATF 120 II 35 (= rés. JdT 1995 I 157).

317. Pour Yargıtay également, le montant de la dette de la caution doit être déterminable pour sauvegarder les intérêts de la caution. Si la dette n'est pas déterminable ou si sa détermination crée des doutes chez le juge, le cautionnement n'est pas valable. Par exemple, Yargıtay n'a pas admis la validité d'un cautionnement donné pour un bail à loyer, par lequel la caution garantissait que le débiteur réparerait le dommage lors de la restitution de la chose. Selon les juges, la caution ne pouvait pas déterminer l'étendue de son engagement lors de la conclusion du contrat⁶⁸⁰. La caution n'est également pas responsable si le prix de la chose vendue augmente après la conclusion du cautionnement⁶⁸¹.

318. En revanche, dans la doctrine, certains auteurs tiennent en principe pour valable la clause selon laquelle la caution garantit toutes les créances actuelles et futures d'une banque envers le débiteur principal dans la mesure où la caution, selon les règles de la bonne foi, peut compter sur une limitation de son engagement⁶⁸². Pour ces auteurs, cette jurisprudence paraît particulièrement sévère : « on devrait admettre une clause générale lorsqu'elle couvre les prétentions, mêmes futures, issues des rapports normaux d'affaires (cautionnement d'un rapport obligationnel plutôt que d'une obligation déterminée) puisque la caution est déjà protégée de manière efficace par un plafond chiffré mis à sa responsabilité. »⁶⁸³

⁶⁸⁰ 13. HD, E. 1991/7229, K. 1991/10997, T. 3.12.1991 (cité par KARAHASAN, p. 1222).

⁶⁸¹ 13. HD, E. 1998/2696, K. 1998/4413, T. 18.5.1998 (www.kazanci.com.tr).

⁶⁸² BECK, art. 492, n. 107. Selon Wiegand par exemple, la caution est déjà protégée par la « *summenmässige Begrenzung* ». Selon cet auteur, il s'agit d'une application de l'accessorité en matière de cautionnement. En revanche, le droit suisse connaît déjà cette solution pour les autres dettes accessoires. En matière de gage immobilier, qui est d'ailleurs une sûreté réelle accessoire, les parties peuvent indiquer une somme fixe représentant le maximum de la garantie immobilière si la créance n'est pas encore déterminée (art. 794 II CO). WIEGAND, Bürgschaft, p. 201 ss. Voir aussi ATF 49 II 373, 377, c. 2 (= JdT 1924 I 290, 294) ; ATF 48 II 196, 208 ss, c. 10 ad a (= JdT 1923 I 354, 364 ss).

⁶⁸³ CR-MEIER, art. 492, n. 41. Voir aussi WIEGAND, Bürgschaft, p. 201 ss, BECK, art. 492, n. 107, IYNEDJIAN 116 ss. Cet auteur critique l'arrêt du Tribunal fédéral qui a établi une distinction entre les créances de nature contractuelle, délictuelle ou nées de l'enrichissement illégitime en admettant que seules celles découlant des contrats puissent être garanties globalement. Voir ATF 120 II 35, 39, c. 3b (= rés. JdT 1995 I 57). Pour Iynedjian il vaut mieux distinguer « les créances qui ne sont pas en rapport avec l'activité de crédit de la banque » et « les créances qui présentent une connexité avec l'activité de crédit de la banque » au lieu de s'attacher au critère de la « cause », et admettre seulement les deuxièmes comme faisant partie de la sûreté globale. Autrement dit, pour cet auteur, une sûreté garantissant toutes les créances du

319. Pour Giovanoli, l'approche du Tribunal dans l'arrêt précité⁶⁸⁴ sous une forme aussi générale est étonnante d'autant plus que, dans le cas particulier, la caution était l'administrateur de la société cautionnée et avait un intérêt personnel au cautionnement. On ne voit pas pourquoi le fait de garantir l'ensemble des dettes résultant de l'activité professionnelle ou des affaires ne serait pas possible⁶⁸⁵.

320. Pour Reisoğlu, qui admet aussi que la protection de la caution est bel et bien établie par le plafond du montant maximum à concurrence duquel elle est tenue, la règle de la détermination de la dette provient de l'accessorité du cautionnement et la caution peut garantir plusieurs dettes du débiteur en même temps⁶⁸⁶. C'est pourquoi il est admissible de se porter caution pour un compte courant malgré l'existence de plusieurs dettes⁶⁸⁷. Selon cet auteur, la caution qui s'engage pour le remboursement d'un crédit octroyé par une banque sera également responsable lorsque la banque octroie un nouveau crédit après le remboursement du crédit initial s'il existe une clause générale dans le cautionnement par laquelle la caution s'engage pour toutes les dettes actuelles et futures du débiteur principal⁶⁸⁸.

débiteur « qu'elle qu'en soit la cause » est valable. Toutefois seules les créances qui présentent « une connexité avec l'activité de crédit » de la banque peuvent être considérées comme garanties. En effet, la sûreté ne couvre pas les créances qui ne sont pas en rapport avec l'activité de crédit de la banque. IYNEDJIAN, p. 117 ss, 187 ss.

⁶⁸⁴ ATF 120 II 35 (= rés. JdT 1995 I 157).

⁶⁸⁵ « Au demeurant, il importe de protéger des clients peu expérimentés contre des clauses insolites incluses dans les conditions générales. Sans doute serait-il préférable d'agir sur ce plan pour lutter contre des abus éventuels plutôt que d'intervenir, de façon ponctuelle, sporadique et par conséquent peu cohérente, sur divers dispositions particulières de la partie du CO, avec le risque de créer des régimes disparates pour divers types de sûretés remplissant en définitive des fonctions analogues. Il vaudrait mieux développer une approche générale cohérente, aussi bien – en amont – qu'en – aval –, quant aux exigences posées pour la détermination ou déterminabilité de l'assiette de sûretés globales, d'une part, et du cercle des créances garanties, d'autre part ». GIOVANOLI, Mario, Tendances, p. 65 ss.

⁶⁸⁶ REİSOĞLU, Kefalet, p. 12. Voir aussi 11. HD, E. 6646, K. 778, T. 3.12.1990 (cité par ERİŞ, p. 111, n. 21).

⁶⁸⁷ 11. HD, E. 1988/1489, K. 1988/1500, T. 11.3.1988 (cité par KARAHASAN, p. 1221) ; 13. HD, E. 1976/5420, K. 1976/1188, T. 22.2.1977 (YKD 1977, v. 3, no. 10, p. 1430) ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 12 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 499, n. 44 ss.

⁶⁸⁸ REİSOĞLU, Kefalet, p. 12.

321. Le Tribunal fédéral a révisé sa jurisprudence après toutes ces critiques formulées par la doctrine. Dans un arrêt rendu récemment, le Tribunal fédéral a admis comme valable le cautionnement doté d'une clause générale en précisant quand même que si la caution peut démontrer de bonne foi qu'elle a compris que son engagement était limité, le cautionnement doit être interprété dans ce sens⁶⁸⁹.

322. En revanche, Yargıtay n'a toujours pas modifié sa jurisprudence sur le sujet.

B. Garantie indépendante

323. Comme la validité de la garantie ne dépend pas de l'existence d'un contrat de base, l'individualisation d'une dette principale n'est pas une condition de validité du contrat. En revanche, la question se pose de savoir si le garant peut garantir toutes les dettes futures d'un débiteur. La question se révèle plus importante pour les garanties indépendantes qui ne prévoient pas un montant forfaitaire que pour les cautionnements, car la caution est mieux protégée par l'indication numérique du montant total à concurrence duquel elle est tenue.

324. Selon le Tribunal fédéral : « la caution garantit qu'une dette déterminée sera payée, le porte-fort que le créancier recevra une prestation déterminée. »⁶⁹⁰ Une partie de la doctrine admet en se basant sur cet arrêt, que pour les contrats de garantie également, le fait du tiers doit être au moins déterminable⁶⁹¹, le risque étant alors déterminé. Pour Büsser, par exemple, un contrat qui garantit toutes les dettes d'une personne (donneur d'ordre) envers une autre (bénéficiaire) qui existent actuellement et qui

⁶⁸⁹ ATF 128 III 434, 439 ss, c. 3.4: « [...] *indessen könne sich eine Einschränkung dann ergeben, wenn sich der Bürge nach Treu und Glauben darauf habe verlassen dürfen, dass der Haftungskreis beschränkt sei. Dem ist beizustimmen. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip [...] ist umso mehr angezeigt, als sich, – wie das Bundesgericht bereits zum alten Bürgschaftsrecht festgehalten hat – beim Bürgschaftsvertrag <hauptsächlich nur der eine Teil und zudem zugunsten eines Dritten, des Hauptschuldners, verpflichtet, [weshalb der Vertrag] in erhöhtem Masse im Schutze der Bestimmungen über Treu und Glauben steht>.* »

⁶⁹⁰ ATF 113 II 434, 439, c. 3c (= JdT 1988 185, 190).

⁶⁹¹ SPAINI, p. 39. Voir aussi BÜSSER, p. 98, n. 347 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 1. Un renvoi au contrat de base sert à déterminer l'objet de la sûreté tant en matière de cautionnement qu'en matière de garantie. KLEINER, Bankgarantie, p. 37, n. 5.16.

pourront exister à l'avenir quelle qu'en soit la cause (art. 27 CC)⁶⁹² ne peut être admis.

325. Yargıtay exige que l'obligation du garant soit déterminable. En effet, depuis l'an 2000, il y a eu en Turquie une très forte augmentation de l'utilisation des cartes de crédit, pour lesquelles les banques demandaient des garanties de durée indéterminée. Les garants s'engageaient à l'avance à couvrir « toutes les augmentations des limites de crédit par la banque », « tous les changements de types de cartes » et « toutes les dettes déjà existantes et qui vont naître ultérieurement ». Pour la Cour de cassation turque, le contrat de garantie est une application de l'article 111 CO qui ne prévoit aucune règle quant à la forme et n'exige pas que la responsabilité du garant soit délimitée. Les parties ne sont donc pas obligées de déterminer la somme garantie à la conclusion du contrat. Cette liberté contractuelle est toutefois limitée par les articles 19 et 20 du Code des obligations. La Cour estime que, selon ces articles, celui qui s'oblige doit pouvoir déterminer, au moins approximativement, le montant qu'il devra payer et connaître ainsi ses obligations, puisqu'« on ne peut pas garantir l'inconnu ». En effet, on ne peut pas garantir toutes les obligations d'une personne, qui existent ou qui vont naître dans le futur, quelle qu'en soit la cause. En outre, si les parties au contrat de base aggravent la position du débiteur en modifiant les conditions de ses obligations ou si le débiteur principal souscrit des nouveaux engagements, le garant ne répond pas de ces nouveaux risques, à moins qu'il ne donne son consentement⁶⁹³. En bref, selon Yargıtay, le risque doit être déterminable.

⁶⁹² BÜSSER, p. 98, n. 348. En revanche, selon cet auteur, un tel risque n'existe pas en matière de garantie bancaire, car une banque n'assume pas des obligations ainsi inestimables en argent. *Idem*, p. 99 n. 349.

⁶⁹³ Selon la Cour de cassation turque, si un dépassement de la limite de crédit a été également garanti sans toutefois déterminer jusqu'à quel point le garant va rester responsable, il faut admettre que ce dernier est responsable jusqu'à un dépassement « raisonnable et admissible ». 19. HD, E. 2000/9411, K. 2001/3328, T. 1.5.2001 (www.kazanci.com.tr) ; HGK, E. 2001/19-998, K. 2001/1088, T. 28.11.2001 (Yargı Dünyası, Mart 2002, no. 75, p. 49). Cependant, il ne faut pas admettre que le garant va être responsable de l'augmentation des limites de crédit suite à une convention entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre. Les parties au contrat de base ne peuvent pas aggraver la situation du garant sans son consentement. Il faut admettre, selon l'article 44 I CO et les règles de la bonne foi que c'est le bénéficiaire qui a causé l'augmentation de la responsabilité du garant et que ce dernier n'est responsable que dans les limites prévues par la garantie. 19. HD, E. 2000/14, K. 2000/3252, T. 28.4.2000 (www.kazanci.com.tr) ; 19. HD, E. 2000/1841, K. 2000/1841, T. 7.3.2000 (www.kazanci.com.tr).

326. A notre avis et à la lumière de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral sur le cautionnement selon laquelle le cautionnement doté d'une clause générale est valable si la caution peut démontrer de bonne foi qu'elle a compris que son engagement était limité⁶⁹⁴, il faut admettre qu'on puisse garantir toutes les dettes d'une personne (donneur d'ordre) envers une autre (bénéficiaire), qui existent actuellement et qui pourront exister à l'avenir quelle qu'en soit la cause si les parties ont fixé un montant forfaitaire ou maximum dans la garantie. En effet, dans ce cas-là, le garant est protégé par ce montant⁶⁹⁵.

III. Indication numérique du montant total à concurrence duquel la caution est tenue (art. 493 I CO)

A. Cautionnement

327. Voici encore une règle apportée par la modification de 1941 afin de sauvegarder les intérêts de la caution et de lui faire savoir les limites de son engagement⁶⁹⁶. Dans l'acte du cautionnement, l'indication numérique

Ultérieurement, Yargıtay a admis en appliquant les critères de qualification, surtout celui découlant de l'intérêt du garant, qu'il ne s'agit pas d'une garantie, mais d'un cautionnement. HGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583, T. 4.7.2001 (Yargı Dünyası, Temmuz 2001, no. 67, p. 33). Selon Barlas, bien que le résultat atteint par Yargıtay soit correct, la méthode d'interprétation qu'il a appliqué est inadmissible, surtout en ce qui concerne le recours à des critères dépassés comme « le cautionnement est axé sur le débiteur, la garantie sur la dette », « la caution exécute à la place du débiteur principal, le garant paie des dommages-intérêts » ou encore « critère découlant d'un renvoi au contrat de base ». BARLAS, Kredi, p. 981 ss. Voir aussi, plus récemment, 11. HD, E. 2001/10654, K. 2002/506, T. 28.1.2002 (YKD 2002, v. 28, no. 8, p. 1190). Voir aussi ARKAN, Karar, p. 989 ss.

⁶⁹⁴ Voir *supra*, note. 689.

⁶⁹⁵ Voir *infra*, n. 606.

⁶⁹⁶ BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 19. Dans l'ancien droit du cautionnement, il n'était pas nécessaire pour le Tribunal fédéral que le montant du cautionnement soit indiqué numériquement dans l'acte. On admettait qu'il était suffisant que la caution puisse déterminer le montant selon des données fournies par l'acte ou par des pièces annexes auxquelles elle se référerait au moment de son engagement. ATF 64 II 346, 351, c. 2 (= JdT 1939 I 167, 171 ss) ; ATF 57 II 518, 526, c. 3 (= JdT 1932 I 430, 438) ; ATF 56 II 375, 384 ss, c. 4 ; ATF 50 II 289, 291 ; ATF 49 II 373, 379, c. 4 (= JdT 1924 I 290, 294) ; ATF 42 II 149, 152, c. 3 (= JdT 1916 I 535, 537). En revanche, à partir de 1938, le Tribunal fédéral a exigé que les éléments qui composaient la somme non exprimée en chiffres soient énoncés de manière

du montant total à concurrence duquel la caution est tenue⁶⁹⁷ est nécessaire, et cela pour chaque type de cautionnement.

328. En principe, la caution ne doit au créancier ni des dommages-intérêts ni une somme fixe⁶⁹⁸. Elle lui doit le montant de la dette du débiteur principal, à concurrence du montant maximum de l'engagement qu'elle a souscrit⁶⁹⁹. Ce montant est la limite supérieure pour laquelle la caution peut être recherchée dans l'hypothèse où le débiteur ne s'exécute pas ou ne s'exécute qu'imparfaitement. Si le montant n'est pas indiqué, le contrat de cautionnement n'est pas valable. Cette indication constitue à la fois une condition de forme et une condition matérielle de la validité du cautionnement⁷⁰⁰.

329. Le montant en chiffres doit être indiqué dans l'acte même du cautionnement⁷⁰¹. Un renvoi à un autre contrat, par exemple à un contrat de prêt ou à une reconnaissance de dette, n'est pas admissible⁷⁰². Même une connexion très étroite entre le cautionnement et le contrat de base ne remplit pas cette exigence formelle⁷⁰³.

numérique, de telle façon que le montant maximum de l'engagement puisse être calculé « par une simple opération arithmétique et sans l'aide des autres facteurs ». La référence à l'acte constitutif de la relation de base est cependant suffisante à condition qu'il y ait entre celui-ci et l'acte de cautionnement « une connexité si étroite que l'un vienne tout naturellement compléter l'autre ». Remarque de Thilo à l'ATF 64 II 346 (= JdT 1939 I 167) in : JdT 1939 I p. 175, 177 ; ATF 65 II 30, 34, c. b.

⁶⁹⁷ Il ne faut pas confondre ce dernier avec la dette du débiteur principal. BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 20. Une indication en lettre du montant total à concurrence duquel la caution est tenue n'est pas nécessaire. WACKE, p. 18. Le droit turc ne prévoit que la forme écrite simple et l'indication numérique du montant. C'est la raison pour laquelle la caution n'est pas obligée d'écrire de sa main le montant maximal. TANDOĞAN, II, p. 743. Utiliser des textes pré-rédigés ne pose donc aucun problème en droit turc. Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 588 I PCOTr.

⁶⁹⁸ Voir *supra*, n. 68.

⁶⁹⁹ LOMBARDINI, p. 600, n. 115.

⁷⁰⁰ ATF 117 II 490, 493, c. 3 (= JdT 1993 I 312, 315). Voir aussi GUHL, Cautionnement I, p. 4.

⁷⁰¹ SCYBOZ, p. 85 ; BECK, art. 493, n. 28. Il s'agit ici d'une condition spéciale de forme. BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 16.

⁷⁰² Ce qui était valable avant la révision. Voir ATF 61 II 99, 101 (= JdT 1935 I 546, 548) ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 21 ; CAVIN, Cautionnement, p. 37.

⁷⁰³ BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 21.

330. Conformément aux modifications de 1941, le fait que le montant soit déterminable n'est pas suffisant pour la validité du cautionnement⁷⁰⁴, même s'il ne s'agit que d'un simple calcul⁷⁰⁵. L'interprétation littérale de l'article 493 I CO donne lieu à la nullité du cautionnement même lorsque le montant est indiqué de la façon suivante : « 3000.– Franken, plus Zinsen und Kosten »⁷⁰⁶. Vu le caractère rigoureux du Code, la doctrine se pose la question de savoir s'il faut l'interpréter d'une manière aussi stricte⁷⁰⁷. « Cette limite maximale devrait permettre une certaine souplesse lorsque l'on examine le caractère plus ou moins déterminé ou déterminable de la dette (ou du rapport d'affaires) cautionnée puisque le plafond est connu de la caution. »⁷⁰⁸ Par exemple, selon Giovanoli, la validité des cautionnements ayant une formule comme « env. Fr ... » ou bien « ungefähr Fr... » doit être admise jusqu'au montant indiqué⁷⁰⁹.

331. En pratique, comme la caution ne peut être recherchée au-delà du montant indiqué dans l'acte, le créancier prend soin d'ajouter un supplément⁷¹⁰ – en général 20% – au montant de la créance de base afin de couvrir les prétentions résultant de l'article 499 II CO⁷¹¹.

332. En revanche, en droit turc (qui n'a pas suivi les modifications de 1941 sur le droit du cautionnement), le fait que la limite maximale puisse se calculer facilement, par une simple équation, donne lieu à un contrat valable⁷¹². Néanmoins, pour une partie de la doctrine, malgré l'article 484

⁷⁰⁴ CR-MEIER, art. 493, n. 4 ; BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 10 ; BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 22.

⁷⁰⁵ BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 22. Avant les modifications de 1941 sur les articles régissant le cautionnement, cette condition était considérée comme remplie si on pouvait calculer facilement le montant auquel la caution était tenue. ATF 61 II 99, 101 (= JdT 1935 I 546, 548) et les arrêts cités. Voir aussi BK-BECKER, a.art. 493, n. 9.

⁷⁰⁶ BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 23.

⁷⁰⁷ *Idem*, art. 493, n. 23.

⁷⁰⁸ CR-MEIER, art. 493, n. 4.

⁷⁰⁹ BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 24.

⁷¹⁰ BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 19.

⁷¹¹ ATF 120 II 35, 39, c. 3c (= rés. JdT 1995 I 157) ; CR-MEIER, art. 493, n. 4 ; KADERLI, p. 240. C'est une pratique qui contredit le but de l'article qui n'est pas de faire savoir à la caution seulement la somme pour laquelle elle sera tenue, mais aussi celle qu'elle a garantie. WIEGAND, Bürgschaft, p. 186.

⁷¹² 19. HD, E. 2002/159, K. 2002/4444, T. 7.6.2002 (www.kazanci.com.tr) ; 11. HD, E. 1561, K. 5170, T. 28.6.1990 (cité par ERİŞ, p. 110, n. 19). Voir aussi 3. HD, E. 14305/K. 8505, T. 14.12.1950 (TİK 1951, v. II, no. 2202, p. 1281) ; İBK, E. 1943/14, K. 1944/13, T. 12.4.1944 (cité par ERDEM, Özel, p. 533, n. 173) ; 4. HD, E. 3013, K. 2237, T. 20.11.1939 (cité par TUĞSAVUL, ÖZOĞUZ, p. 241) ; 4. HD, E. 1159, K. 293, T. 17.4.1936 (cité par TANDOĞAN, II, p. 756, note. 176).

COtr aux termes duquel : « la validité du cautionnement est subordonnée à l'observation de la forme écrite et à l'indication d'un montant déterminé jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue », il convient d'admettre la nécessité de l'indication numérique du montant total pour sauvegarder les intérêts de la caution. La facilité de calcul par la caution ne reflète que partiellement l'objectif de faire réfléchir la caution sur la gravité de son engagement⁷¹³.

333. La jurisprudence de Yargıtay sur ce sujet est loin d'être cohérente. La Cour de cassation turque n'a pas admis dans certains arrêts que le montant puisse être déterminé selon des éléments extrinsèques à la lettre du cautionnement⁷¹⁴, tandis que dans d'autres, elle a permis l'inverse⁷¹⁵.

L'existence de cette limite, qui peut se calculer facilement, doit être prise en considération d'office par le juge. 13. HD, E. 2003/1436, K. 2003/5850, T. 12.5.2003 (www.kazanci.com.tr) ; BARLAS Kredi, p. 944 ; VELIDEDEOĞLU, ÖZDEMİR, p. 688 ; TANDOĞAN, 756 ss ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 53 ss. En revanche, il est impossible de se porter caution pour l'obligation de payer des dommages-intérêts découlant de l'inexécution du contrat, car il est impossible de les calculer au moment de la conclusion. HGK, E. 150, K. 14, T. 4.1.1953 (cité par OLGAC, Akit, p. 526). Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 588 I PCOtr.

⁷¹³ KARAHASAN, p. 1219 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 54 ; BİLGE, Mesuliyet, p. 169. *Contra* TÜRK, p. 20. Dans une relation de crédit, si le cautionnement fait partie de l'acte du contrat de crédit, il faut admettre que la limite de la responsabilité de la caution est celle du crédit. Voir aussi 11. HD, E. 1715, K. 3508, T. 15.5.1986 (cité par REİSOĞLU, Kefalet, p. 172, note. 10). Selon Türk, lorsque le cautionnement fait l'objet d'un acte séparé, un simple renvoi au contrat de crédit est suffisant. Et si la caution a la volonté de n'être responsable que pour une partie du crédit octroyé au débiteur principal, elle doit faire insérer dans l'acte de cautionnement le montant maximum auquel elle veut être tenue. TÜRK, p. 22. Le raisonnement n'est pas admissible étant donné que la volonté du législateur est de sauvegarder la caution, partie réputée faible.

⁷¹⁴ 11. HD, E. 2002/630, K. 2002/4497, T. 7.5.2002 (YKD 2002, v.28, no. 12, p. 1812) ; 19. HD, E. 4325, K. 4434, T. 8.6.2001 (İKİD, yıl : 42, no. 499, Temmuz 2002, p. 1194) ; 13. HD, E. 11820, K. 827, T. 31.1.2001 (cité par KARAHASAN, p. 1224) ; 19. HD, E. 7123, K. 796, T. 10.2.2000 (cité par KARAHASAN, p. 1223) ; 13. HD, E. 1984/458, K. 1984/2118, T. 20.3.1984 (YKD 1984, v. X, no. 10, p. 1544) ; HGK, E. 968/750, K. 966, T. 29.11.1972 (ABD, 1973 p. 746) ; 4. HD, E. 8640, K. 8819, T. 27.11.1970 (cité par OLGAC, Akit, p. 524) ; HGK, E. 150, K. 14, T. 4.1.1953 (cité par OLGAC, Akit, p. 526) ; İBK, E. 14, K. 13, T. 12.4.1944 (cité par ERDEM, Özel, p. 533, n. 173).

⁷¹⁵ 11. HD, E. 2002/2649, K. 2002/5315, T. 28.5.2002 (YKD 2003, v. 29, no. 2, p. 212) ; 13. HD, E. 1121, K. 259, T. 4.2.1974 (cité par KARAHASAN, p. 1219) ; 11. HD, E. 1561, K. 5170, T. 28.6.1990 (cité par ERİŞ, p. 110, n. 19). Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation turque a d'abord admis que le gage immobilier n'était pas valable en raison d'un vice de forme. Il l'a converti en cautionnement en interprétant la volonté des parties comme une volonté de fournir une sûreté pour

B. Garantie indépendante

334. A la différence du cautionnement, aucune règle ne prescrit une indication du montant pour lequel la garantie peut être recherchée pour que la garantie soit valable. Les parties à la garantie peuvent donc conclure le contrat sans toutefois déterminer ce montant.

335. Cependant, il est conseillé aux parties de fixer une limite supérieure ou un montant forfaitaire.

336. Dans la pratique, surtout lorsqu'il s'agit d'une garantie bancaire dont le garant est une banque, les parties fixent en général un montant forfaitaire ou maximal que le garant paie au bénéficiaire en cas de réalisation du risque déterminé par la garantie.

IV. Consentement du conjoint

A. Cautionnement

337. A part les conditions que nous venons de citer, l'article 494 CO indique qu'une personne mariée ne se porter caution qu'avec le consentement écrit de son conjoint⁷¹⁶, à moins que les époux ne soient séparés de corps^{717 718} (art. 494 I CO). Ce consentement doit être donné

l'obligation du débiteur. Il a enfin déterminé le montant du cautionnement en tenant compte de la valeur de l'immeuble.

⁷¹⁶ Même quand la forme authentique est exigée, la forme écrite ordinaire est suffisante pour le consentement du conjoint. CR-MEIER, art. 494, n. 5 ; BK-GIOVANOLI, art. 494, n. 4 ; DUFT, p. 60 ss, FREY, p. 58. Il ne doit pas obligatoirement s'intégrer à l'acte même de cautionnement, la signature du conjoint peut ressortir d'un autre document ; mais il est recommandé, pour faciliter de preuve, que le consentement fasse partie de l'acte.

Pour Scyboz, les personnes mariées sont des personnes « *relativement incapables de cautionner* » de même que les personnes pourvues d'un conseil légal coopérant (art. 395 I 9 CO) et les débiteurs en difficulté financière auxquels l'autorité accorde un sursis concordataire et décide que ces derniers ne pourront se porter caution sans son consentement ou celui du commissaire (art. 317i LP). SCYBOZ, p. 78.

⁷¹⁷ BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 4 ; FUCHS, p. 340 ; ZIMMERMANN, p. 121 ; BECK, art. 494, n. 9. Quand il s'agit d'un jugement au sens de l'article 117 ss. CC, le consentement reste toujours nécessaire quand la séparation n'est qu'une séparation de fait ou quand il s'agit d'une décision de mesures provisoires dans le cadre d'une procédure de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage (art. 137 CC). CR-MEIER, art. 494, n. 9 ; BK-GIOVANOLI, art. 494, n. 16.

séparément pour chaque cas⁷¹⁹ et préalablement ou au plus tard au moment de la conclusion du contrat de cautionnement⁷²⁰.

338. Il s'agit d'une disposition impérative, d'une « *materielles Gültigkeitserfordernis* ». Ni la caution ni son conjoint ne peuvent y renoncer⁷²¹ et, en conséquence, si le consentement du conjoint n'existe pas, le cautionnement est nul⁷²². Cette condition doit être examinée d'office par le juge⁷²³. Elle est applicable à tous les types de cautionnement, qu'il soit simple, solidaire, conjoint⁷²⁴, soit supérieur à Fr. 2000.– ou pas⁷²⁵. Le consentement ne peut pas être donné d'une façon générale et le conjoint

⁷¹⁸ De même, l'article 494 CO ne s'applique ni aux concubins ni aux personnes veuves ou divorcées. CR-MEIER, art. 494, n. 1. Il ne s'applique pas non plus aux personnes mariées qui donnent un cautionnement non pas à titre personnel, mais engagent une personne morale en tant qu'organe. CR-MEIER, art. 494, n. 2 ; BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 4.

⁷¹⁹ SCYBOZ, p. 80. Ce qui revient à dire qu'un consentement général donné par l'époux est sans portée juridique. CR-MEIER, art. 494, n. 4 ; BK-GIOVANOLI, art. 494, n. 7 ; BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 1 ; BECK, art. 494, n. 27 ; HASENBÖHLER, p. 3.

⁷²⁰ DUPERREX, Crédit, p. 84 ; SCYBOZ, p. 80 ; DUFT, p. 54 ss ; FREY, p. 59 ; HASENBÖHLER, p. 3. « Le moment déterminant est celui de la déclaration de la caution, soit la signature par celle-ci de l'acte de cautionnement » (CR-MEIER, art. 494, n. 4) et non le moment de l'acceptation de l'offre de cautionnement par le créancier. BK-GIOVANOLI, art. 494, n. 8 ; BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 2. Cette condition de simultanéité est toutefois remplie lorsque le conjoint donne son consentement juste après la déclaration de la caution, dans « le même élan ou la même foulée » (CR-MEIER, art. 494, n. 4. Voir aussi ZK-SCHÖNENBERGER, art. 494, n. 26 ; BECK, art. 494, n. 23), par exemple, si la caution se trouve toujours chez le notaire. BK-GIOVANOLI, art. 494, n. 10.

⁷²¹ BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 1 ; CR-MEIER, art. 494, n. 1. Voir aussi ECK, art. 494, n. 3. Elle ne relève cependant pas de l'ordre public suisse selon art. 17 LDIP. BK-GIOVANOLI, art. 494, n. 3a.

⁷²² ATF 106 II 161, 165, c. 2e (= JdT 1980 I 594, 598).

⁷²³ BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 1.

⁷²⁴ DUPERREX, Crédit, p. 84. Le consentement du conjoint est requis même pour les cautionnements de dettes publics, de transport et douaniers. CR-MEIER, art. 494, n. 2 ; BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 3.

⁷²⁵ BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 2 ; CR-MEIER, art. 494, n. 2. Le consentement du conjoint est également nécessaire pour l'octroi du pouvoir spécial de cautionner et pour la promesse de cautionner par analogie avec l'article 493 VI CO. L'accord donné pour la promesse de cautionner vaudra également pour l'acte de cautionnement lui-même. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 3. En revanche, on ne demande pas de consentement pour la promesse de trouver une caution. CR-MEIER, art. 494, n. 2.

ne peut pas simplement ratifier le contrat de cautionnement qui aurait déjà été conclu⁷²⁶.

339. Ayant pour but de la protection de la famille⁷²⁷, le consentement du conjoint n'est pas nécessaire si la caution est inscrite sur le Registre du Commerce en qualité de chef d'une raison individuelle (art. 934 I, II CO), de membre d'une société en nom collectif (art. 552 ss CO), de membre indéfiniment responsable d'une société en commandite (art. 594 ss CO), d'administrateur ou de directeur d'une société anonyme (art. 641, 707 ss CO pour l'administrateur, 641 CO pour le directeur), d'administrateur d'une société en commandite par actions (art. 764 ss CO) ou d'associé-gérant d'une société à responsabilité limitée (art. 708, 811, 815, 494 II CO)⁷²⁸. C'est la simple inscription au Registre du Commerce qui est déterminante sans égard à l'activité effectivement déployée⁷²⁹. Pour la doctrine, il s'agit ici d'une liste exhaustive⁷³⁰. Ce qui précède ne vaudra toutefois que jusqu'au 1^{er} décembre 2005, puisque le parlement a accepté l'abrogation de l'article 494 II CO le 17 juin 2005⁷³¹. Selon la commission des affaires juridiques du Conseil national, la situation économique n'est pas pareille qu'en 1941. « Aujourd'hui, l'inscription au registre du commerce ne permet plus d'évaluer avec une précision suffisante les conséquences d'un cautionnement. Si la situation économique de l'entreprise n'est pas appréciée correctement, un cautionnement peut ainsi avoir pour la caution et sa famille des conséquences négatives que l'on ne saurait sous-estimer. Il est dès lors judicieux de prévoir que toutes les personnes mariées qui ne sont pas séparées de corps par jugement ont besoin du consentement de leur conjoint lorsqu'elles veulent se porter caution. »⁷³²

340. Selon l'article 494 III CO, le consentement du conjoint est nécessaire à chaque fois que le montant total de la dette de la caution

⁷²⁶ LOMBARDINI, p. 612, n. 147 ; DUFT, p. 59.

⁷²⁷ ATF 106 II 161, 165, 2d (= JdT 1980 I 594, 597) ; SCYBOZ, p. 79 ; WIEGAND, *Bürgerschaft*, p. 186, 195 ; FREY, p. 54, 59.

⁷²⁸ Avec cet article, le législateur a voulu éviter d'entraver les affaires (FUCHS, p. 340) et a estimé que ces personnes sont suffisamment rompues aux affaires (CR-MEIER, art. 494, n. 10). Pour des informations détaillées sur cet article, voir ZIMMERMANN, p. 121 ss.

⁷²⁹ CR-MEIER, art. 494, n. 10.

⁷³⁰ Une personne inscrite comme commanditaire, fondée de procuration ou gérante d'une société coopérative ne peut se porter caution qu'avec le consentement de son conjoint. CR-MEIER, art. 494, n. 11.

⁷³¹ FF 2005 3825.

⁷³² FF 2004 4659.

augmente, que le cautionnement simple se transforme en cautionnement solidaire ou que la modification a pour effet de diminuer notablement les sûretés (art. 494 III, 503 I CO)⁷³³. Le consentement du conjoint est donc requis lorsque les autres sûretés diminuent ; c'est notamment le cas lors de la libération d'une caution conjointe, de la renonciation totale ou partielle à des gages, ou de la libération de l'un des débiteurs solidaires dont la dette est reprise par l'autre⁷³⁴. La jurisprudence interprète cet article d'une façon assez large. Dans le cadre d'un cautionnement contracté par deux débiteurs solidaires, un nouveau consentement du conjoint est nécessaire quand l'un des débiteurs solidaires est libéré de sa dette, soit par la reprise privative de l'autre débiteur, soit par une libération totale⁷³⁵. Le cautionnement s'éteint si le conjoint ne consent pas à la modification⁷³⁶. Cependant, pour la doctrine, il faut aussi penser à la possibilité de l'application de l'article 20 II CO, dans ce sens que si les parties sont d'accord sur ce point, il faut que le cautionnement subsiste dans son contenu original.

341. Le consentement du conjoint est également requis lors d'un changement du débiteur (art. 493 V CO) ou de la prolongation du cautionnement (art. 509 CO)⁷³⁷.

342. Le refus du conjoint est absolu⁷³⁸. C'est-à-dire qu'il n'y a aucun moyen juridique, aucun recours contre le refus du conjoint. Il n'est pas non plus possible de faire appel au juge des mesures protectrices pour obtenir une autorisation tenant lieu de consentement du conjoint⁷³⁹.

343. Selon Giovanoli, dans l'hypothèse où le conjoint ne précise pas à quel type de cautionnement il consent, on présumera qu'il s'agit d'un cautionnement solidaire si le créancier de bonne foi peut (et a le droit de)

⁷³³ DUFT, p. 45 ss ; BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 5. Il faut interpréter la notion « sûreté » d'une manière assez large dans l'idée de protéger la famille. Le caractère « notable » de la diminution relève de l'appréciation et doit être examiné face à chaque cas concret. CR-MEIER, art. 494, n. 12. Toute diminution des sûretés n'est pas notable. BK-GIOVANOLI, art. 494, n. 20. En revanche, toute augmentation de la dette principale exige le consentement. BECK, art. 494, n. 16. Sur la notion de « sûreté », voir en particulier ATF 106 II 161, 163 ss, c. 2b (= JdT 1980 I 594, 596).

⁷³⁴ ATF 106 II 161, 163, c. 2c (= JdT 1980 I 594, 597) ; CR-MEIER, art. 494, n. 12 ; BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 5.

⁷³⁵ ATF 106 II 161, 163, c. 2c (= JdT 1980 I 594, 597).

⁷³⁶ ATF 106 II 161, 165, c. 2e (= JdT 1980 I 594, 598).

⁷³⁷ CR-MEIER, art. 494, n. 13. *Contra* BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 25a.

⁷³⁸ BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 3. Sur ce sujet voir DUFT, p. 79 ss.

⁷³⁹ CR-MEIER, art. 494, n. 7 ; BK-GIOVANOLI, art. 494, n. 12.

l'interpréter de telle manière parce qu'il constitue l'usage dans la pratique commerciale⁷⁴⁰.

344. Les considérations qui précèdent vaudront également pour des futurs partenaires enregistrés au sens de la loi fédérale sur le partenariat enregistré du 18 juin 2004⁷⁴¹, acceptée en votation populaire le 5 juin 2005. L'article 494 IV CO nouvelle teneur précise en effet que les trois premiers alinéas de l'article 494 CO s'appliquent par analogie aux partenaires enregistrés. Le Conseil fédéral prévoit une entrée en vigueur de la loi au 1^{er} janvier 2007.

B. Garantie indépendante

345. Il n'y a aucune règle qui prescrit le consentement du conjoint pour les garanties indépendantes. *De lege ferenda*, il serait préférable d'exiger le consentement du conjoint lorsque le garant n'est pas habile en affaires, car on le demande pour la caution qui assume cependant un risque moins étendu. Selon Meier également, « le législateur n'a pas cherché à assurer une protection cohérente et globale du conjoint face à de tels engagements, dont les risques (ne serait-ce qu'en raison de leur caractère indépendant) peuvent être bien plus importants qu'en matière de cautionnement. » En revanche, cet auteur n'admet pas une application analogique de l'article 494 CO à la garantie⁷⁴².

V. Consentement du juge

A. Cautionnement

346. Une autre condition concernant la validité du cautionnement découle de l'article 298 II LP (art. 290 LPtr). Selon cet article, un débiteur auquel un sursis concordataire est accordé ne peut en principe pas valablement cautionner. Le juge du concordat peut toutefois l'autoriser à le faire (art. 298 II LP). L'autorisation du commissaire ne suffit pas.

⁷⁴⁰ BK-GIOVANOLI, art. 494, n. 6.

⁷⁴¹ FF 2004 2935.

⁷⁴² CR-MEIER, art. 494, n. 3.

B. Garantie indépendante

347. La question est maintenant de savoir si l'article 298 II LP est applicable par analogie à la garantie indépendante. Selon la doctrine, l'énumération de l'article 298 II LP n'est pas exhaustive⁷⁴³. Le Tribunal fédéral est du même avis et a, par exemple, admis qu'un sursitaire ne peut pas valablement renoncer à la prescription acquise. Selon lui, « l'idée générale qui a inspiré le chapitre de la LP concernant le concordat est de mettre le débiteur au <bénéfice> d'un état privilégié, cela à la condition que sa situation reste intacte pour le cas où, le concordat ne pouvant aboutir, la faillite deviendrait inévitable. Le but de l'art. 298, sa raison d'être, est d'interdire au débiteur tous actes diminuant son patrimoine [...] »⁷⁴⁴ Au vu de ce qui précède, il faut admettre qu'un débiteur auquel est accordé un sursis concordataire ne peut se porter garant sans l'autorisation du juge. A défaut, la « raison d'être » de l'article en question pourrait être trop facilement éludée par la fourniture d'une garantie indépendante en lieu et place d'un cautionnement.

VI. L'illicéité et l'immoralité

A. Cautionnement

348. Si le contrat de base est nul pour cause d'illicéité⁷⁴⁵, d'immoralité⁷⁴⁶ ou pour cause de contrariété à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité, le contrat de cautionnement est également nul

⁷⁴³ GILLIERON, Pierre-Robert, art. 298, n. 8.

⁷⁴⁴ ATF 43 II 675, 680, c. 2.

⁷⁴⁵ Selon le Tribunal fédéral, le contrat est illicite au sens de l'article 20 CO quand son objet, le résultat auquel il conduit ou le but qu'il poursuit indirectement contrevient à un droit objectif, qu'il s'agisse de droit fédéral ou cantonal. « La nullité est cependant subordonnée à la condition que cette sanction soit expressément prévue par la loi concernée ou qu'elle ressorte du sens et du but de la norme violée. » ATF 119 II 222, 224, c. 2 (= JdT 1994 I 598, 599 ss) ; ATF 117 II 286, 287, c. 4a (= JdT 1992 I 303, 304) ; ATF 117 II 47, 48, c. 2a (= rés. JdT 1991 I 649).

⁷⁴⁶ « Sont contraires aux mœurs au sens de l'art. 20 CO al. 1^{er} CO les contrats condamnés par la moralité courante, par le sentiment général des convenances, par les principes et les jugements de valeur qu'implique l'ordre juridique considéré dans son ensemble. » ATF 115 II 232, 235, c. 4a (= JdT 1990 I 66, 69).

(art. 20 CO)⁷⁴⁷, car, comme il ne peut être qu'accessoire, il ne peut exister que sur la base d'une obligation valable (art. 492 II CO).

349. Les mêmes causes peuvent aussi vicier le contrat «de cautionnement lui-même. Il n'est toutefois pas facile d'imaginer que l'engagement de la caution, qui consiste à payer une somme d'argent, puisse être illicite, immoral ou contraire à l'ordre public. On peut néanmoins envisager un cautionnement contraire aux droits de la personnalité au sens de l'article 27 CC.

350. C'est notamment le cas, selon Grassinger, si le créancier abuse de sa position dominante parce qu'il connaît les relations amicales entre la caution et le débiteur et sait que celle-ci s'est engagée pour une somme qui dépasse largement ses capacités économiques afin d'aider ce dernier. Dans une telle situation, il faut admettre que l'obligation de la caution est contraire aux mœurs⁷⁴⁸.

351. En revanche, pour le Tribunal fédéral, le fait que la caution s'engage pour une somme qui va clairement au-delà de ses capacités économiques n'est pas contraire aux droits de la personnalité⁷⁴⁹.

B. Garantie indépendante

352. En principe, la garantie ne présuppose aucun contrat valable entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre. La nullité du contrat de base n'affecte pas la garantie.

353. En revanche, la jurisprudence et la doctrine majoritaire considèrent que les contrats de garantie sont nuls si la prestation garantie est illicite ou immorale⁷⁵⁰ (art. 20 I CO)⁷⁵¹. D'après Trigo Trindade, « la

⁷⁴⁷ La nullité du contrat de base pour impossibilité de la prestation va être examinée sous le titre suivant.

⁷⁴⁸ GRASSINGER, p. 70.

⁷⁴⁹ ATF 95 II 55, 57 ss, c. 2b (= JdT 1970 I 85, 86 ss).

⁷⁵⁰ Pour ces concepts, voir *supra*, note. 745, 746.

⁷⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 9.7.1998, 4C.436/1997, in : RSDA 2000, p. 185, r37, c. 3 ; BJM 1994 38, 45, c. 4 ; ATF 76 II 33, 37 ss, c. 4 (= JdT 1950 I 488, 492) ; DOHM, Garantie, p. 113, n. 227, GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 362, n. 4172 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 22 ; ROESLE, p. 112 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 111, n. 7 ; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 59 ; ZOBL, p. 39 ; RAPP, p. 284 ; BEGUELIN, p. 5 ; DESCHENAUX, Garantie, p. 4 ; GUGGENHEIM, Effets, p. 364. Voir aussi PETER, p. 304, 311 ss ; REİSOĞLU, Garanti, p. 145 ss ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 778 ; EREN, p. 1111 ; ARIK, p. 54 ;

formule utilisée par le Tribunal, selon laquelle «le porte-fort doit exécuter sa prestation même si l'obligation à la charge du tiers [...] est nulle» [...] est trop absolue. Personne, en effet, ne prétendra sérieusement que le porte-fort qui garantit une vente de cocaïne doit être exécuté malgré la nullité du contrat garanti. »⁷⁵²

354. Il s'agit d'une nullité absolue relevée d'office par le juge. Le fait que la prestation garantie, qui est en soi illégale ou immorale, reste inexécutée par le débiteur principal ne donne pas le droit aux dommages-intérêts contre le garant⁷⁵³. Cependant, le Tribunal fédéral avait admis que si l'illicéité ne viole que les dispositions cantonales sur les intérêts maximaux, une nullité partielle est admise (art. 20 II CO)⁷⁵⁴.

355. Il convient de dire que l'illicéité de la prestation du contrat de base rend la garantie nulle si elle est à même de rendre l'acte juridique nul également. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'article 20 du Code des obligations doit être interprété de manière restrictive dans la mesure où les conventions contraires au droit impératif ne sont nulles que si cette conséquence juridique est expressément prévue par la loi ou qu'elle résulte du texte et du but de la norme juridique violée⁷⁵⁵. On ne

ARKAN, Teminat, p. 69 ; HUGUENIN, Obligationenrecht, p. 182 ss, n. 1167 ; VASSEUR, p. 349 ; BÜSSER, p. 31, n. 103, p. 312, n. 1024 ; TRIGO TRINDADE, p. 230 ss ; TUNÇOMAĞ, p. 984 ; TEKİNALP, p. 394, n. 112 ; SPAINI, p. 128. Le manque de connaissance des parties sur l'illicéité ou l'immoralité de la prestation garantie ne change rien à cette solution. BÜSSER, p. 315, n. 1036.

La prestation du tiers qui consiste à respecter la convention de simulation et à ne pas faire valoir l'action en restitution fondée sur l'acte de crédit supposé n'est contraire ni à la loi ni aux mœurs. L'engagement pris par le garant, en parfaite connaissance de cause, de respecter l'accord de simulation est donc admissible. ATF 76 II 33, 38, c. 4 (= JdT 1950 I 488, 492). Voir aussi BJM 1994 38, 45, c. 4.

Le garant n'est pas obligé non plus lorsque la garantie sécurise un contrat de base qui se révélerait contraire à l'ordre public. LESGUILLONS, Conclusion, p. 517.

⁷⁵² TRIGO TRINDADE, p. 230. En revanche, pour cet auteur, il est aussi inexact de dire, contrairement à ce qu'a fait le Tribunal fédéral dans l'Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 9 juillet 1998, 4C.436/1997, c. 3, in : RSDA 2000, p. 185, r37, c. 3, que la validité du porte-fort est affectée dans tous les cas d'illicéité entraînant la nullité absolue du rapport juridique garanti. Il ne faut pas admettre la demande d'annuler la garantie lorsqu'elle est accordée pour une vente nulle pour vice de forme. p. 230 ss. Voir aussi BJM 1994 38, 45, c. 4.

⁷⁵³ ATF 76 II 33, 38, c. 4 (= JdT 1950 I 488, 492) ; SCYBOZ, p. 18 ; BK-WEBER, art. 111, n. 135 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 15.

⁷⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 9.7.1998, 4C.436/1997, in : RSDA 2000, p. 185, r37, c. 3.

⁷⁵⁵ ATF 129 III 209, 213, c. 2.2 (= JdT 2003 I 623, 627) ; ATF 119 II 222, 224, c. 2 (= JdT 1994 I 598, 599 ss) ; BJM 1994 38, 45, c. 4 ; ATF 117 II 286, 287 c. 4a (= JdT

peut donc pas dire que la promesse du garant est nulle à chaque fois que la prestation garantie viole une disposition légale⁷⁵⁶.

356. Selon Büsser, « *von der gesicherten, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Leistung, welche die Rechts – oder Sittenwidrigkeit des Garantievertrages begründet, ist deshalb die gesicherte, rechtmässige und sittliche Leistung zu unterscheiden, die aufgrund eines widerrechtlichen oder sittenwidrigen Valutavertrages nicht geschuldet ist.* » Selon cet auteur, une telle prestation n'exerce aucune influence sur la licéité et la conformité aux mœurs du contrat de garantie, puisque la garantie n'a pas pour but d'atteindre un résultat contraire au droit ou aux mœurs. Une garantie de prime d'assurance n'est par exemple pas illicite, même quand le contrat d'assurance est nul parce qu'il constitue une transaction couplée avec un bail d'habitation ou commercial (art. 254 CO)⁷⁵⁷.

357. Pour Dohm aussi, on ne peut pas affirmer de manière générale que la banque a toujours le droit de refuser le paiement dès lors que le contrat de base viole une disposition légale, par exemple des règles monétaires, des interdictions d'importation ou des interdictions cartellaires. Il se justifie plutôt d'admettre que la banque n'a en principe le droit de refuser le paiement que lorsque le contrat principal est contraire à la loi et aux mœurs du droit qui régit le contrat de garantie⁷⁵⁸, et ce car la

1992 I 303, 304); ATF 117 II 47, 48, c. 2a (= rés. JdT 1991 I 649); ATF 96 II 18, 20, c. 1 (= JdT 1971 I 354, 357) et les arrêts cités.

⁷⁵⁶ Par exemple, une personne peut promettre le fait d'un architecte qui n'est pas autorisé à pratiquer par le droit cantonal, car, selon le Tribunal fédéral, ce contrat est valable. ATF 117 II 47 (= rés. JdT 1991 I 649).

⁷⁵⁷ BÜSSER, p. 317, n. 1044.

⁷⁵⁸ En effet, l'article 19 LDIP prévoit la possibilité de prendre en considération, à certaines conditions, certains dispositions impératives du droit étranger. Selon le Tribunal fédéral, « ces conditions sont notamment les suivantes [...] :

1. la norme étrangère doit revendiquer impérativement son application sur le plan international ;
2. la norme doit avoir avec la situation visée un lien étroit [...] ;
3. il faut, selon la conception suisse du droit, qu'il y ait un intérêt prépondérant et digne de protection à ce que la norme soit appliquée [...], et, enfin
4. il faut que l'application de la norme, compte tenu du but qu'elle poursuit et des conséquences qu'elle entraîne, aboutisse à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit [...]. » ATF 130 III 620, 624, c. 3.2 (= SJ 2004 I 576, 577 ss).

garantie a pour but de fournir une sûreté au bénéficiaire même si le contrat de base est nul⁷⁵⁹.

358. Selon Yargıtay, par exemple, le paiement du solde de la créance d'une vente par acomptes peut être garanti en cas de défaut de paiement d'un seul acompte⁷⁶⁰, bien que cela ne soit pas possible dans le contrat de base (art. 224 COtr). De même, selon la Cour de cassation turque, une personne peut valablement s'obliger à ce qu'un tiers n'actionne pas le créancier, soit le bénéficiaire⁷⁶¹.

359. De même, le garant peut promettre valablement qu'une personne ne va pas se marier, bien que celle-ci ne puisse pas le promettre elle-même (art. 27 CC), car elle ne s'engage pas elle-même à ne pas se marier par cette promesse⁷⁶².

360. Selon la jurisprudence, si le garant connaît la simulation du contrat de durée garanti et s'est porté garant malgré cela, le contrat de garantie est admissible. La validité de la garantie ne dépend pas de celle du contrat garanti ; « [...] la prestation du tiers dont il est ici en question et qui consiste à respecter la convention de simulation et à ne pas faire valoir l'action en restitution fondée sur l'acte de crédit supposé, n'était contraire ni à la loi ni aux mœurs. [...] En se portant fort, en parfaite connaissance de cause, du respect de l'accord de simulation, la défenderesse a donc pris un engagement admissible en soi. »⁷⁶³

361. Tout comme en matière de cautionnement, il est difficilement imaginable que la dette du garant qui consiste en une somme d'argent puisse être illicite, immorale ou contraire à l'ordre public⁷⁶⁴. On peut

⁷⁵⁹ DOHM, Garantie, p. 114, n. 228. Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 197, n. 21.34.

⁷⁶⁰ 11. HD, E. 951, K. 1601, T. 9.5.1974 (YKD 1975, v. 1, no. 12, p. 62 ss).

⁷⁶¹ 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr).

⁷⁶² REİSOĞLU, Garanti, p. 146.

⁷⁶³ ATF 76 II 33, 38, c. 4 (= JdT 1950 I 488, 492 ss). Voir aussi BK-WEBER, art. 111, n. 136 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 6, 15. Voir aussi ATF 72 I 267, 278, c. 3 (= JT 1947 I 295, 304 ss).

⁷⁶⁴ Selon l'exemple fourni par la doctrine, si un garant promet au bénéficiaire qu'un tiers ne lui fera pas concurrence pendant dix ans, ce n'est pas la prestation du tiers qui est immorale mais la promesse de ne pas faire concurrence pendant dix ans. En revanche, le garant ne promet pas non plus de fournir la prestation promise, immorale, mais de payer des dommages-intérêts au cas où la prestation promise ne serait pas fournie par le tiers. La garantie est donc valable. BK-WEBER, art. 111, n. 136.

néanmoins envisager⁷⁶⁵ que cette obligation soit contraire aux droits de la personnalité au sens de l'article 27 CC, surtout lorsque le garant est une personne physique inexpérimentée en affaires. Même dans ce cas, la nullité du contrat de garantie n'affecte pas la validité du contrat de valeur. « Lorsque, en revanche, la prestation elle-même est licite, peu importe qu'en se conformant à la promesse du garant, le tiers verrait sa liberté considérablement restreinte, car, précisément, il n'y est pas tenu à raison de la garantie »⁷⁶⁶.

VII. L'impossibilité objective

A. Cautionnement

362. Selon l'article 492 II CO, le cautionnement ne peut exister que sur obligation valable. Par conséquent, le cautionnement ne peut pas se fonder sur une obligation initialement impossible (art. 20 CO)⁷⁶⁷.

363. De même, l'impossibilité objective subséquente par suite de circonstances non imputables au débiteur éteint l'obligation de la caution en même temps que celle du débiteur (art. 119 CO), car la caution est libérée dès que la dette principale est éteinte (art. 509 I CO).

364. En revanche, la caution n'est pas libérée lorsque les circonstances de l'impossibilité objective subséquente lui sont imputables, car, dans une telle situation, une libération de la caution se révélerait injuste et le créancier pourrait opposer « *die Einrede der Arglist* »⁷⁶⁸.

365. Enfin, à défaut d'une convention contraire, l'impossibilité entraînée par la législation étrangère applicable au débiteur domicilié dans l'Etat en question libère la caution tout comme le débiteur (art. 501 IV CO).

366. Il n'est guère imaginable que la dette de la caution qui consiste en une somme d'argent soit objectivement impossible.

⁷⁶⁵ Pour le cautionnement, voir *supra*, n. 349.

⁷⁶⁶ SCYBOZ, p. 18. Voir aussi BK-WEBER, art. 111, n. 136.

⁷⁶⁷ KARAHASAN, p. 1211.

⁷⁶⁸ BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 7 ; CR-MEIER, art. 509, n. 3 ; PESTALOZZI, art. 509, n. 5 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 509, n. 12. *Contra* BECK, art. 509, n. 19 : « *Hat dagegen der Hauptschuldner die Unmöglichkeit zu verantworten, so bleibt die Hauptschuld und damit auch die Bürgschaft bestehen.* »

B. Garantie indépendante

367. L'impossibilité objective d'exécution de la promesse de porte-fort n'est pas examinée par la doctrine. Selon Du Pasquier, cela s'explique par le fait que le garant est tenu, en principe, à une prestation pécuniaire qui rend l'exécution possible par définition⁷⁶⁹.

368. Quant à l'impossibilité objective de la prestation garantie, le Tribunal fédéral a déjà admis qu'un contrat de garantie est valable même s'il concerne une prestation impossible⁷⁷⁰. Cependant, selon la doctrine, il faut examiner la situation selon que l'impossibilité est initiale ou subséquente.

369. L'impossibilité subséquente, en tant que champ d'application typique du contrat de garantie, en d'autres termes, en tant que risque couvert par le garant, ne pose pas de problème⁷⁷¹. Le garant répond également du cas fortuit et de la force majeure. Le contrat de garantie protège le bénéficiaire non seulement contre le risque d'insolvabilité du débiteur principal, mais aussi contre le risque de force majeure et de cas fortuit⁷⁷².

370. En revanche, la doctrine est divisée au sujet de l'impossibilité initiale objective. Selon une partie de la doctrine, il n'existe pas non plus de contrat de garantie si la prestation garantie est impossible depuis

⁷⁶⁹ CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 11 ; REİSOĞLU, *Garanti*, p. 147 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 779 ; BEGUELIN, p. 6. Voir aussi von TUHR, PETER, p. 262, note. 67. Pourtant, selon Du Pasquier, si une force majeure ou des circonstances exceptionnelles affectent l'exécution de sa dette, surtout au cas où le garant s'engagerait à l'exécution en nature, il peut se prévaloir de l'impossibilité objective. CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 11.

⁷⁷⁰ ATF 76 II 33, 38, c. 4 (= JdT 1950 I 488, 493) ; ATF 72 I 267, 278, c. 3 (= JdT 1947 I 295, 305).

⁷⁷¹ SCYBOZ, p. 18 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 10 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 15 ; ARIK, p. 54 ; ARKAN, *Teminat*, p. 69 ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 362, n. 4174 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 111, n. 7 ; REUSSER, p. 72 ; GUGGENHEIM, *Effets*, p. 364 ; DOĞAN, p. 211, BEGUELIN, p. 6. Tunçomağ ne l'admet que pour le cas d'impossibilité subséquente fautive. TUNÇOMAĞ, p. 984.

⁷⁷² SPAINI, p. 126 ; KLEINER, *Bankgarantie*, p. 76 ss, n. 5.67. Mais, par contre, selon Spaini, « *wie im Zusammenhang mit der Nichtigkeit des Grundgeschäftes ausgeführt wurde, gilt es auch im Falle der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit gemäss art. 119 OR zu untersuchen, inwiefern sich der Sicherungszweck der Garantie (Garantiezweck) aufgrund einer ausdrücklichen Vereinbarung im Garantievertrag auch auf die Haftung für die nachträgliche objektive Unmöglichkeit erstreckt.* » SPAINI, p. 127.

l'origine⁷⁷³, car la garantie devient « *vollig bedeutungslos*. »⁷⁷⁴ De même, « *die ursprüngliche objektive Unmöglichkeit der garantierten Leistung steht der Gültigkeit der Garantievertrags ebenfalls entgegen, wenn man der Vertrag nicht als selbständiges Versprechen des Promittenten zur schlichten Leistung von Schadenersatz umdeuten muss.* »⁷⁷⁵

371. Cependant, la jurisprudence et une autre partie de la doctrine admettent avec raison que, même dans ce cas-là, la promesse faite par le garant est valable⁷⁷⁶. Il faut l'admettre parce le garant ne promet pas le fait du tiers lui-même, mais promet au bénéficiaire de réparer le dommage que celui-ci a subi en raison de l'inexécution de la prestation garantie⁷⁷⁷. A défaut d'une convention contraire, la garantie assure donc le bénéficiaire également contre l'impossibilité initiale objective. Dans ce cas-là, il aura la possibilité d'invalider la garantie pour cause d'erreur de base (art. 24 I 4 CO) si l'on peut admettre qu'il n'aurait pas conclu le contrat s'il avait su que la prestation garantie était initialement et objectivement impossible (la condition objective de l'erreur de base).

372. En revanche, si au moment de la conclusion du contrat, le bénéficiaire connaissait l'impossibilité initiale objective, le garant peut déclarer l'invalidité du contrat pour cause de dol⁷⁷⁸. Si l'impossibilité est connue par les deux parties au contrat ou seulement par le garant, il est certain que le contrat est valable, mais on ne peut pas le qualifier de contrat de garantie⁷⁷⁹, faute de risque. Il faut plutôt admettre qu'il s'agit d'une promesse unilatérale de paiement à laquelle le soi-disant garant est

⁷⁷³ ENGEL, Obligations, p. 434 ; SCYBOZ, p. 18 ; SPAINI, p. 128 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 111, n. 7 ; ARIK, p. 54 ; DOĞAN, p. 32 ; GUGGENHEIM, Effets, p. 364 ; TUNÇOMAĞ, p. 984. En revanche, « *garantiert jemand die Leistung eines Dritten (OR 111), ist es Frage der Auslegung der Vereinbarung, ob er im Falle unverschuldeter Nichtleistung des Dritten haftet oder nicht.* » BUCHER, p. 248, 421. Voir aussi BECKER ; art. 111, n. 13.

⁷⁷⁴ REUSSER, p. 69. Et « *zwecklos* » SPAINI, p. 128. Selon ce dernier auteur, la prestation garantie constitue un *essentialia negotii* du contrat de garantie.

⁷⁷⁵ GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 362, n. 4173.

⁷⁷⁶ ATF 76 II 33, 38, c. 4 (= JdT 1950 I 488, 493) ; ATF 72 I 267, 278, c. 3 (= JdT 1947 I 295, 304 ss). Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 15 ; HUGUENIN, Obligationenrecht, p. 183 ss, n. 1167 ; BÜSSER, p. 299 ss, n. 989 ss. L'impossibilité objective de la prestation garantie résulte du fait que le garant doit payer en tout temps. *Idem*, p. 301, n. 991.

⁷⁷⁷ BK-WEBER, art. 111, n. 139.

⁷⁷⁸ GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 362, n. 4173 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 149 ; REUSSER, p. 71. Voir aussi OĞUZMAN, ÖZ, p. 779.

⁷⁷⁹ BK-WEBER, art. 111, n. 140 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 15 ; REUSSER, p. 71.

tenu immédiatement⁷⁸⁰. Cette promesse ne sera valable que si la forme écrite a été respectée (art. 243 I CO). En revanche, dès que la promesse est exécutée par le soi-disant garant, le vice de forme n'est plus un chef de nullité (art. 243 III CO).

373. En ce qui concerne l'impossibilité initiale subjective, il faut arriver aux mêmes conclusions⁷⁸¹. Si les deux parties, ou même seulement le garant, connaissaient l'impossibilité initiale subjective, Engel est d'avis que l'engagement est valable sans toutefois être considéré comme un contrat de garantie : « ... connue des deux parties, une telle impossibilité entraîne la présomption que A et B ont voulu que les conséquences en soient assumées comme d'une impossibilité subjective subséquente, du cas fortuit ou de la force majeure. »⁷⁸² A notre avis, faute de risque, on ne peut toujours pas qualifier ce contrat de garantie indépendante.

§3 VICES DU CONSENTEMENT ET LESION

374. Le système volontariste en droit suisse et en droit turc présuppose que le contrat n'est parfait que lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté (art. 1 CO). En outre, le principe de l'autonomie de la volonté par lequel les personnes de droit privé ont le droit de conclure les contrats de leur gré dans les limites de la loi exige que la manifestation de volonté de la personne qui s'engage corresponde à sa volonté réelle. Lorsqu'il existe une divergence entre la volonté réelle et la volonté exprimée, tels qu'une erreur, un dol et une crainte fondée, la personne qui s'est engagée avec une volonté viciée peut invalider son engagement.

375. Dans cette partie de notre travail, nous allons appliquer aux garanties les règles régissant non seulement les vices du consentement (art. 23 ss CO)⁷⁸³, mais aussi la lésion (art. 21 CO), institution qui ne fait

⁷⁸⁰ Voir aussi BEGUELIN, p. 6. Pour Béguelin, cela revient à dire que le garant est tenu immédiatement à la réparation du dommage.

⁷⁸¹ CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 10 ; SCYBOZ, p. 18 ; BEGUELIN, p. 6.

⁷⁸² ENGEL, Obligations, p. 433. Voir aussi SCYBOZ, p. 18 ; REUSSER, p. 71 ss ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 15 ; DESCHENAUX, Garantie, p. 4.

⁷⁸³ Comme pour tout autre contrat, les articles régissant les vices du consentement sont applicables au cautionnement et à la garantie, tout en tenant compte les particularités de ces contrats (BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 9 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 57 ss ; ENGEL, Contrats, p. 643 ; ARKAN, Teminat, p. 71). Il faut en outre prendre en considération les circonstances de chaque cas. Par exemple, le juge doit

pas partie des vices de consentement en tant que tels mais qui permet à la partie lésée d'invalider son engagement sous certaines conditions.

376. Avant de commencer, il est important d'indiquer que, si la garantie a été stipulée en tant que condition suspensive au contrat de base par les parties à celui-ci et qu'elle est invalidée postérieurement pour cause de vice du consentement, il faut admettre que le contrat de base ne produira pas ses effets, car le bénéficiaire n'aurait pas conclu le contrat sans qu'une garantie soit fournie⁷⁸⁴.

I. Erreur

377. Le législateur ne donne pas de définition de l'erreur. A l'article 23 CO, il se contente de donner le principe suivant : « le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle. » On ne trouve pas non plus de définition de l'erreur essentielle.

378. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'erreur est la fausse représentation d'un fait qui ne correspond pas à la réalité⁷⁸⁵. En d'autres termes, elle est « une formation défectueuse de la volonté contractuelle, consistant dans une divergence entre représentation fautive et représentation juste de la réalité. »⁷⁸⁶ Si une telle représentation fautive de la réalité fait défaut, on ne peut pas parler d'erreur au sens de ces articles⁷⁸⁷.

tenir compte des connaissances professionnelles de la caution. BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 60. Selon la doctrine, l'erreur et le dol sont assez fréquents chez la caution vu son caractère particulier. La caution prend en effet à la légère son engagement et pense au moment de son engagement qu'elle ne devra jamais payer, car elle n'est obligée que si le débiteur principal ne s'acquitte pas de sa dette. De plus, les particuliers pensent qu'une caution solidaire ne paie qu'une partie de la dette. BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 59. Ce caractère particulier du cautionnement favorise ainsi l'admission des vices du consentement.

⁷⁸⁴ Voir *supra*, n. 137.

⁷⁸⁵ ATF 110 II 293, 302, c. 5a (JdT 1985 I 214, 222) ; ATF 57 II 284, 288, c. 2 (= JdT 1932 I 87, 90) ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 155, n. 761 ; GUGGENHEIM, Conclusion, p. 141 ; BaK-SCHWENZER, art. 23, n. 2, Obligationenrecht, p. 237, n. 37.01 ; von BÜREN, Allgemeiner, p. 231 ; TERCIER, Obligations, p. 149, n. 715.

⁷⁸⁶ CR-SCHMIDLIN, art. 23-24, n. 1.

⁷⁸⁷ GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 155, n. 762. « *Der Irrtum ist unwirksam.* » BaK-SCHWENZER, art. 23, n. 3.

379. La loi ne tient compte que de l'erreur essentielle⁷⁸⁸. En d'autres termes, pour qu'une victime d'erreur puisse se libérer du contrat, l'erreur doit être essentielle⁷⁸⁹. Celle-ci doit donc être d'une certaine gravité.

380. Le Code se contente d'énumérer à l'article 24 CO les cas d'erreur essentielle de manière non limitative⁷⁹⁰. Dans sa systématique, il prévoit notamment les erreurs de déclaration en tant qu'erreur essentielle, telles que l'erreur sur la nature du contrat (art. 24 I 1 CO), sur l'objet des prestations (sur la chose) ou sur la personne du contractant (art. 24 I 2 CO), ou sur leurs quantités (art. 24 I 3 CO). L'erreur qui concerne uniquement les motifs n'est pas essentielle. En revanche, dans l'alinéa 4 de l'article 24 I CO, le législateur fait une exception et admet comme essentielle l'erreur de base sous certaines conditions⁷⁹¹.

A. Erreur de déclaration

381. On parle d'erreur de la déclaration lorsque la manifestation de la volonté retenue ne correspond pas à ce que son auteur voulait communiquer⁷⁹². L'erreur sur la déclaration peut se produire de deux façons : soit le déclarant n'a pas de volonté contractuelle ; soit il a une telle volonté mais elle est différente de ce qu'il déclare. La première possibilité, qui n'est pas inimaginable entre les particuliers, est cependant rare pour les garanties⁷⁹³.

⁷⁸⁸ La seule exception à cette règle est le cas du dol (art. 28 CO). Dans ce cas, point n'est besoin que l'erreur consécutive au dol soit essentielle ; une simple erreur sur les motifs suffit pour que la partie qui en est victime puisse invalider le contrat. ENGEL, Obligations, p. 354.

⁷⁸⁹ Par exemple, l'erreur est essentielle lorsqu'on admet que la caution ne se serait pas engagée si elle avait connu la vérité. BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 61.

⁷⁹⁰ ENGEL, Obligations, p. 320 ; SCHWENZER, Obligationenrecht, p. 237, n. 37.02.

⁷⁹¹ Voir *infra*, n. 401.

⁷⁹² TERCIER, Obligations, p. 150, n. 720 ; von TUHR, PETER, p. 301 ss.

⁷⁹³ En fait, elle est rare pour tous les contrats et due, la plupart du temps, à une inattention. CR-SCHMIDLIN, art. 23-24, n. 12. Les arrêts concernant l'erreur de déclaration sont peu nombreux. *Idem*, art. 23-24, n. 23.

1. Erreur sur la nature du contrat

382. C'est ce qu'on appelle l'erreur *in negotio* (art. 24 I 1 CO). Le contrat conclu est, par sa nature ou son type, différent du contrat voulu. Il s'agit d'une fausse qualification⁷⁹⁴.

383. En matière de garantie, l'erreur sur la nature du contrat est l'erreur qui porte sur la nature de la garantie. En revanche, si l'erreur porte sur la nature du contrat garanti, soit du contrat de base, il s'agit d'une erreur sur l'objet du contrat.

a) Cautionnement

384. On peut parler d'erreur sur la nature du contrat lorsque par exemple une personne s'engage pour une reprise cumulative de dette en ayant la volonté de s'engager comme caution simple⁷⁹⁵. En outre, on peut envisager qu'une personne conclue une garantie bien que sa volonté porte sur la conclusion d'un cautionnement. Cependant, Meier admet que le formalisme du contrat de cautionnement est de nature à empêcher cette erreur⁷⁹⁶. En revanche, le Tribunal fédéral a admis une telle erreur dans le cas où les obligés ont cru s'engager seulement à donner leurs fonds en gage, en garantie des sommes dues par la société ensuite du crédit ouvert à cette dernière, tandis que la déclaration de volonté entachée d'erreur tendait à les rendre responsables de cette dette, non seulement sur leur propriété immobilière, mais en outre sur leur fortune entière, en vertu d'un cautionnement solidaire⁷⁹⁷.

385. Le contrat est cependant conclu en tant que garantie lorsqu'une personne ayant voulu se porter caution signe un texte préédigé dans lequel le terme « garantie » existe bel et bien. Le garant peut toutefois

⁷⁹⁴ On peut donner comme exemple la reconnaissance de dette en lieu et place d'une hypothèque légale ou le leasing d'une location. CR-SCHMIDLIN, art. 23-24, n. 24. Pour d'autres exemples voir BUCHER, p. 199 ss; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 168, n. 822; BaK-SCHWENZER, art. 24, n. 10, Obligationenrecht, p. 239, n. 37.11; GUHL, Obligationenrecht, p. 139, n. 5; von TUHR, PETER, p. 303, GUGGENHEIM, Conclusion, p. 144; TEKINAY, AKMAN, BURCU-OĞLU, ALTOP, p. 433; OĞUZMAN, ÖZ, p. 82, EREN, p. 346.

⁷⁹⁵ ATF 34 II 523, 530 ss, c. 6; GUHL, Obligationenrecht, p. 139, n. 5.

⁷⁹⁶ CR-MEIER, art. 492, n. 26.

⁷⁹⁷ ATF 49 II 167, 180, c. 3 (= JdT 1924 I 66, 74 ss). Voir aussi ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492; n. 87, BECK, art. 492, n. 59.

l'invalider dans un délai une année en vertu de l'article 24 I CO⁷⁹⁸. Une telle erreur est surtout imaginable lorsqu'une personne remplit le formulaire du contrat de garantie indépendante au lieu de celui du cautionnement. De même, il est possible que la banque mandatée par le donneur d'ordre conclue une garantie au lieu d'un cautionnement en se trompant sur le formulaire (contrat préédigé)⁷⁹⁹.

386. Enfin, en matière de cautionnement, il y a une erreur sur la nature du contrat de la part du conjoint lorsqu'il donne son consentement (art. 494 CO) pour un cautionnement simple alors que les parties avaient entendu conclure un cautionnement solidaire. L'article 25 II CO trouve alors application⁸⁰⁰.

b) Garantie indépendante

387. A l'inverse, l'erreur de quelqu'un qui veut s'engager en tant que garant mais qui, par erreur, s'engage comme caution est plus rare. Il est effectivement difficile d'imaginer qu'une partie se prévale de son erreur en alléguant qu'elle avait voulu conclure une garantie au lieu d'un cautionnement, étant donné les avantages dont dispose la caution par rapport au garant. Cette hypothèse pourrait être envisageable pour une banque qui, voulant éviter d'intervenir dans les affaires des parties au contrat de base, préfère être garante que caution, bien qu'ici encore les connaissances de la banque en la matière rendent une telle erreur peu plausible.

388. Enfin, il serait également possible d'imaginer qu'une déclaration qui n'a aucune conséquence juridique selon son auteur soit interprétée par son destinataire de bonne foi comme une volonté de s'engager⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ BARLAS, Kredi, p. 970.

⁷⁹⁹ BÜSSER, p. 320, n. 1053.

⁸⁰⁰ CR-MEIER, art. 494, n. 4; BK-GIOVANOLI, art. 494, n. 6, 13. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 494, n. 3.

⁸⁰¹ « Toute déclaration donnée à la légère mais prise au sérieux par l'autre partie peut conduire à une erreur de déclaration (*Scherzerklärung*). » CR-SCHMIDLIN, art. 23-24, n. 25. C'est notamment le cas lorsque le déclarant n'a pas la volonté juridique de s'engager envers une personne, mais s'exprime par conviction qu'un tiers exécutera sa promesse envers ce dernier.

2. Erreur sur la chose et sur la personne

389. Il s'agit d'une fausse identification de la chose ou de la personne (art. 24 I 2 CO)⁸⁰². Pour qu'on puisse parler d'erreur sur la personne ou sur la chose, il faut que la personne qui invoque l'erreur se trompe sur l'identification de la chose ou de la personne, mais non sur la qualité de ces dernières. Sinon, il faudra recourir à l'erreur de base⁸⁰³.

390. Une erreur sur la personne implique aussi l'existence d'une condition plutôt subjective : la partie invoquant l'erreur doit prouver que le contrat est conclu *intuitu personae* puisque le code prévoit que le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même (art. 68 CO)⁸⁰⁴. Selon le Tribunal fédéral, l'erreur sur la personne (*error in persona*) est essentielle lorsque celui qui se prévaut de son erreur avait en vue une autre personne et qu'il s'est engagé principalement en considération de cette personne. En d'autres termes, « pour qu'une telle erreur soit admise, il faut que l'erreur porte sur l'identité du cocontractant, lequel a été confondu avec une autre personne. Et, pour que cette erreur dans la déclaration soit considérée comme essentielle, il convient que la personne du cocontractant soit importante pour le déclarant, qui a conclu le contrat *intuitu personae*. Ce sera en particulier le cas dans les contrats où le débiteur est en principe tenu d'exécuter personnellement son obligation (art. 68 CO) et où les rapports de confiance jouent un rôle primordial – à l'instar du mandat – ainsi que dans les contrats de durée où la personnalité du partenaire contractuel joue un rôle de premier plan. »⁸⁰⁵

⁸⁰² CR-SCHMIDLIN, art. 23–24, n. 26 ; BaK-SCHWENZER, art. 24, n. 12, Obligationenrecht, n. 37.13 ; BUCHER, p. 200 ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 433 ss ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 82 ss. Il s'agit d'une confusion (*Verwechslung*). von TUHR, PETER, p. 304 ; EREN, p. 346 ss.

⁸⁰³ BUCHER, p. 200 ; CR-SCHMIDLIN, art. 23–24, n. 26 ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 168, n. 823 ; GUGGENHEIM, Conclusion, p. 145.

⁸⁰⁴ CR-SCHMIDLIN, art. 23–24, n. 61. Voir aussi BUCHER, p. 200 ss ; von TUHR, PETER, p. 305 ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 434 ; EREN, p. 347 ; GUHL, Obligationenrecht, p. 139, n. 7.

⁸⁰⁵ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 25 juin 2001, 4C.389/2002, c. 5.1. Voir aussi GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 168, n. 823.

a) Cautionnement

391. La caution s'engage, en principe, en tenant compte de la personne du débiteur principal et non du créancier. On pourrait dès lors estimer qu'il y a erreur sur la personne du débiteur principal quand la caution a voulu s'engager pour une autre personne que le débiteur principal⁸⁰⁶. Selon Grassinger, une fausse identification de la personne du débiteur principal peut donner à la caution le droit d'annuler le cautionnement pour cause d'erreur⁸⁰⁷. A notre avis, étant donné que le cautionnement est conclu entre la caution et le créancier, la fausse identification du débiteur principal ne donne pas à la caution le droit de se libérer en invoquant une erreur sur la personne, parce que, comme nous venons de le dire, une personne peut s'en prévaloir si l'erreur porte sur l'identité du cocontractant qui aurait été confondu avec une autre personne. Le débiteur principal n'est pas le contractant de la caution du point de vue du cautionnement.

392. La doctrine admet l'erreur sur la personne de la part du créancier lorsque ce dernier conclut le contrat de cautionnement avec une caution désargentée en la confondant avec une autre personne tout à fait solvable⁸⁰⁸. En principe, il est peu plausible qu'un créancier invalide la garantie en invoquant une telle erreur. En effet, une telle démarche n'aurait aucun intérêt, car elle laisserait le créancier sans garantie. On peut cependant imaginer une situation dans laquelle la fourniture de la garantie constitue la condition suspensive du contrat de base et où le créancier a intérêt à l'invalider puisqu'elle permet, par ricochet, d'empêcher le contrat de base de sortir ces effets.

393. Du point de vue de la caution, l'erreur peut porter sur la personne du créancier. Cette situation est cependant difficilement imaginable, car la

⁸⁰⁶ RVJ 1995 111, 112, c. 3c ; SCYBOZ, p. 83 ; BECK, art. 492, n. 59 ; YAVUZ, p. 772. Quand on admet avec une partie de la doctrine que la caution s'engage en faveur du débiteur principal, la personne de ce dernier devient de plus en plus importante. TANDOĞAN, II, p. 735 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 34 ss. « *Doch kann der Irrtum über die Person des Hauptschuldners z.B. dann unwesentlich sein, wenn mehrere Bürgen die Bürgschaft für ihren insolvent gewordenen Hauptschuldner dadurch einlösen, dass sie einen neuen Kredit aufnehmen, bei welchem ein Mitbürge als neuer Hauptschuldner, sie ändern als Bürgen auftreten, ohne dass eine Änderung der bisherigen gegenseitigen Rückgriffsrechte eintreten soll.* » BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 63.

⁸⁰⁷ Cet auteur ne cite toutefois pas la cause de l'erreur. GRASSINGER, p. 84.

⁸⁰⁸ CR-MEIER, art. 492, n. 26 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 59. En revanche, l'erreur sur la personne n'est pas essentielle lorsque le cautionnement est un cautionnement solidaire et qu'une des cautions prend la place du créancier.

personne du créancier importe peu pour la caution. Cette possibilité n'est toutefois pas exclue par la doctrine⁸⁰⁹.

394. Quant à l'erreur sur la chose, on peut donner comme exemple la situation de la caution qui garantit l'obligation d'un débiteur découlant d'une reprise de dette, bien qu'elle ait voulu garantir l'obligation de remboursement d'un crédit accordé au même débiteur⁸¹⁰. On mentionnera aussi le cas de la caution qui ne veut garantir que les engagements des débiteurs postérieurs à la souscription du cautionnement mais qui se retrouve engagée pour les dettes antérieures⁸¹¹, ou encore la situation de celle qui veut cautionner l'engagement d'un acheteur découlant d'un contrat de vente et qui cautionne par erreur une obligation provenant d'un prêt⁸¹². Le Tribunal fédéral a également admis l'erreur lorsqu'il y avait la volonté de cautionner un crédit de consommation et non une relation de compte (de crédit ordinaire) courant⁸¹³.

b) Garantie indépendante

395. Il sied de rappeler que dans la plupart des garanties indépendantes, surtout en cas de garantie à première demande, étant donné le risque d'appel abusif, la personne du créancier revêt une grande importance aux yeux du garant, et ce bien que la garantie soit unilatérale. Une erreur sur la personne du créancier est donc imaginable. Par ailleurs, la doctrine admet que le garant peut invalider la garantie pour cause d'erreur sur la personne lorsqu'il conclut le contrat avec un autre

⁸⁰⁹ REİSOĞLU, Kefalet, p. 35. Voir aussi ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 87 ; BECK, art. 492, n. 59.

⁸¹⁰ Voir ATF 23 II 1637. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a admis l'erreur d'une caution qui a mal évalué la contre-prestation du créancier, en admettant que la contre-prestation peut revêtir une grande importance pour la caution dans certains cas. ATF 23 II 1637, 1643 ss, c. 5.

⁸¹¹ L'article 499 III CO empêcherait toutefois une telle erreur dans la majorité des cas. Il s'agit d'une présomption admise en droit turc aussi, car la caution s'engage dans l'intérêt du débiteur principal pour que le créancier lui octroie un crédit. GRASSINGER, p. 86. Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 594 III PCotr.

⁸¹² ATF 25 II 569, 572 ss, c. 2.

⁸¹³ Lorsque la caution s'engage dans l'idée connue du créancier qu'il s'agit d'un crédit de construction garanti également par une hypothèque sur le terrain à bâtir, elle est libérée si le créancier admet que le crédit soit exploité sous forme de compte de crédit ordinaire et ne s'assure pas que les espèces remises au débiteur sont affectées à la construction sur le fonds grevé. ATF 64 II 208 (= JdT 1939 I 465). Selon Büsser, on peut admettre la même solution pour le garant. BÜSSER, p. 320, n. 1054.

bénéficiaire que celui qui apparaît comme bénéficiaire dans le contrat de couverture⁸¹⁴. Elle admet également la possibilité d'une erreur sur la personne du débiteur principal⁸¹⁵. En revanche, tout comme en matière de cautionnement, on ne peut pas admettre cette dernière comme une erreur sur la personne puisque le débiteur principal ne fait pas partie du contrat de garantie.

396. Ce qui est dit à propos de l'erreur sur la chose en matière de cautionnement est également valable en matière de garantie. En effet, le garant peut invoquer l'erreur sur la chose dans certaines situations, par exemple lorsqu'il garantit un autre contrat que celui qu'il a voulu garantir.

3. Erreur sur la quantité

397. L'erreur sur la quantité est l'erreur sur l'étendue de la prestation ou de la contre-prestation (art. 24 I 3 CO)⁸¹⁶. Elle est possible tant en matière de cautionnement qu'en matière de garantie.

a) Cautionnement

398. Dans un arrêt⁸¹⁷, le Tribunal fédéral a admis l'erreur sur quantité dans le cas suivant : la banque signe trois documents, l'original avec deux copies, de manière à se porter caution pour une somme de 420 000 francs, alors que le créancier, en tant que destinataire, croyait que sa créance était couverte pour une somme de 1 260 000 francs, en d'autres termes trois fois 420 000 francs. Selon les juges, la banque invoquait l'erreur à juste titre, mais celle-ci résultait de sa propre négligence (art. 26 I CO)⁸¹⁸.

⁸¹⁴ SCHÖNLE, Missbrauch, p. 59 ; DOHM, Garantie, p. 110, n. 219 ; BÜSSER, p. 320, n. 1054 ; LOMBARDINI, p. 302, n. 44.

⁸¹⁵ ARIK, p. 52.

⁸¹⁶ CR-SCHMIDLIN, art. 23-24, n. 28 ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 168, n. 824 ; BaK-SCHWENZER, art. 24, n. 15 ; GUHL, Obligationenrecht, p. 140, n. 8 ; BUCHER, p. 201 ; von TUHR, PETER, p. 305 ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 435 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 83 ; EREN, p. 347. L'exemple maintes fois repris par la doctrine est celui du bijoutier qui fixe le prix d'un bijou à 1 380 francs au lieu de 13 800 francs. Voir ATF 105 II 23 (= JdT 1979 I 474).

⁸¹⁷ RSJ 77, n. 12, 44, 45, c. 4.

⁸¹⁸ RSJ 77, n. 12, 44, 45, c. 5a.

399. L'erreur sur la quantité ne doit pas être confondue avec l'erreur dans l'estimation de la valeur d'une chose. La première présuppose une valeur préalablement déterminée, tandis que la seconde concerne la volonté de conclure un contrat et ne représente qu'une simple erreur sur les motifs⁸¹⁹. Une caution qui s'engage à dédommager un acheteur ne peut, par exemple, pas alléguer une erreur sur la quantité dans le cas où les objets vendus sont défectueux.

b) Garantie indépendante

400. La doctrine admet également l'invalidation pour cause d'erreur sur la quantité en matière de contrats de garantie⁸²⁰.

B. Erreur de base

401. Conformément à l'article 24 II CO, la simple erreur sur les motifs n'est pas essentielle. Elle reste par conséquent sans effet juridique. En revanche, par l'article 24 I 4 CO, le législateur apporte une exception et admet que la personne qui commet une erreur sur sa motivation contractuelle, formant la raison directe de la conclusion du contrat, peut s'en prévaloir sous certaines conditions : « en tant qu'erreur de motif qualifiée, elle ne concerne que la partie des motifs qui, subjectivement, forme la condition – *sine qua non* – du contrat et qui, objectivement, doit être considérée comme essentielle selon la loyauté commerciale. »⁸²¹ En d'autres termes, il y a erreur de base lorsque le contractant se trouve dans l'erreur sur les faits qui forment subjectivement et objectivement la base du contrat⁸²².

⁸¹⁹ CR-SCHMIDLIN, art. 23–24, n. 29.

⁸²⁰ SCHÖNLE, *Missbrauch*, p. 59 ; LOMBARDINI, p. 302, n. 44.

⁸²¹ CR-SCHMIDLIN, art. 23–24, n. 7. Voir aussi GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 157, n. 775 ; von TUHR, PETER, p. 308 ss ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 430 ss ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 86 ; EREN, p. 347 ss ; TERCIER, *Obligations*, p. 153, n. 736 ss.

⁸²² ATF 97 II 43 = JdT 1972 I 47 ; ATF 96 II 101, 104 ss, c. 1c (= JdT 1971 I 162, 165 ss) ; ATF 95 II 409 (= JdT 1970 I 325) ; ATF 91 II 275, 278 ss, c. 2 (JdT 1967 I 37, 40 ss) ; ATF 84 II 515, 519 (= JdT 1959 I 306, 310) ; ENGEL, *Obligations*, p. 327 ss ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 158 ss, n. 779 ss ; BaK-SCHWENZER, art. 24, n. 20 ss, *Obligationenrecht*, p. 242 ss, n. 37.25 ss ; HUGUENIN, *Obligationenrecht*, p. 78, n. 469 ss ; GUHL, *Obligationenrecht*, p. 140,

402. En revanche, pour les garanties, il est naturellement exclu que l'erreur portant sur l'insolvabilité, la situation financière, le crédit du débiteur ou encore sur le risque économique assumé par le garant⁸²³ constitue une erreur essentielle au sens de l'article 24 I 4 CO. En effet, le but de ces contrats est en principe de renforcer la position du créancier en couvrant le risque d'une perte patrimoniale qu'il peut subir en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du débiteur principal. En d'autres termes, le garant promet au créancier de s'exécuter si le débiteur principal ne le fait pas, notamment en raison de son insolvabilité⁸²⁴.

403. Il est donc difficile d'admettre l'erreur de base pour les garanties. Cependant, une partie de la doctrine l'admet en matière de cautionnement. En outre, le Code des obligations prévoit deux *lex specialis* aux articles 510 I CO et 497 III CO.

a) Cautionnement

aa) Généralités

404. L'invalidation pour erreur essentielle sur la solvabilité du débiteur doit être exclue pour les cautionnements. De même, la caution ne peut

n. 10 ; GUGGENHEIM, *Conclusion*, p. 150 ss ; BUCHER, p. 206 ss. La jurisprudence y a ajouté une autre condition comme le résultat du principe de la bonne foi : l'erreur de base doit porter sur des faits dont le cocontractant connaissait ou aurait dû connaître le rôle déterminant qu'ils jouaient pour la partie en erreur. ATF 110 II 293, 303, c. 5 (= JdT 1985 I 214, 222) ; RVJ 1969 18, 22, c. 3 ; ATF 83 II 18, 22 ss, c. 3a (= JdT 1957 I 492, 495) ; ATF 82 II 411, 424, c. 7 (= JdT 1957 I 182, 190) ; ATF 57 II 284, 289, c. 2 (= JdT 1932 I 87, 91).

⁸²³ RSJ 67, n. 106, 222, 223, c. 4, ATF 45 II 43, 47, c. 2 (= JdT 1919 I 263, 267) ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 10 ; CR-MEIER, art. 492, n. 27 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 60a ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 87 ; BÜSSER, p. 328, n. 1085 ; BECK, art. 492, n. 58 ; von BÜREN, *Besonderer*, p. 305 ; von TUHR, PETER, ESCHER, p. 48, note. 42.

⁸²⁴ D'ailleurs, selon la doctrine, les faits auxquels se réfère l'erreur de base doivent être d'une nature certaine (*bestimmter Sachverhalt*) ; les faits de nature spéculative ou des faits risqués sont exclus. « Il ne suffit pas d'un simple espoir ni d'une conjecture adoptée sans raison suffisante, voire par esprit de spéculation. » ATF 109 II 105, 111, c. 4b (aa) (= JdT 1984 I 134, 138) ; ATF 107 II 343, 347, c. 1b (= JdT 1982 I 272, 276) ; CR-SCHMIDLIN, art. 23–24, n. 35. Il n'y a aucun doute sur le fait que les contrats de garantie contiennent un caractère risqué ou spéculatif, d'ailleurs ce à quoi le garant s'engage est le résultat d'un fait incertain.

invalider le cautionnement en invoquant une mauvaise information sur la situation financière du débiteur⁸²⁵ que si elle est victime d'un dol⁸²⁶.

405. En revanche, Grassinger admet une erreur de base qui porte sur la solvabilité, la situation financière ou le crédit du débiteur si les conditions de l'article 24 I 4 CO sont remplies⁸²⁷.

406. Une erreur portant sur des faits pertinents dans la relation entre la caution et le débiteur, en tant que simple erreur sur les motifs, ne permet pas non plus d'invalider le cautionnement⁸²⁸.

407. Enfin, selon Belser, en matière de cautionnement, il y a erreur de base de la part du conjoint « *wenn die bürgende Ehefrau beispielweise meint, die finanziellen Verhältnisse ihres Ehemannes seien besser, als sie es tatsächlich sind, oder wenn sie von vorbestehenden Schulden nichts weiss.* »⁸²⁹

bb) Lex specialis

408. Selon la doctrine, deux dispositions régissent l'erreur sur les motifs en matière de cautionnement, soit les articles 510 I et 497 III CO⁸³⁰. A notre avis, le cas régi par l'article 510 I CO concerne plutôt le problème d'imprévision que celui de l'erreur proprement dite⁸³¹. De même, l'article 497 III CO régit plutôt un cas spécial de l'obligation conditionnelle (art. 151 CO). Nous allons toutefois examiner ces

⁸²⁵ RVJ 1969 18, 22, c. 3 ; RSJ 67, n. 106, 222, 223, c. 7 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 9.

⁸²⁶ En revanche, « *fehlt es an einer Täuschung, weil die Bürgin spontan eine falsche Vorstellung gebildet hat, die niemand zu berichtigen verpflichtet war, so hindert nur ein wesentlicher Irrtum die Verbindlichkeit des Vertrages.* » BELSER, Finanzierung, p. 225.

⁸²⁷ En revanche, cet auteur ne fournit aucun exemple sur ce sujet. GRASSINGER, p. 82.
⁸²⁸ « Ainsi, la promesse faite par le débiteur de désintéresser l'ensemble de ses créanciers (dont la caution) d'une partie de leurs créances grâce à l'emprunt à cautionner ne constitue pas un élément nécessaire du contrat de cautionnement au sens de CO 24 I 4. » CR-MEIER, art. 492, n. 27. Voir ATF 53 II 35, 40, c. 2c (= JdT 1927 I 331, 336).

⁸²⁹ BELSER, Finanzierung, p. 225.

⁸³⁰ MEIER, art. 492, n. 27, art. 497, n. 26, TERCIER, p. 868, n. 6027.

⁸³¹ En fait, « une erreur sur une évolution future est également possible, mais dans ce cas les parties doivent par erreur avoir considéré comme certain un fait futur déterminé. » ATF 117 II 218, 224, c. 4 (= JdT 1994 I 167, 172). Voir aussi ATF 109 II 105, 110, c. 4 b (aa) (= JdT 1984 I 134, 138). Pour le cas régi par l'article 510 I CO, il est donc impossible de parler d'erreur.

dispositions dans cette partie de notre travail en suivant la doctrine qui les admet comme des *lex specialis* de l'erreur.

aaa) Art. 510 I CO

409. Selon l'article 510 I du Code des obligations, lorsque la caution garantit une dette future et que la situation financière du débiteur principal s'aggrave sensiblement, la caution peut révoquer son cautionnement par une déclaration écrite au créancier tant que la dette n'a pas pris naissance. Dans ce cas, la caution devra réparer le dommage négatif du créancier (art. 510 II CO)⁸³².

(bbb) Art. 497 III CO

410. L'erreur portant sur la fourniture d'autres sûretés (par exemple les gages) pour la dette principale ou sur l'existence de droits de rétention de rang préférentiel sur les gages qui garantissent également la dette cautionnée est en principe dépourvue du caractère essentiel⁸³³. En revanche, une deuxième *lex specialis* pour le cautionnement, régie à l'article 497 III CO, a trait à ce sujet. Si le créancier savait – ou pouvait savoir – que la caution s'est engagée en supposant que la même créance

⁸³² C'est un article qui n'existe pas dans le Code des obligations turc. Si les conditions de l'article 24 I 4 ne se sont pas réalisées, la caution ne peut donc pas annuler le cautionnement. GRASSINGER, p. 83. Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 604 PCot.

⁸³³ ATF 56 II 96, 102 ss, c. 3 (= JdT 1930 I 514, 519 ss). Selon le Tribunal fédéral, « en général, en matière de cautionnement, on ne peut considérer comme un élément nécessaire du contrat ni la remise des gages pour la créance cautionnée ni le fait que ces gages sont libres de tous gages et droits de rétention antérieurs. » Voir aussi ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 87 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 10 ; CR-MEIER, art. 492, n. 28 ; BECK, art. 492, n. 57 ; von BÜREN, Besonderer, p. 305.

Toutefois, « l'on réservera les cas spéciaux dans lesquels ces sûretés étaient essentielles pour la caution et que celle-ci excluait et pouvait exclure de bonne foi, au vu des informations en sa possession, tout risque à leur sujet ; la caution sera aussi protégée lorsque le créancier s'était engagé, expressément ou tacitement, à ce qu'un droit de gage promis par le débiteur principal soit effectivement constitué, de telle sorte que la caution puisse invoquer son bénéfice de discussion réelle si elle était un jour recherchée. » CR-MEIER, art. 492, n. 28. Voir aussi ATF 48 II 375, 382, c. 2 ; RVJ 1969 18, 22, c. 3. Voir également BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 10.

serait garantie par d'autres cautions⁸³⁴, la caution est libérée si cette condition ne se vérifie pas⁸³⁵ ou si, par la suite, l'une des cautions est déliée par le créancier⁸³⁶ ou si son engagement est déclaré nul⁸³⁷. Dans cette dernière hypothèse, le juge peut se borner, si l'équité l'exige, à atténuer convenablement la responsabilité de la caution (art. 497 III 2 CO). Si les conditions de l'article 497 III sont réalisées, la caution est entièrement libérée de plein droit. Pour la doctrine, la sanction est sévère ; une simple réduction des engagements est suffisante pour atteindre le but protecteur du législateur⁸³⁸.

411. Selon la doctrine, il n'est pas nécessaire que la caution puisse se prévaloir d'une erreur de base sur les éléments essentiels ou d'un dol, il suffit que le créancier sache, ou eût pu savoir, que la caution s'était

⁸³⁴ Cette supposition peut aussi ressortir des circonstances, mais elle doit être reconnaissable par le créancier. CR-MEIER, art. 497, n. 28 ; BK-GIOVANOLI, art. 497, n. 29. Yargıtay avait admis que cette volonté existe lorsque les signatures de plusieurs cautions figurent sur une même lettre de cautionnement. 4. HD, E. 1188, K. 2214, T. 28.10.1937 (cité par TEPECI, p. 782). En revanche, dans les arrêts plus récents, il a exigé la volonté soit claire [11. HD, E. 1985/2643, K. 1985/3880, T. 14.6.1985 (cité par ERİŞ, p. 106, n. 8)], voire l'existence d'une clause par laquelle la caution s'engage « à condition » que d'autres cautions s'engagent avec elle. HGK, E. 1990/11-208, K. 1990/342, T. 30.5.1990 (YKD 1990, v. XVI, no. 9, p. 1280).

⁸³⁵ BaK-PESTALOZZI, art. 497, n. 12. Si elle s'est engagée en supposant que la créance serait garantie avec plusieurs personnes mais que ce nombre prévu par la caution n'est pas atteint ou que le nombre des co-cautions est le bon, mais que l'identité de ces dernières diverge de ce qui a été initialement entrevu, les conditions de ces articles sont remplies. « Le demandeur a donc été libéré de son engagement au moment même où la Banque a agréé comme caution G. à la place des deux autres garants prévus ». ATF 63 II 167, 169, c. 1 (= rés. JdT 1938 I 474). Voir aussi CR-MEIER, art. 497, n. 29, BK-GIOVANOLI, art. 407, n. 29a.

⁸³⁶ A moins que la caution ait consenti à la remise de dette, dans la forme écrite requise par CO 493 V. CR-MEIER, art. 497, n. 29.

⁸³⁷ Et cela, quelle que soit la cause de la nullité. La co-caution qui serait responsable de la nullité de l'autre engagement ne saurait en revanche s'en prévaloir. CR-MEIER, art. 497, n. 29.

⁸³⁸ CR-MEIER, art. 497, n. 30 ; BK-GIOVANOLI, art. 497, n. 26. La libération prend effet au moment où la supposition ne se réalise pas, mais au plus tard au moment de l'exigibilité de la dette de la caution. CR-MEIER, art. 497, n. 30 ; PESTALOZZI art. 497, n. 13. Le Tribunal fédéral n'admet pas l'application de l'article 25 II CO si le créancier se déclare prêt à exécuter le contrat sans les autres coobligés prévus. ATF 59 II 28, 36, c. 7 (= JdT 1933 I 450, 457). Dans un tel cas, il faudra admettre que les cautions restantes gardent leur bénéfice de division originel, malgré le fait qu'une autre cocautation soit libérée. HONSELL, p. 398. Selon cet auteur, cet article ne s'applique pas en matière de « Teilbürgschaft ». *Idem*, p. 398.

engagée en supposant que la même créance serait garantie par d'autres cautions⁸³⁹.

412. La caution peut renoncer à se prévaloir de l'article 497 III CO, sans avoir comme obstacle l'article 492 IV, car elle pourrait s'engager indépendamment d'une autre caution, « voire garantir une dette qui, par suite d'une erreur, n'oblige même pas le débiteur principal [...] »⁸⁴⁰

413. Selon la doctrine, l'article 497 III CO ne s'applique qu'entre cautions principales, mais non entre codébiteurs ni entre garanti et porteur ou garant (art. 111 CO) ni, d'ailleurs, lorsque la caution s'attendait à la présence d'une arrière-caution ou à la fourniture d'un gage promis au créancier⁸⁴¹. Cependant, Yargıtay a tranché la question d'une manière différente. La Cour de cassation turque a admis dans l'un de ses arrêts que cet article est également applicable à une personne qui donne un gage immobilier en supposant que la créance était garantie par une caution⁸⁴².

b) Garantie indépendante

414. Une erreur portant sur la situation financière du débiteur principal, sur sa solvabilité, son crédit ou sur le risque assumé par le garant, ne peut en principe constituer qu'une simple erreur sur les motifs sans aucun effet juridique ; dans le cas contraire, les contrats de garanties risqueraient d'être invalidés dans la plupart des cas. De même, une erreur portant sur l'existence du contrat de base, de la prestation garantie, d'une éventuelle « *Regressschuldpflicht* », ou encore du contrat de couverture ne peut

⁸³⁹ SCYBOZ, p. 109 ; CR-MEIER, art. 497, n. 26 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 143. Selon Giovanoli, il s'agit d'une erreur qualifiée sur les motifs. BK-GIOVANOLI, art. 497, n. 26.

⁸⁴⁰ CR-MEIER, art. 497, n. 31. Une fois l'engagement pris sans cette réserve, une renonciation anticipée à la libération n'est plus admise. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 497, n. 14.

⁸⁴¹ CR-MEIER, art. 497, n. 27. Par exemple, voir ATF 49 III 205, 211, c. 3 (= JdT 1925 II 18 – seulement considérants 1 et 2). « En général, en matière de cautionnement, on ne peut considérer comme un élément nécessaire du contrat ni la remise de gages pour garantir la créance cautionnée ni le fait que ces gages sont libres de tous gages et droits de rétention antérieur. Il faut plutôt examiner chaque cas en particulier. » ATF 56 II 96, 103, c. 3 (= JdT 1930 I 514, 519).

⁸⁴² TD. 18.5.1959 E. 1959, K. 610 (cité par OLGAC, Akit, p. 559). Cet arrêt a été critiqué au motif qu'il élargit le champ d'application de l'article tendant à sauvegarder les intérêts de la caution. REİSOĞLU, Kefalet, p. 143. Le Tribunal fédéral ne va pas dans cette direction.

donner lieu à l'invalidation de la garantie car elle est indépendante de ces contrats⁸⁴³.

415. La doctrine n'admet pas l'application analogique des *lex specialis* relatives au cautionnement (art. 497 III, 510 I CO) à la garantie⁸⁴⁴. Nous nous demandons cependant pourquoi cette application ne peut être admise, surtout lorsque le garant est un particulier : ces articles ne concernent en effet pas le caractère accessoire du cautionnement, mais tendent à sauvegarder les intérêts de la caution, partie réputée faible.

II. Dol

416. Régi par l'article 28 CO, le dol consiste à induire intentionnellement une personne en erreur, à l'entretenir ou à la confirmer dans l'erreur pour la déterminer à faire une déclaration de volonté⁸⁴⁵.

417. Le dol peut se produire de deux manières. Premièrement, par commission lorsque l'auteur du dol affirme des faits faux ou supprime des faits vrais pour inciter son cocontractant à la conclusion du contrat. Deuxièmement, par omission lorsque l'auteur du dol ne crée l'erreur chez son partenaire qu'en s'abstenant de l'informer, par un silence intentionnel⁸⁴⁶.

418. Les faits dont tout le monde doit savoir⁸⁴⁷ qu'ils ont une marge de risque ou qu'ils sont de nature spéculative ne peuvent pas être objets de dol⁸⁴⁸. L'existence du dol ne pourra donc être admise que difficilement en

⁸⁴³ BÜSSER, p. 328 ss, n. 1086.

⁸⁴⁴ Voir *infra*, n. 767.

⁸⁴⁵ ENGEL, Obligations, p. 349. Voir aussi CR-SCHMIDLIN, art. 28, n. 1 ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 175, n. 856 ; HUGUENIN, Obligationenrecht, p. 78, n. 473 ; GUHL, Obligationenrecht, p. 147, n. 1 ; BUCHER, p. 218 ss ; GUGGENHEIM, Conclusion, p. 166 ; von TUHR, PETER, p. 321 ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 444 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 93 ; EREN, p. 358 ; TERCIER, Obligations, p. 155, n. 751. L'article 28 sauvegarde la « liberté de volonté » dans le domaine juridique. SCHWENZER, Obligationenrecht, p. 247, n. 38.02.

⁸⁴⁶ ENGEL, Obligations, p. 351 ss ; CR-SCHMIDLIN, art. 28, n. 5 ss ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 175 ss, n. 858 ss ; BUCHER, p. 219 ss ; GUGGENHEIM, Conclusion, p. 167ss ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 446 ss ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 94 ; EREN, p. 359 ss.

⁸⁴⁷ GRASSINGER, p. 93.

⁸⁴⁸ CR-SCHMIDLIN, art. 28, n. 18.

matière de garantie. En revanche, la doctrine admet le dol dans certains cas pour les contrats de sûreté personnelle.

419. Un dol peut surtout être commis en relation avec la situation économique ou la solvabilité du débiteur principal⁸⁴⁹. En matière de dol par commission, on peut donner comme exemple la situation juridique d'une personne qui s'est portée garant sur la base d'une fausse information donnée intentionnellement par le créancier sur la situation financière du débiteur principal de manière à inciter le garant à conclure le contrat. Selon l'article 28 II CO, la partie qui est victime du dol d'un tiers demeure obligée, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître le dol lors de la conclusion du contrat. Dans la relation de garantie, le débiteur principal est un tiers au sens de cet article⁸⁵⁰. Donc, si la fausse information sur la situation financière du débiteur principal a été fournie par lui-même, il est nécessaire que les conditions de l'article 28 II CO soient réalisées pour que le garant puisse invalider le contrat de garantie.

420. Cependant, si le créancier, qui se fonde au début sur les données inexacts relatives à la situation financière du débiteur principal n'avertit pas le garant après avoir reconnu leur fausseté, il ne commet pas un dol. Mais sa légèreté peut le rendre responsable selon les règles de la *culpa in contrahendo*⁸⁵¹.

A. Cautionnement

421. Pour invalider un cautionnement pour cause de dol, il faut qu'il y ait un lien de causalité entre le dol et l'acceptation de l'engagement par la caution⁸⁵². Si le créancier commet un dol envers la caution, celle-ci peut invalider son engagement⁸⁵³.

422. Peut-on dire que le créancier, qui connaît la situation financière désespérée du débiteur, mais qui n'informe pas la caution malgré certaines occasions, est coupable de dol et que la caution peut invalider le cautionnement ? Peut-on parler en ce cas d'un dol par omission ?

⁸⁴⁹ ATF 38 II 608, 614 ss, c. 4.

⁸⁵⁰ Voir *infra*, n. 428, 429.

⁸⁵¹ CR-SCHMIDLIN, art. 28, n. 8.

⁸⁵² BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 62.

⁸⁵³ CR-MEIER, art. 492, n. 30 ; TANDOĞAN, II, p. 737 ; BELSER, Finanzierung, p. 224.

423. Pour admettre un tel dol dû au silence du créancier en matière de cautionnement, il faut qu'il y ait une obligation d'information découlant d'une prescription légale, d'un contrat ou tout simplement des règles de la bonne foi⁸⁵⁴. En principe, aucune règle n'oblige le créancier à renseigner la caution sur la situation financière réelle du débiteur cautionné ni sur sa solvabilité. La caution doit se renseigner elle-même⁸⁵⁵. En revanche, la doctrine est partagée en ce qui concerne l'obligation d'information découlant de la bonne foi.

424. Pour une partie de la doctrine, on ne peut pas parler d'une obligation de renseignement : « [...] ni les exigences accrues du principe de la bonne foi en matière de cautionnement ni une application par analogie des devoirs d'informations imposés – *ex lege* – ou – *ex contractu* – aux établissements bancaires en matière de gestion de fonds ou de crédit n'obligent en principe le créancier à renseigner spontanément la caution sur la situation financière réelle et sur la solvabilité du débiteur cautionné. »⁸⁵⁶ Le créancier n'a d'ailleurs aucune obligation générale de sauvegarder les intérêts de la caution⁸⁵⁷. Il peut même refuser de donner à la caution des réponses sur la situation financière du débiteur principal⁸⁵⁸.

425. Une autre partie de la doctrine répond à cette question de manière affirmative⁸⁵⁹. Pour ces auteurs, étant donné le risque grave encouru par la caution, le créancier est tenu de dire la vérité, et cela sans réserve quand il s'agit d'une déclaration faite de la part de ce dernier⁸⁶⁰. De plus, au vu du développement des devoirs d'informations en matière bancaire, on accepte une exception en faveur des personnes inexpérimentées, en

⁸⁵⁴ BELSER, *Finanzierung*, p. 224. Dans ce sens, voir ATF 117 II 218, 228, c. 6a (= JdT 1967 I 167, 176) ; ATF 40 II 608, 612, c. 3b.

⁸⁵⁵ ATF 25 II 569, 574 ss, c. 4 ; ATF 59 II 236, 242, c. 4 (= JdT 1933 I 578, 583) ; ATF 57 II 276, 280, c. 2 (= rés. JdT 1932 I 540) ; RSJ 17, 177, 180, c. 6b ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 88, ENGEL, *Contrats*, p. 643. En outre, les intérêts de la caution sont en contradiction avec ceux du débiteur principal. Il ne serait donc pas logique de parler d'une telle obligation du créancier. GRASSINGER, p. 88 ; BECK, art. 492, n. 64.

⁸⁵⁶ CR-MEIER, art. 492, n. 30. Voir aussi LOMBARDINI, p. 609, n. 139 ss ; GUHL, *Obligationenrecht*, p. 631, n. 27.

⁸⁵⁷ LOMBARDINI, p. 609, n. 139.

⁸⁵⁸ En revanche, à partir du moment où il décide de lui répondre, il doit le faire avec soin et correctement. GRASSINGER, p. 89.

⁸⁵⁹ ENGEL, *Contrats*, 643. Selon Scyboz, qui reste plutôt indécis sur cette question, si le créancier renseigne la caution, les indications doivent être véridiques et complètes. SCYBOZ, p. 83.

⁸⁶⁰ Voir aussi RVJ 1995 111, 112 ss, c. 3c.

demandant à la banque qu'elle les renseigne, en tout cas dans les grandes lignes, sur les risques encourus⁸⁶¹.

426. Même Meier, qui nous explique que le créancier n'a aucun devoir d'information, ajoute qu'« il y a cependant dol au sens de CO 28 I lorsque le créancier sait que la caution est mal informée et qu'elle ne s'engagerait pas si elle connaissait l'ensemble des circonstances réelles, et qu'il s'abstient néanmoins de la détromper, ou que le créancier a volontairement donné des indications erronées ou incomplètes, spontanément ou parce qu'il en était sollicité par la caution. »⁸⁶²

427. Deux autres arguments peuvent être avancés en faveur de cette idée. Premièrement, il faut tenir compte de la volonté du législateur de sauvegarder les intérêts de la caution, surtout lorsque celle-ci est une personne physique qui n'est pas rompue aux affaires. Deuxièmement, il faut être plus sévère sur l'application des règles de la bonne foi⁸⁶³, comme le dit le Tribunal fédéral dans certains arrêts, et par conséquent admettre une telle obligation, car le cautionnement est en principe un contrat gratuit⁸⁶⁴. Le créancier qui connaît la situation désespérée du débiteur

⁸⁶¹ SJ 2002 I 274, 275, c. 4a ; ATF fédéral non publié du 23 octobre 2001, 4C.151/2001, c. 3 (www.bger.ch) ; ATF 124 III 155, 162 ss, c. 3a (= JdT 1999 I 125, 132 ss = SJ 1998 689) ; SJ 1999 I 205, 207 ss, c. 3b, 3c ; ATF 119 II 333, 335, c. 5a (= JdT 1994 I 610, 612) ; ATF 115 II 62, 64, c. 3a (= JdT 1989 I 539, 541 ss) ; SJ 1981 523, 528, c. 3 ; BELSER, *Finanzierung*, p. 224 ; CR-MEIER, art. 492, n. 30. « *Kreditinstitut, die gültige Bürgschaftsverträge abschliessen wollten, müssten dann ihre Bürgen über die Risiken der geplanten Vertrags aufklären, sie beraten, etwa in bezug auf andere Sicherungsmöglichkeiten, und sie vor übereilten Entschlüssen warnen. Sie müssten sich über die Risikobereitschaft und über den Wissensstand ihrer Vertragspartner einlässlich informieren und schafften damit nicht nur für sich, sondern auch für die potentielle Bürgin Klarheit.* » BELSER, *Finanzierung*, p. 224 ss.

⁸⁶² Par exemple, en fournissant des documents tronqués ou fallacieux ou en lui laissant croire qu'il l'a renseignée d'une façon complète. CR-MEIER, art. 492, n. 30. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 11 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 88 ; ENGEL, *Contrats*, p. 643 ; GUHL, *Obligationenrecht*, p. 631, n. 27 ; LOMBARDINI, p. 609, n. 141 ; RVJ 1995 111, 112 ss, c. 3c ; RVJ 1969 18, 21, c. 2 ; SJ 1966 157 ; ATF 60 II 231, 232 ss, c. 2 (= JdT 1935 I 36, 37 ss) ; ATF 59 II 236, 242 ss, c. 4 (= JdT 1933 I 578, 583 ss) ; ATF 57 II 276, 280, c. 2 (= rés. JdT 1932 I 540).

⁸⁶³ Voir *supra*, n. 191.

⁸⁶⁴ Voir RSJ 51, n. 70, 91, 92 ; ATF 49 II 100, 104, c. 2 (= rés. JdT 1923 I 569) ; ATF 25 II 569, 575, c. 4. Voir aussi ATF 38 II 608, 614 ss, c. 4. Ces arrêts de Tribunal ont été critiqués car ils élargissent trop l'obligation d'information du débiteur principal. GRASSINGER, p. 91, BECK, art. 492, n. 64.

principal mais qui la cache à la caution, bien qu'il sache que celle-ci ne s'engagerait pas si elle connaissait la réalité, commet donc un dol⁸⁶⁵.

428. Enfin, conformément à l'article 28 II CO, si le dol est commis par un tiers et que le créancier ne connaissait pas, ou n'aurait pas dû connaître, le dol lors de la conclusion du contrat, la caution ne peut pas invalider le cautionnement. Il ne faut pas oublier que le débiteur principal est un tiers dans le cadre du contrat de garantie⁸⁶⁶; cet article peut donc être applicable. Si la caution est victime du dol du débiteur principal, elle demeure obligée, à moins que l'autre partie (soit le créancier) n'ait connu le dol ou aurait dû le connaître lors de la conclusion du contrat⁸⁶⁷. Par conséquent, la caution peut contester le paiement⁸⁶⁸. Si le débiteur principal dolosif fait partie du cautionnement en tant que représentant du créancier, il faut admettre le dol comme provenant du cocontractant⁸⁶⁹ et non d'un tiers.

B. Garantie indépendante

429. Le dol en matière de garantie n'est pas un sujet traité par la doctrine. Elle se contente d'admettre que lorsque le bénéficiaire a trompé le garant ou a toléré un dol commis par le donneur d'ordre de la garantie (art. 28 II CO), le garant peut invalider son engagement⁸⁷⁰.

⁸⁶⁵ « Certes, il n'incombe pas en principe au créancier de s'assurer que la caution est bien au clair sur la portée et la nature de la dette qu'elle garantit. Mais en revanche, lorsqu'il est clairement reconnaissable pour le créancier que la caution a une conception différente de la sienne sur certains éléments de la dette principale décisifs pour l'engagement de la caution, il a l'obligation de l'en aviser avant la signature du contrat. » ATF 64 II 209, 213, c. 3 (= JdT 1939 I 465, 468 ss).

⁸⁶⁶ RSJ 67, n. 106, 222, 223, c. 7; ZR 1935 n. 187, p. 378, 379; ATF 41 II 52, 55, c. 3 (= JdT 1916 I 2, 5); BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 11; CR-MEIER, art. 492, n. 30; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 65; BECK, art. 492, n. 61; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 88.

⁸⁶⁷ BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 65; REİSOĞLU, Kefalet, p. 38; GRASSINGER, p. 94; von BÜREN, Besonderer, p. 303. Cependant, si le débiteur principal agit en tant que représentant du créancier, il ne faut pas l'admettre comme un tiers. GRASSINGER, p. 95.

⁸⁶⁸ ARKAN, Teminat, p. 71; REİSOĞLU, Kefalet, p. 38.

⁸⁶⁹ ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 88. L'organe d'une personne juridique n'est pas un tiers non plus. BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 66.

⁸⁷⁰ DOHM, Garantie, p. 110, n. 219; BÜSSER, p. 329, n. 1091; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 59; KLEINER, Bankgarantie, p. 200, n. 21.40; LOMBARDINI, p. 302, n. 44.

430. Les principes que nous venons d'exposer sur le dol par commission en matière de cautionnement sont également applicables aux contrats de garantie. Quant au dol par omission, il faut admettre que le bénéficiaire n'a pas un devoir d'information sur la situation économique du donneur d'ordre lorsque la garantie est une garantie bancaire. Les spécificités de la vie des affaires, surtout quand il s'agit d'affaires internationales, empêcheraient dans la plupart des cas l'imposition d'un tel devoir au créancier.

III. Crainte fondée

431. La crainte fondée est un vice du consentement par lequel une personne incite une autre, intentionnellement et sans droit, pour la déterminer à faire une déclaration de volonté⁸⁷¹. Conformément à l'article 29 CO, si le garant conclut un cautionnement ou une garantie indépendante sous l'empire d'une crainte fondée, il peut l'invalider⁸⁷². Lorsque la menace n'est pas le fait du créancier, mais d'un tiers, soit le débiteur principal soit une autre personne (art. 29 II CO), et que le créancier ne l'a ni connue ni ne devait la connaître, le garant devra indemniser le créancier de son dommage négatif quand l'équité l'exigera⁸⁷³.

A. Cautionnement

432. La crainte de voir invoquer un droit ne peut être prise en considération que si la gêne de la partie menacée a été exploitée pour extorquer à celle-ci des avantages excessifs (art. 30 II CO). Selon la doctrine, il n'y a pas de crainte fondée si la caution s'est engagée sous la menace de la poursuite pour dette d'un de ses proches⁸⁷⁴. En revanche, si

⁸⁷¹ ENGEL, Obligations, p. 363. Voir aussi GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 179, n. 872; SCHWENZER, Obligationenrecht, p. 250, n. 38.14; GUHL, Obligationenrecht, p. 151, n. 14; BUCHER, p. 224; von TUHR, PETER, p. 325; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 449; OĞUZMAN, ÖZ, p. 97; EREN, p. 363; TERCIER, Obligations, p. 156, n. 760.

⁸⁷² CR-MEIER, art. 492, n. 31; BELSER, Finanzierung, p. 223.

⁸⁷³ CR-MEIER, art. 492, n. 31.

⁸⁷⁴ « ... Die Androhung <ich betreibe Deinen Bruder, wenn Du nicht seine Schuld verbürgst> ist somit zulässig/zulässig. Nicht zulässig wäre aber die Androhung <ich betreibe Deinen Bruder, wenn Du nicht die Schuld deines Freundes verbürgst>. »

le créancier menace la caution de porter plainte pour une « infraction poursuivie sur plainte » commise par un de ses proches, on peut parler de crainte fondée. En effet, selon la doctrine, le créancier n'a aucun intérêt personnel à porter plainte et ne peut pas en tirer profit⁸⁷⁵.

B. Garantie indépendante

433. Ce que nous venons de dire sur la crainte fondée en matière de cautionnement est aussi valable en matière de garantie indépendante.

IV. Lésion

434. « La lésion est le préjudice économique éprouvé par l'une des parties lors de la conclusion du contrat bilatéral onéreux, à raison de la disproportion évidente des prestations échangées, déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience. »⁸⁷⁶ Pour qu'on puisse parler de lésion, deux conditions doivent donc être réunies (art. 21 CO): la disproportion évidente entre les prestations des parties au contrat, ainsi que l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de la partie qui l'invoque⁸⁷⁷.

435. Il est préférable de ne pas admettre l'application de l'article 21 aux garanties, et ce pour les raisons suivantes :

BECK, art. 492, n. 67. Voir aussi von BÜREN, Besonderer, p. 304 ss ; BELSER, Finanzierung, p. 223 ; REICHEL, RSJ 29, p. 5.

⁸⁷⁵ REİSOĞLU, Kefalet, p. 39 ss ; TANDOĞAN, II, p. 738 ss ; GRASSINGER, p. 97 ; von BÜREN, Besonderer, p. 305. « *Zulässig ist hingegen wohl die Drohung gegenüber dem Täter, dass gegen ihn Strafanzeige erhoben werde, falls er nicht dafür Sorge, dass für den durch seine Tat verursachten Schaden Bürgschaft geleistet werde.* »

BECK, art. 492, n. 68.

⁸⁷⁶ ENGEL, Obligations, p. 298.

⁸⁷⁷ GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 147 ss, n. 733 ss ; ENGEL, Obligations, p. 300 ss ; CR-SCHMIDLIN, art. 21, n. 3 ss ; BaK-HUGUENIN, art. 21, n. 5 ss ; BK-KRAMER, art. 21, n. 16 ss ; GAUCH, Übervorteilung, p. 94 ss ; GUGGENHEIM, Conclusion, p. 183 ss ; OSSIPOW, 231 ss ; STARK, p. 378 ss ; SCHWENZER, Obligationenrecht, p. 224, n. 32.50 ss ; HUGUENIN, Obligationenrecht, p. 70 ss, n. 428 ss ; GUHL, Obligationenrecht, p. 48, n. 49 ss ; von BÜREN, Allgemeiner, p. 226 ss ; BUCHER, p. 231 ss ; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 458 ss ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 113 ss ; EREN, p. 378 ss ; TERCIER, Obligations, p. 158, n. 768 ss.

436. Déjà, s'il est possible de parler d'une exploitation de l'inexpérience ou de légèreté du garant par le créancier, il est discutable de parler d'une disproportion évidente, car les contrats de garantie ne sont en principe pas des contrats bilatéraux parfaits et ne donnent pas lieu à une telle relation de prestation/contre-prestation.

437. Selon une partie de la doctrine, les règles régissant la lésion ne s'appliquent qu'en cas de contrat bilatéral parfait. Pour Engel, par exemple, la lésion peut affecter n'importe quel contrat « synallagmatique »⁸⁷⁸. Le législateur aussi avait pris comme exemple les contrats synallagmatiques en régissant rédigeant cet article⁸⁷⁹.

438. Cependant, pour une autre partie de la doctrine, le fait que les règles régissant la lésion soient en principe applicables aux contrats bilatéraux parfaits n'empêche pas leur application aux autres types de contrats⁸⁸⁰. Selon ces auteurs, on pourrait notamment imaginer une disproportion évidente dans le cadre des contrats de transaction (*Vergleichsverträge*)⁸⁸¹, des contrats de société (*Gesellschaftsverträge*)⁸⁸², « *Abänderungsverträge* » ou encore des contrats de partage successoral⁸⁸³. Parmi les auteurs qui défendent l'application de l'article 21 CO aux contrats autres que les contrats bilatéraux parfaits, certains admettent également son application aux contrats unilatéraux à titre gratuit, tels que

⁸⁷⁸ ENGEL, Obligations, p. 301. Il faut pouvoir comparer la prestation et la contre-prestation. ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 21, n. 3. Pour Guhl et Koller aussi, il semblerait qu'un rapport entre la prestation et la contre-prestation soit nécessaire. GUHL, Obligationenrecht, p. 48, n. 49.

⁸⁷⁹ GAUCH, Übervorteilung, p. 94.

⁸⁸⁰ GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 148, n. 735, p. 151 ss, n. 749 ss ; BaK-HUGUENIN, art. 21, n. 3, Obligationenrecht, n. 427 ; BK-KRAMER, art. 21, n. 11. Selon Stark, l'article 21 CO présuppose un contrat bilatéral, pas un contrat synallagmatique. Pour cet auteur, l'article est applicable, par exemple, pour les contrats de prêt de consommation bien que l'obligation de payer des intérêts ne soit qu'un « Nebenleistung ». STARK, p. 378.

⁸⁸¹ Selon les juges, une transaction « extrajudiciaire » est cependant un contrat synallagmatique et onéreux (par lequel les parties terminent un litige ou mettent fin, par des concessions réciproques, à une incertitude, subjective ou objective, touchant les faits, leur qualification juridique, l'existence, le contenu ou l'étendue d'un rapport de droit) et peut être invalidée pour lésion. Voir SJ 2005 I 187.

⁸⁸² OĞUZMAN, ÖZ, p. 113.

⁸⁸³ GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 148, n. 735. Voir aussi BK-KRAMER, art. 21, n. 11 ; BaK-HUGUENIN, art. 21, n. 3 ; CR-SCHMIDLIN, art. 21, n. 14 ; GAUCH, Übervorteilung, p. 94. Pour le contrat de société, voir aussi OĞUZMAN, ÖZ, p. 113. Pour la transaction judiciaire, voir aussi ATF 114 1b 74, 78 ss, c. 2a (= JdT 1990 I 529, 531 ss).

la donation et les promesses unilatérales⁸⁸⁴. Celui qui exploite la gêne, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui et qui ne peut pas échapper à la sanction de l'article 21 CO quand il y a une disproportion entre les prestations des parties, ne devrait pas pouvoir y échapper *a priori* dès lors que la contre-prestation fait défaut⁸⁸⁵. De même, selon Knoepfel-Kunz, l'appréciation des relations entre une prestation et sa contre-prestation ne devrait pas être limitée à l'acte juridique isolé, il faut bien au contraire viser une vue d'ensemble. De ce point de vue, on pourrait admettre la disproportion dans un acte juridique unilatéral et ainsi que dans un acte juridique bilatéral⁸⁸⁶.

439. A notre avis, en matière de garantie, il ne faut pas admettre cette solution même si on recherche pour la lésion une vue d'ensemble sur la relation entre les parties. Le système triangulaire empêche une application

⁸⁸⁴ CR-SCHMIDLIN, art. 21, n. 14.

⁸⁸⁵ GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 148, n. 735.

⁸⁸⁶ KNOEPFEL-KUNZ, p. 326. En revanche, pour Kramer, il est préférable de ne pas admettre l'application de l'article 21 CO en cas de donation. « *Zwar ist die Schenkung das Urbild eines inäquivalenten Vertrags und sind <Ausbeutungen> von Leichtsin, Unerfahrenheit und psychologischen Zwangslagen (Dankbarkeit, etc.) gerade bei Schenkungen ohne weiteres vorstellbar; doch ist zu bedenken, dass Schenkungsversprechen ohnehin eine geringere rechtliche Bestandskraft haben und im übrigen dem Erfordernis der Schriftform unterliegen, womit Unüberlegtheiten vorgebaut werden soll.* » BK-KRAMER, art. 21, n. 11. De même, pour Ossipow, on ne peut pas invoquer ce texte. Selon cet auteur, l'article 21 CO exige une disproportion entre la prestation et la contre-prestation. La contre-prestation fait défaut pour les donations (art. 239 CO). OSSIPOW, p. 276. Pour Stark, « *alle entgeltliche Geschäfte können als wucherische Geschäfte geschlossen sein* », qui implique, à notre avis, qu'il n'admet pas son application pour la donation. STARK, p. 378. Dans un cas semblable, le Tribunal fédéral n'a pas admis l'existence de l'usure, infraction soumise presque aux mêmes conditions que la lésion, ainsi que l'obtention des avantages excessifs en échange d'une prestation en exploitant l'état de gêne ou de dépendance, la faiblesse d'esprit, l'inexpérience, la faiblesse de caractère ou la légèreté de sa « victime » (art. 157 CP), en cas de donation. En effet, selon les juges, le texte légal parle des avantages pécuniaires en disproportion évidente avec la prestation en échange desquels ils sont accordés. L'article en cause s'applique à tous les contrats bilatéraux à titre onéreux, soit à l'échange de prestations tenues pour financièrement équivalentes. Par contre, certains contrats échappent, de par leur nature, à l'application de cet article, ainsi les « actes juridiques unilatéraux » tels que les testaments et les contrats sans contre-prestations correspondante, par exemple les donations. ATF 111 IV 139, 142, c. 3c (= JdT 1986 IV 3, 6). Il sied de dire que, pour les auteurs qui soutiennent l'applicabilité de l'article 21 CO aux contrats unilatéraux, ni cette décision du Tribunal fédéral ni le fait que la promesse de donation soit soumise à la forme écrite ne changent rien à cette réalité. GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 148, n. 735. Pour les relations entre la lésion et l'usure, voir BERTOSSA, p. 125 ss.

de l'article 21 CO entre le garant et le créancier. En effet, dans tous les exemples donnés par la doctrine, même pour le contrat de société, les deux parties ont des intérêts et des sacrifices bien qu'elles ne soient pas dans une relation d'échange à proprement parler⁸⁸⁷. En matière de contrat de société par exemple, contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (art. 510 CO), toutes les parties au contrat ont des intérêts ou des sacrifices comparables. En revanche, le garant accorde sa promesse au créancier sur la demande du débiteur principal. Non seulement il n'existe aucune relation de prestation/contre-prestation, mais encore aucun rapport économique, sauf la promesse faite, entre le garant et le bénéficiaire. En d'autres termes, quand il y a une garantie, le créancier ne fait en principe aucun sacrifice comparable à celui du promettant. On peut uniquement comparer la prestation de l'engagé envers le créancier et celle du débiteur envers ce dernier, ce cas n'entraînant toutefois pas l'application des articles inhérents à la lésion au contrat de garantie⁸⁸⁸.

440. En outre, si on admet la lésion en matière de cautionnement par exemple, il en résulte qu'à chaque fois qu'un cautionnement est accordé sur le plan familial, la caution aurait de fortes possibilités de rompre son engagement en alléguant que la banque a exploité sa gêne. Tel sera le cas par exemple lorsque le prêt est accordé pour un besoin familial et que la famille n'est plus en mesure de rembourser la banque.

441. Enfin, selon Guggenheim, qui prend la question d'un autre point de vue, « dans les contrats dont l'exécution de l'une des prestations est différée dans le temps, par exemple la restitution d'un prêt, le facteur risque doit être pris en considération, le prix étant la rémunération d'un risque. Cette observation a une grande importance pour les affaires à terme, dans lesquelles la conclusion du contrat précède son exécution qui est différée dans le temps. Ces affaires sont caractérisées par l'acceptation d'un risque, ainsi s'il y a une importance fluctuation entre le prix fixé dans

⁸⁸⁷ Par une transaction extrajudiciaire, par exemple, le créancier renonce à tout ou partie de sa créance, mais les deux parties font un sacrifice réciproque. ATF 100 II 144, 145, c. 1c (= rés. JdT 1975 I 93).

⁸⁸⁸ On ne peut pas non plus soutenir l'idée selon laquelle « celui qui exploite la gêne, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui et qui ne peut pas échapper à la sanction de l'article 21 CO quand il y a une disproportion entre les prestations des parties, ne devrait pas pouvoir y échapper *a priori* dès lors que la contre-prestation fait défaut. » Voir *supra*, n. 438. En effet, cela ne peut pas s'appliquer aux contrats de sûreté personnelle, puisque dans la plupart de cas, le garant s'engage en vertu d'un mandat par le débiteur principal. Il n'est donc pas question que l'autre partie (le créancier) exploite la gêne, la légèreté ou l'inexpérience du garant.

le contrat et les prix au moment de l'exécution, il ne saurait y avoir <disproportion évidente>. »⁸⁸⁹ En conséquence, il ne saurait y avoir « lésion » non plus.

A. Cautionnement

442. La jurisprudence n'a pas encore admis que la caution puisse invalider le contrat de cautionnement en invoquant une lésion⁸⁹⁰. Dans l'arrêt cité, le Tribunal fédéral n'entre pas en détail et se contente de dire que les conditions ne sont en l'espèce pas remplies et qu'il n'existe pas une disproportion évidente entre prestation et contre-prestation, ni une exploitation de l'inexpérience ou de la légèreté de la partie lésée par l'autre partie.

443. Certains auteurs admettent toutefois cette possibilité⁸⁹¹. Selon Belser, contrairement à ce que nous pensons, la condition objective de la lésion est remplie quand il y a une absence de pondération entre les prestations convenues et il sied d'admettre *a priori* que « *wenn einer uneugennützigen Leistung von erheblichem Umfang keine Gegenleistung gegenübersteht.* »⁸⁹² En conséquence, selon Belser, la caution peut annuler le contrat en tout ou, le cas échéant, en partie⁸⁹³.

⁸⁸⁹ GUGGENHEIM, Conclusion, p. 184.

⁸⁹⁰ Voir ATF 95 II 55 (= JT 1970 I 85). Dans l'arrêt précité, la caution soutenait que son engagement, en disproportion avec ses capacités financières, était nul en vertu de l'art. 27 al. 2 CC. Selon le Tribunal, cet article protège uniquement la liberté personnelle à l'encontre des atteintes excessives et contraires aux mœurs qui résultent d'un contrat. Le danger auquel la caution expose son revenu et sa fortune ne peut s'apprécier exclusivement en fonction des moyens dont elle dispose. En l'espèce, il rejeta le recours en réforme de la caution.

⁸⁹¹ CR-MEIER, art. 492, n. 32.

⁸⁹² BELSER, Finanzierung, p. 223, 226. Et, selon cet auteur, la gêne (art. 21 CO) peut être personnelle ou familiale. *Idem*, p. 227.

⁸⁹³ *Idem*, Finanzierung, p. 229. Une annulation partielle est possible selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. « L'idée directrice est alors que là où l'excès apparaît inadmissible, la violation du droit se limite à l'excès, ce qui implique que l'inefficacité du contrat, qu'elle résulte de la nullité ou de l'annulabilité, ne doit pas nécessairement être envisagée et éliminée qualitativement, mais d'abord quantitativement. » ATF 123 III 292, 298, c. 2e (aa) (= JdT 1998 I 586, 592 ss = SJ 1998 537, 542 ss) En outre, selon Belser, même si la caution ne peut pas profiter des articles sur la lésion, le cautionnement ne serait toujours pas valable pour cause d'usure lorsque la banque exploiterait la faiblesse de la caution. BELSER, Finanzierung, p. 230 ss.

444. S'il s'agit d'un cautionnement passé par acte authentique, il sera presque impossible d'admettre une lésion puisque l'officier public chargé d'instrumenter l'acte a un devoir d'information et de conseil de manière à protéger les parties contre des décisions irréfléchies. Il va informer les parties sur les conséquences de l'acte qu'elles passent⁸⁹⁴.

B. Garantie indépendante

445. Doctrine et jurisprudence n'expriment à notre connaissance aucune opinion en faveur de l'admission de la lésion en ce qui concerne les contrats de garantie.

446. Il ne faut cependant pas confondre la lésion que peut invoquer le garant envers le bénéficiaire avec celle qu'il peut invoquer envers le donneur d'ordre. La lésion peut bel et bien exister dans les rapports entre le donneur d'ordre le garant, car « *das Missverhältnis kann auch darin bestehen, das einem Dritten eine übermassige Leistung (z.B. als Darlehensprovision) zugesagt ist.* »⁸⁹⁵ Même s'il n'a pas un grand intérêt à le faire, le garant peut donc invalider le contrat qu'il a passé avec le donneur d'ordre, mais pas avec le bénéficiaire. Le garant ne peut en aucun cas objecter à ce dernier l'invalidité du contrat de couverture pour cause de lésion.

⁸⁹⁴ DEPRAZ, p. 231 ss, n. 439 ss.

⁸⁹⁵ von TUHR, PETER, p. 343, note. 4.

CHAPITRE QUATRIEME :
CRITERES DE QUALIFICATION DES
CONTRATS DE CAUTIONNEMENT ET DE
GARANTIE INDEPENDANTE

447. Nous avons déjà vu les différences théoriques, ainsi que les différences quant à l'exigence de forme dans les parties précédentes. Nous allons également examiner les différences pratiques, telles que les droits et obligations des parties et l'extinction des contrats, dans les chapitres à venir.

448. Dans ce chapitre, la qualification des deux contrats va être examinée. C'est par rapport à cette qualification qu'il est possible de déterminer :

- Si le contrat a été parfait dès sa conclusion.

En effet, si on qualifie le contrat de contrat de cautionnement, il sera nul si les parties n'ont pas respecté la forme prévue par le législateur⁸⁹⁶. Si le contrat est qualifié de contrat de garantie indépendante, aucune forme n'est nécessaire, sauf stipulation contraire (art. 16 CO).

- Quelles sont les dispositions applicables au contrat de garantie.

Si le contrat est un contrat de cautionnement, les dispositions du XX^{ème} chapitre du Code des obligations sont applicables. En revanche, s'il s'agit d'un contrat de garantie indépendante, les stipulations des parties déterminent les effets du contrat⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ En matière de contrats soumis à une forme, on applique une méthode d'interprétation en deux temps. Premièrement, «...l'interprétation comme telle soumise à une exigence de forme doit s'opérer de la même manière que celle des contrats n'exigeant aucune forme particulière.» ATF 127 III 529, 532, c. 3c (= JdT 2002 I 432, 435). Deuxièmement, «une fois défini le contenu de contrat à l'aide des méthodes d'interprétation générales, il s'agit de savoir si les parties se sont suffisamment exprimées en la forme prescrite par la loi.» ATF 122 III 361, 366, c. 4 (= JdT 1997 I 206, 211). Voir aussi CR-WINIGER, art. 18, n. 7 ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, I, p. 273, n. 1243.

⁸⁹⁷ Pour le complètement d'une éventuelle lacune contractuelle, voir *supra*, n. 153.

449. Pour qualifier le contrat, il faut interpréter. Les termes utilisés par les parties vont constituer indéniablement les premiers indices de leur volonté (interprétation grammaticale)⁸⁹⁸. En revanche, dans le droit suisse et le droit turc, la volonté des parties se porte sur les expressions utilisées par elles-mêmes (principe de primauté de la volonté). Autrement dit, si les expressions utilisées par les parties ne reflètent pas leur volonté réelle, il faudra rechercher leur réelle et commune intention (art. 18 CO). Plusieurs critères ont été dégagés par la jurisprudence et la doctrine pour différencier le cautionnement de la garantie indépendante. Certains tiennent compte des clauses du contrat, les autres se rapportent à une approche téléologique.

450. Nous allons d'abord examiner les règles d'interprétation dégagées pour les contrats de garantie qui découlent de la désignation du contrat, des clauses typiques et du but du contrat. Ensuite nous allons étudier les présomptions en faveur du cautionnement et de la garantie indépendante au cas où ces règles d'interprétation ne fournissent aucune qualification.

§1 DESIGNATION DU CONTRAT EN TANT QUE REGLE D'INTERPRETATION GRAMMATICALE

I. Généralités

451. En principe, les termes utilisés par les parties pour dénommer le contrat et pour le qualifier sont les premiers indices de leur volonté⁸⁹⁹. La désignation du contrat est le point de départ de toute interprétation. Ces termes ont une grande importance, car, dans un premier temps, c'est par rapport à eux que l'on tentera de trouver les règles applicables, et, dans un deuxième, on va appliquer ces règles aux litiges entre les parties⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ ATF 72 II 19, 23, c. 3b (= JdT 1946 I 524, 527). Dans l'arrêt cité, le Tribunal a vu un indice en faveur de la garantie indépendante, parce que les parties ont utilisé expressément le mot de « garantie ». La jurisprudence est en principe opposée à une telle qualification. Voir *infra*, n. 458 ss.

⁸⁹⁹ En d'autres termes, la lettre est le premier indice de la volonté. ATF 117 II 609, 622, c. 6c (bb) (= JdT 1992 I 727, 740) ; ENGEL, Obligations, p. 236.

⁹⁰⁰ « Comme le titre d'un livre indique son contenu, la désignation du contrat représente ses caractéristiques. » KLEINER, Bankgarantie, p. 28, n. 5.02.

452. Le droit suisse et le droit turc (18 CO) ne donnent d'importance aux expressions et dénominations que si elles correspondent aux réelles et communes intentions des parties⁹⁰¹. L'interprète ne doit donc pas s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont les parties ont pu servir⁹⁰². Pour distinguer le caractère de l'engagement, il y a lieu de se référer avant tout à la volonté des parties⁹⁰³. La désignation du contrat n'est rien d'autre qu'une expression au sens de l'article 18 CO⁹⁰⁴. Elle n'est donc importante que si elle reflète leurs volontés. Dans le cas contraire, il y a lieu de rechercher les volontés réelles des parties⁹⁰⁵.

453. En matière de contrat de garantie, il n'y a pas une terminologie fixe et claire. Le mot « garantie » n'a pas un sens univoque. Il n'est donc pas rare que ce terme nécessite d'être interprété pour retrouver son sens réel. La pratique a démontré qu'une telle désignation n'est pas toujours aussi heureuse qu'on le pense⁹⁰⁶. Les parties, surtout celles qui ne sont pas

⁹⁰¹ BK-WEBER, art. 111, n. 65 ; ODERMATT, p. 36 ; AKEV, p. 331. Dans le droit des pays du Proche-Orient, on a le même problème. Les hommes d'affaires de ces pays dénomment souvent « cautionnement » les contrats comportant une clause de paiement à première demande. EL HAKIM, p. 388.

⁹⁰² SJ 2000 I 305, 308, c. 1c ; ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNRF 82 185, 188). Voir aussi ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JdT 1986 255 = SJ 1986 177, 181) ; ZR 1945 n. 20, p. 68, 74, c. 2a.

⁹⁰³ RVJ 1968 163, 165.

⁹⁰⁴ KLEINER, Bankgarantie, p. 29, n. 5.02.

⁹⁰⁵ ATF 125 III 305, 308, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 638 = RNRF 82 185, 187) ; ERMAN, p. 412 ; KOCAMAN, p. 64. D'un autre côté, en matière internationale, cela pose également beaucoup de problèmes. En langue anglaise, indéniablement la langue des affaires internationales, lorsqu'on parle de « *guarantee* », il s'agit du cautionnement de notre système. Pour les contrats de garanties, les anglophones utilisent le mot « *indemnity* ». Voir aussi ZR 1992 n. 39, p. 143, 146, c. III-4.1 ; CRMEIER, Intro. art. 492-512, n. 26 ; THEVENOZ, p. 170 ; FLURY-SCHMITT, p. 172 ; ZOBL, p. 34 ; BÜSSER, p. 198, n. 668. Voir également HANDSCHIN, p. 229 ; HONSELL, p. 390.

⁹⁰⁶ ZR 1992 n. 39, p. 143, 145 ss, c. III-4.1 ; ATF 65 II 30, 32, c. a ; ATF 64 II 346, 350 ss, c. 2 (= JdT 1939 I 167, 171 ss) ; RJB 72 232, 233, c. 3 ; ATF 46 II 157, 160, c. 2 (= JT 1920 I 489, 492) ; 11. HD, E. 2001/7344, K. 2001/10063, T. 21.12.2001 (YKD 2002, v. 28, no. 7, p. 1051) ; HGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583, T. 4.7.2001 (Yargı Dünyası, Temmuz 2001, no. 67, p. 33) ; 12. HD, E. 1988/8525, K. 1989/3949, T. 21.3.1989 (www.kazanci.com.tr) ; 15. HD, E. 1977/670, K. 1977/798, T. 4.4.1977 (www.kazanci.com.tr) ; HGK, E. 966/T-478, K. 128, T. 6.3.1968 (ABD 1968, p. 313) ; HGK, E. D-T/76, K. 142, 31.3.1965 (cité par OLGAC, Genel, p. 486) ; TD, E. 63/1982, K. 64/3876, T. 23.11.1964 (cité par OLGAC, Akit, p. 513) ; KLEINER, Bankgarantie, p. 29, n. 5.03 ; DOHM, Garantie, p. 59, n. 75 ; GUGGENHEIM, Bancaire, p. 349 ss ; ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 408 ; OFTINGER, Bankgarantien, p. 61 ; HANDSCHIN, p. 228 ss ; REICHWEIN, p. 375 ; SELÇUK, p. 19 ; BARLAS, Teminat, p. 38.

professionnelles en la matière, nomment souvent les contrats d'une façon inappropriée. Même en matière bancaire, soit dans un cadre professionnel, on appelle tout simplement « garantie » les deux contrats⁹⁰⁷. Lorsque l'on parle simplement de contrat de « garantie », cela peut donc viser aussi bien la garantie indépendante que le cautionnement. Il est également très fréquent que les parties utilisent le terme de « cautionnement » alors qu'elles veulent faire un contrat de garantie, ou vice-versa⁹⁰⁸. Quand on dit, par exemple, « je suis caution pour... », « je me porte fort pour... », « je vais dédommager au cas où... », il peut s'agir tantôt d'un contrat de cautionnement, tantôt d'un contrat de garantie indépendante.

454. C'est pour toutes ces raisons que les contrats de sûretés personnelles exigent assez souvent d'être qualifiés.

II. Spécificités des contrats de cautionnement et de garantie

455. En ce qui concerne les garanties, le Tribunal fédéral n'a pas eu une jurisprudence stable. Dans certains arrêts, il a donné une certaine importance aux expressions des parties. Pour le Tribunal fédéral, en qualifiant un contrat, il convient de s'en tenir, en premier lieu, à la volonté exprimée des parties. Ce n'est que lorsqu'elles n'ont pas clairement exprimé leur volonté que celle-ci doit être dégagée de l'ensemble des circonstances. Selon ce point de vue, on ne peut faire d'interprétation qu'en l'absence d'un texte clair⁹⁰⁹.

456. En d'autres termes, selon le Tribunal fédéral, il faut admettre la primauté du texte d'un engagement, le cas échéant dûment interprété, sur

⁹⁰⁷ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 349 ; DOHM, Garantie, p. 59, n. 75. Voir aussi GILLIERON, Pierre André, p. 7 ss ; ZOBL, p. 33 ; ROESLE, p. 55 ss. Ce dernier auteur différencie le « sens juridique » du « sens économique » des garanties bancaires.

⁹⁰⁸ Il est fréquent qu'une caution utilise les mots comme « *garantieren* », « *Garantierklärung* » et même « *Mitschuldnerschaft* ». BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 4.

⁹⁰⁹ ATF 117 III 76, 78, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991, p. 677, 679) ; ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JdT 1986 255 = SJ 1986 177, 181) ; ATF 81 II 520, 525, c. 3c (= JdT 1956 I 462, 465). Si le texte de la garantie est clair, il ne faut pas étendre le domaine d'interprétation en recourant au contrat de base. Le contrat de base est un rapport entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, la garantie étant passé entre ce dernier et le garant. LOMBARDINI, p. 303, n. 50.

toute présomption ou tout indice extrinsèque⁹¹⁰. Si en appliquant le principe de la confiance, selon lequel est déterminant le sens que chacune des parties pouvait raisonnablement donner aux déclarations de la volonté de l'autre, le juge peut donner un sens clair et conférer un effet juridique aux déclarations de volonté des parties, une interprétation plus approfondie est superflue⁹¹¹.

457. Pour prendre les termes mêmes du Tribunal fédéral, « lorsque le texte d'un contrat est clair, il n'y a pas lieu d'en dénaturer le sens par la recherche d'une interprétation fondée sur des éléments extrinsèques, sauf circonstances particulières, ainsi lorsque le sens d'une convention, tel qu'il apparaît à première vue, semble contraire au but qu'une partie devait normalement se proposer. »⁹¹² De même, « pour qualifier l'engagement en cause de garantie indépendante ou de cautionnement, il faut l'interpréter, sauf si son texte est parfaitement clair. »⁹¹³

458. En revanche, dans d'autres arrêts, il a admis que, selon le « principe de la confiance », il ne convient pas d'attacher une importance décisive aux termes juridiques utilisés par les parties. Selon le Tribunal fédéral, la qualification juridique dépend du sens et du but d'un contrat et l'article 18 I CO prescrit clairement qu'il ne faut pas s'arrêter aux dénominations peut-être inexactes que les parties ont employées. D'après les juges, « la règle protectrice de l'art. 493 CO serait trop facilement éludée s'il suffisait d'insérer le mot <porte-fort> dans la formule soumise à la signature de la caution, alors que cette dernière en ignore souvent le sens. »⁹¹⁴

⁹¹⁰ ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 181).

⁹¹¹ ATF 120 II 34, c. 5b (considérant non publié, cité par THEVENOZ, p. 194) (= rés. SJ 1994 432). « On ne peut en effet recourir à ces règles d'interprétation que si les termes de l'accord passé entre les parties laissent planer un doute ou sont peu clairs [...] Lorsque le texte d'un contrat est clair, il n'y a pas lieu d'en dénaturer le sens par la recherche d'une interprétation fondée sur des éléments extrinsèques, sauf circonstances particulières. » ATF 111 II 284, 287, c. 2 (= rés. JdT 1986 96 = SJ 1986 183 = RNR 69 313, 315). Voir également RVJ 1982 236, 241, c. 3a. Dans ce sens, voir aussi les remarques de VIONNET, von der CRONE dans l'ATF 129 III 702, p. 390 ss.

⁹¹² ATF 120 II 34 c. 5b (considérant non publié, cité par THEVENOZ, p. 194) (= rés. SJ 1994 432) ; ATF 111 II 284, 287, c. 2 (= rés. JdT 1986 96 = SJ 1986 183 = RNR 69 313, 315) ; RVJ 1975 66, c. 1 ; RVJ 1974 52, 66, c. 1. Voir aussi THEVENOZ, p. 174 ss ; LOMBARDINI, p. 303, n. 50.

⁹¹³ ATF 117 III 76, 78, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 679).

⁹¹⁴ ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNR 82 185, 188). Dans un autre arrêt plus ancien, il avait été décidé que le cautionnement était donné pour un

459. De même, dans un arrêt récent, il a été admis que le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant. L'interprétation purement littérale est prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît relativement limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne reflète pas exactement le sens de l'accord conclu⁹¹⁵. Dans cette affaire, malgré la dénomination du contrat comme garantie, il s'agit, selon le Tribunal fédéral, d'un cautionnement qui est nul, faute de revêtir la forme authentique⁹¹⁶.

460. En ce qui concerne Yargıtay, la Cour de cassation turque a toujours respecté la disposition de l'article 18 CO et a toujours donné la priorité à la volonté réelle des parties malgré le fait que le texte du contrat soit clair. Dans un arrêt, la Cour de cassation turque a admis que le contrat intitulé comme « contrat de garantie », donné pour une bourse étatique d'étude, était un cautionnement⁹¹⁷. En revanche, dans un autre cas, mais toujours en ce qui concerne une garantie accordée pour une bourse étatique d'étude, elle a qualifié de garantie un contrat intitulé « cautionnement »⁹¹⁸.

crédit de construction malgré l'absence de la désignation « crédit de construction » dans l'acte de cautionnement. ATF 64 II 208, 213 ss, c. 4 (= JdT 1939 I 465, 469 ss). « Pour déterminer la nature de la créance garantie par l'engagement des défendeurs, question décisive en l'espèce, on ne doit pas se fonder uniquement sur le texte du contrat de cautionnement, mais sur tous les faits susceptibles de révéler l'intention commune des parties lors de la passation de l'acte. » ATF 64 II 208, 212, c. 2 (= JdT 1939 I 465, 467 ss).

⁹¹⁵ SJ 2002 I 574, 577, c. 2.2; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 17 décembre 2002, 4C.154/2002, c. 3.2 (www.bger.ch); ATF 127 III 444, 445, c. 1b (= SJ 2002 I 149, 152).

⁹¹⁶ Dans un arrêt encore plus récent sur la qualification du cautionnement et de la reprise cumulative de dette, le Tribunal fédéral a admis qu'il peut résulter d'autres dispositions contractuelles, du but visé par les parties et d'autres circonstances que le libellé de la clause litigieuse ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu par les parties. ATF 129 III 702, 707, c. 2.4.1 (= JdT 2004 I 535, 541 = rés. RSJ 100, n. 1, 18) et les arrêts cités.

⁹¹⁷ Selon la Cour de cassation turque, la garantie était accessoire comme elle dépendait de la dette principale quant à son existence, sa validité et son exigibilité. HGK, 21.12.1940, E. 167/K. 78, (TİK 1950, v. 1, p. 406). Voir aussi HGK, E. 3/258-88, K/87, T. 1.7.1963 (cité par OLGAÇ, Akit, p. 513); HGK, E. 4/6, K. 7, T. 15.12.1961 (cité par OLGAÇ, Akit, p. 513). Voir aussi TANDOĞAN, II, p. 822; REİSOĞLU, Garanti, p. 69 ss.

⁹¹⁸ ABD, 1968, sh. 313. Tandoğan est d'avis que, dans l'arrêt cité, Yargıtay s'est exprimé sans prendre en considération les spécificités du cas d'espèce pour surmonter la nullité du contrat entaché d'un vice de forme. TANDOĞAN, II, p. 822.

461. Dans la doctrine, certains auteurs apportent quelques règles d'interprétation. Ainsi, selon un courant doctrinal, dès que les banques intitulent les contrats préformulés comme « cautionnement », elles le font consciemment, ce qui veut dire qu'il n'y a pas lieu de rechercher une arrière-pensée de la part de la banque. En revanche, si le contrat est intitulé « contrat de garantie » il n'y a aucun critère de distinction à dégager⁹¹⁹.

462. Certains autres auteurs y ajoutent que si le terme « garantie » est utilisé par les parties expertes en affaires et habituées à l'utilisation de termes juridiques, on peut partir de l'idée qu'elles ont véritablement voulu une garantie indépendante⁹²⁰. De même, l'emploi répétitif du terme « cautionnement » par les professionnels donnera lieu à une interprétation en faveur d'un engagement accessoire⁹²¹.

463. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral admet également l'importance des termes utilisés par des professionnels. « La dénomination du contrat utilisée par les parties n'est pas déterminante, à moins qu'on ne doive admettre, dans certains milieux d'affaires, qu'elle a été utilisée dans son sens juridique. »⁹²² En cas de doute, il sied d'interpréter les contrats en défaveur de la banque qui les prérédige⁹²³.

⁹¹⁹ DOHM, Garantie, p. 59, n. 75. Voir aussi BÜSSER, p. 203, n. 681; HANDSCHIN, p. 229; GUHL, Obligationenrecht, p. 625, n. 10; GUGGENHEIM, Bancaire, p. 349; LOMBARDINI, p. 304, n. 51.

⁹²⁰ « Le terme garantie est plus ample que le terme cautionnement. » *Idem*, p. 304, n. 51.

⁹²¹ LOGOZ, p. 66. Voir aussi DOHM, Garantie, p. 59, n. 75; TRIGO TRINDADE, p. 233. *Contra* ATF 125 III 305, 309 c. 2c. (= JdT 2000 I 635, 640 = RNRF 82 185, 189): « [...] il apparaît cependant, même si elles sont rompues aux affaires, qu'il s'agit de personnes physiques ou morales étrangères exerçant leur activité à l'étranger. On ne peut donc s'en tenir à une interprétation littérale, en admettant d'emblée qu'elles connaissent la distinction faite, en droit suisse, entre le cautionnement et le porte-fort. »

⁹²² ATF 113 II 434, 438, c. 3a (= JdT 1988 I 185, 189). « Tel n'est pas le cas de l'expression <guaranty>. Certes, les droits anglo-américains distinguent la <guarantee> (en américain <guaranty>), qui est accessoire, du <contract of indemnity>, qui est autonome. La distinction, toutefois, n'est pas stricte. La <guarantee> désigne aussi une notion générale comprenant les deux espèces de sûretés qui entrent en considération le terme générique désignant le cautionnement et le contrat de garantie. » Voir aussi BK-BECKER, a.art. 492, n. 9; TEKİNALP, p. 380, n. 87. Le terme « *guarantee* » peut désigner les deux selon les circonstances. BK-WEBER, art. 111, n. 66. Le Tribunal fédéral est même arrivé à admettre l'existence cautionnement malgré les termes « *Unlimited Guarantee* ». Voir ATF 113 II 434 (= JdT 1988 I 185). Voir également BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 27;

464. De même, d'après une solution intermédiaire⁹²⁴, « il faut rechercher quelle a été la volonté des parties, sans s'arrêter aux dénominations dont elles ont pu se servir⁹²⁵ ; sous réserve d'une dénomination qui se serait imposée de manière générale dans une branche déterminée et qui a été utilisée dans son sens juridique⁹²⁶ ou d'un texte parfaitement clair. »⁹²⁷

465. En résumé, on peut donner comme règle que le juge doit interpréter le contrat à chaque fois qu'il a un doute sur sa qualification malgré le fait que les parties l'aient désigné expressément comme un certain type de contrat. En revanche, s'il s'agit d'un contrat entre professionnels, le juge va s'éloigner moins facilement de sa désignation⁹²⁸. La partie qui veut une qualification contraire à la désignation du contrat devra prouver sa volonté réelle avec des preuves assez strictes. De même, selon Thévenoz, lorsque le juge a pour tâche d'interpréter les paroles du garant qui est une société commerciale ou une personne

KLEINER, Bankgarantie, p. 29, n. 5.05 ; EMCH, RENZ, ARPAGAUS, p. 379, n. 1173.

⁹²³ REİSOĞLU, Kefalet, p. 34.

⁹²⁴ CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 26

⁹²⁵ SJ 2000 I 305, 308, c. 1c, ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNR 82 185, 188). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a admis qu'il ne faut pas attacher une importance décisive au fait que les parties ont utilisé une expression juridique précise lorsqu'on fait une interprétation objective. Voir aussi BK-BECKER, a.art. 492, n. 9 ; TEKİNALP, p. 380, n. 87. Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 9 juillet 1998, 4C.436/1997, c. 2, in : RSDA 2000, p. 185, r37, c. 3. En outre, selon le Tribunal, « Une interprétation littérale stricte ne se justifie qu'à l'égard de personnes qui sont rompues à l'usage de ces termes, par exemple des instituts bancaires suisses...même si elles ont rompues aux affaires, qu'il s'agit de personnes physiques ou morales étrangères exerçant leur activité à l'étranger. On ne peut donc s'en tenir à une interprétation littérale, en admettant d'emblée qu'elles connaissent la distinction faite, en droit suisse, entre le cautionnement et le porte-fort. Que l'intimé ait consulté un avocat genevois avant de conclure n'y change rien, puisqu'il n'a pas suivi les conseils de celui-ci et que l'on ne sait pas si l'avocat lui a expliqué la distinction entre les deux notions et, surtout, s'il les a comprises. Entre personnes étrangères exerçant leur activité à l'étranger, on ne saurait retenir, sans autre examen, qu'elles emploient les termes juridiques suisses dans leur sens propre et qu'une erreur de dénomination est d'emblée exclue. » ATF 125 III 305, 309, c. 2b, 2c (= JdT 2000 I 635, 639 = RNR 82 185, 188). Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 17 décembre 2002, 4C.154/2002, c. 3.2 (www.bger.ch).

⁹²⁶ ATF 113 II 434, 438, c. 3a (= JdT 1988 I 185, 189).

⁹²⁷ ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 181).

⁹²⁸ De même, « die bewusste rechtstechnische Verwendung des begriffes – garantie – wird gemäss geltender Rechtspraxis Banken, erfahrenen Geschäftsleuten sowie Rechtsanwältinnen unterstellt ». BÜSSER, p. 197 ss, n. 667. Voir aussi Arrêt cantonal non publié du 8 avril 1994, Aargau, HG.93.175, c. 5a (cc) (Voir BÜSSER, p. 498).

physique familière à la vie des affaires⁹²⁹, il ne peut pas facilement s'écarter du texte du contrat qui se donne pour indépendant du rapport de base. Pour qualifier la garantie de cautionnement, il faut des circonstances extraordinaires indiquant que la réelle et commune intention des parties contredisait en fait le libellé de leur accord⁹³⁰.

466. Au contraire, si l'une des parties est un particulier non rompu aux affaires, le juge va plus facilement prendre en considération les différentes circonstances, notamment les intérêts des parties, le but du contrat ainsi que les présomptions⁹³¹. Autrement dit, il n'est permis de s'écarter du texte du contrat que lorsque le promettant mérite la protection de la loi⁹³².

467. Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a différencié les personnes expérimentées des personnes inexpérimentées de manière plus détaillée⁹³³. Selon lui, il ne faut pas s'arrêter sur le sens objectif des mots utilisés par les parties lorsque celles-ci sont inexpérimentées ou étrangères⁹³⁴. En revanche, les mots utilisés ont une grande importance lorsqu'il s'agit de personnes versées dans les affaires et rompues à l'usage de notions techniques, telles que les sociétés qui s'occupent des garanties dans leurs affaires quotidiennes, les banques suisses⁹³⁵ ou les personnes physiques expérimentées, comme les particuliers qui traitent souvent des affaires couplées avec des actes de garantie en tant qu'administrateurs ou directeurs⁹³⁶ ou encore les juristes qui ont été formés en Suisse⁹³⁷. Cette

⁹²⁹ On admet, par exemple, que les organes ou les représentants d'une régie comprennent le sens des termes utilisés dans le contrat. ATF 120 II 34, c. 5b (considérant non publié, cité par THEVENOZ, p. 195) (= rés. SJ 1994 432).

⁹³⁰ THEVENOZ, p. 175. Cet auteur continue : « espérons que notre Haute Cour fera preuve de la même rigueur dans d'autres circonstances. A défaut, elle risque bien de devoir entendre une fois l'argument d'un cabinet d'avocats, personnes physiques et non société commerciale, plaidant la nullité comme cautionnement du porte-fort que le stagiaire, encore inexpérimenté bien sûr, aurait oralement souscrit devant le juge de séquestre dans le cadre d'une affaire qui ne serait ni bancaire ni internationale. »

⁹³¹ Voir *infra*, n. 538.

⁹³² CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 24.

⁹³³ ATF 129 III 702, 708, c. 2.4.1 ss (= JdT 2004 I 535, 541 ss = rés. RSJ 100, n. 1, 18).

⁹³⁴ Et cela pour les personnes physiques ou morales étrangères. ATF 125 III 305, 309, c. 2c (= JdT 2000 I 635, 640 = RNR 82 185, 189).

⁹³⁵ Voir aussi WEBER, art. 111, n. 80 ss ; PESTALOZZI, art. 111, n. 26. En revanche, les banques s'engagent rarement de manière cumulative pour la dette d'un tiers. KLEINER, Bankgarantie, p. 123, n. 11.17.

⁹³⁶ Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 17 décembre 2002, 4C.154/2002, c. 3.3 (www.bger.ch). Cette règle s'applique également à la société que ces personnes représentent.

⁹³⁷ Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 9 juillet 1998, 4C.436/1997, in : RSDA 2000, p. 185, r37, c. 2.

règle s'applique également à celui qui s'est fait conseiller lors de la conclusion du contrat par une telle personne s'il établit que celle-ci l'a éclairé sur la signification des notions employées⁹³⁸. Le seul fait qu'une personne soit inscrite au registre du commerce et possède la signature individuelle pour une petite entreprise qui ne s'occupe pas des actes d'intercession dans son activité quotidienne n'est pas suffisant pour admettre que cette personne est rompue aux affaires⁹³⁹.

468. Enfin, si les parties passent leur contrat en la forme authentique, l'officier public chargé d'instrumenter leurs volontés va non seulement attirer leur attention sur la forme de l'acte, mais aussi sur son contenu et ses conséquences⁹⁴⁰. Il faudra donc admettre que les parties ont utilisé les termes en toute connaissance de cause et il sera d'autant plus difficile de s'écarter du texte du contrat.

§2 CRITERES DE DISTINCTION DEGAGES DES CLAUSES DU CONTRAT

469. D'après la doctrine, certaines clauses « typiques » sont susceptibles de donner leur caractère juridique aux contrats de garanties. Par exemple, on admet que les clauses de renonciation aux bénéfices de discussion et de division ou à l'action récursoire, les clauses de solidarité, les clauses de for, ainsi que les renvois au contrat de base, les renvois aux lois et les renvois aux règles et usances uniformes de la CCI font penser à l'existence d'une sûreté accessoire.

470. En revanche, certaines autres clauses, telles que les clauses de paiement à première demande, les clauses de paiement accompagné des documents, les clauses d'engagement irrévocable, les clauses de responsabilité sans condition, ou encore les clauses de renonciation aux exceptions provenant du contrat de base sont des indices en faveur d'une qualification du contrat en tant que garantie indépendante.

⁹³⁸ Voir aussi ATF 125 III 305, 310 c. 2c (= JdT 2000 I 635, 641) ; ATF 101 II 323, 326, c. 1b (= JdT 1976 I 537, 540).

⁹³⁹ *Contra* SJ 1962 129, 134, c. 3. Dans cet arrêt, il a été admis que le seul fait d'être représentant d'une entreprise commerciale implique qu'on est censé connaître avec précision le sens des termes utilisés. Voir aussi ATF 72 II 19, 24, c. 3b (= JdT 1946 I 524, 528).

⁹⁴⁰ DEPRAZ, p. 231 ss, n. 438 ss.

471. Dans cette partie de notre travail, nous allons essayer de déterminer quelles sont les clauses qui fournissent un critère de distinction et quelles sont celles qui n'en fournissent pas. Pour ce faire, nous allons examiner les clauses qui, selon la doctrine et la jurisprudence, indiqueraient l'existence d'un cautionnement et celles qui indiqueraient l'existence d'une garantie indépendante.

I. Clauses considérées comme indicatives de l'existence d'un cautionnement

A. Clause de renonciation aux bénéfices de discussion et de division

472. S'il existe une clause de renonciation aux bénéfices de discussion et de division dans l'acte de garantie, on admet qu'il s'agit d'une garantie accessoire. Ces clauses explicitement exclues de la convention sont incompatibles avec les garanties indépendantes⁹⁴¹. La terminologie provient du reste de l'institution du cautionnement⁹⁴².

473. Pour Kahyaoğlu, une renonciation au bénéfice de discussion rend la responsabilité de la caution proche d'une responsabilité solidaire⁹⁴³. Il en résulte que face à une telle renonciation, on est en présence d'un cautionnement.

474. Mais, selon Dohm, cette présomption est inapplicable dans le cas où la renonciation à ces exceptions serait « contenue dans un catalogue plus vaste », c'est-à-dire que la renonciation comprendrait d'autres exceptions appartenant au contrat de valeur⁹⁴⁴. Il faut donc surtout faire

⁹⁴¹ GUGGENHEIM, *Bancaire*, p. 353, *Garantie*, p. 176 ; DOHM, *Garantie*, p. 61, n. 82 ; KLEINER, *Bankgarantie*, p. 52, n. 5.41 ; TANDOĞAN, II, p. 827 ; BARLAS, *Kredi*, p. 967. *Contra* RJB 72 232, 235, c. 3 ; GUHL, *Obligationenrecht*, p. 625, n. 10.

⁹⁴² BK-WEBER, art. 111, n. 73.

⁹⁴³ KAHYAOĞLU, p. 39.

⁹⁴⁴ DOHM, *Garantie*, p. 61, n. 82. Voir aussi KLEINER, *Bankgarantie*, p. 53, n. 5.41. Cet auteur cite comme exemple la clause suivante : « ...sans excuses ou objections, nous désistant du droit de toute opposition, ainsi que du bénéfice de division... et du bénéfice de discussion..., et sans examiner si votre réclamation est légale ou non. » Selon lui, il faut comprendre le sens de cette clause comme une renonciation à toutes les exceptions. *Idem*, p. 55, n. 5.45.

attention si le garant n'a pas renoncé à toutes les exceptions. En effet, une telle renonciation donne lieu à une garantie indépendante⁹⁴⁵.

475. En résumé, si le garant n'a renoncé qu'aux bénéfices de discussion et de division, on admettra qu'on est en présence d'un cautionnement. Si en revanche la renonciation ne se limite pas à ces deux bénéfices, mais comprend au contraire la renonciation à d'autres exceptions à tel point qu'elle fait perdre son caractère accessoire à l'engagement, on est en présence d'une garantie indépendante.

B. Clause de renonciation à l'action récursoire

476. Lorsqu'il existe une clause de renonciation du garant à l'action récursoire dont il dispose à l'encontre du débiteur principal, la doctrine y voit un indice en faveur de l'existence d'un contrat de cautionnement. Le recours contre le débiteur principal est en effet une action propre à cette institution, et ne concerne pas la promesse de porte-fort⁹⁴⁶.

477. Ainsi, pour le Tribunal fédéral : « par l'alinéa 8 du contrat, le défendeur s'interdit toute action récursoire contre N. AG tant que la demanderesse n'aura pas été complètement désintéressée. C'est là un indice en faveur du cautionnement. Le recours contre le débiteur principal est une action propre au cautionnement, pas à la promesse de porte-fort. La demanderesse s'est réservé le droit de stipuler d'autres sûretés et de les faire valoir contre le débiteur principal sans égard aux prétentions du défendeur [...]. Cette clause n'a de sens que dans le cadre d'un cautionnement. »⁹⁴⁷

478. A notre avis, on ne peut admettre aucun indice découlant de cette clause en faveur du cautionnement, car le garant peut lui aussi posséder un droit au remboursement découlant du contrat de mandat à l'encontre du débiteur principal (art. 402 CO), ou le bénéficiaire peut lui céder ses droits provenant du contrat de base (art. 164 ss CO)⁹⁴⁸. Une telle clause peut donc s'interpréter en ce sens que le garant renonce à l'action récursoire

⁹⁴⁵ TANDOĞAN, II, p. 827 ; BARLAS, Kredi, p. 967 ; TEKİNALP, p. 381, n. 88.

⁹⁴⁶ ATF 113 II 434, 441, c. 3e (= JdT 1988 I 185, 191) ; BK-WEBER, art. 111, n. 75 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 31 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28. Voir aussi HUGUENIN, Besonderer, p. 187, n. 1225. *Contra* BÜSSER, p. 205, n. 685.

⁹⁴⁷ ATF 113 II 434, 441, c. 3e (= JdT 1988 I 185, 191).

⁹⁴⁸ BÜSSER, p. 205, n. 685.

dont il bénéficie après avoir payé la dette découlant d'une garantie indépendante.

C. Clause de solidarité

479. Lorsqu'il existe des clauses de solidarité dans les contrats de garantie, la garantie indépendante est exclue, car elle ne fonde jamais une responsabilité solidaire du garant avec le débiteur⁹⁴⁹. En d'autres termes, le fait que le garant s'engage solidairement avec le débiteur principal est entièrement contraire à l'indépendance de la garantie. On ne peut admettre que l'existence d'une obligation solidaire, une reprise cumulative de dette⁹⁵⁰ ou un cautionnement solidaire⁹⁵¹. Il ne s'agit donc pas d'une garantie lorsque le contrat contient une clause d'engagement solidaire ou des clauses équivalentes, telles qu'un engagement conjoint, collectif ou par lequel chacun est responsable pour l'entier de l'exécution de la dette⁹⁵².

480. Yargıtay a cependant admis que si le contrat comprend non seulement une clause de « paiement en première demande » mais aussi une clause de « solidarité », la garantie indépendante est présumée⁹⁵³.

⁹⁴⁹ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 353, Garantie, p. 175 ; DOHM, Garantie, p. 61, n. 81 ; KAHYAOĞLU, p. 38 ; BK-WEBER, art. 111, n. 70 ; BARLAS, Kredi, p. 965 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 50ss, n. 5.38 ; BÜSSER, p. 205, n. 684 ; GUHL, Obligationenrecht, p. 626, n. 10 ; TEKİNALP, p. 381, n. 89 ; ATF 64 II 346, 350, c. 2 (= JdT 1939 I 167, 171). Voir aussi 13. HD, E. 2002/2275, K. 2002/5138, T. 6.5.2002 (İBD 2003, v. 77, no. 3, p. 796).

⁹⁵⁰ La différence entre la garantie et la reprise cumulative de dette est la suivante : la garantie ne résulte jamais d'un engagement solidaire tandis que le reprenant s'engage solidairement avec le débiteur originaire. CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 26. En revanche, selon le Tribunal fédéral, il n'y a pas de différence importante quant aux résultats pratiques de la qualification. ATF 81 II 520, 526, c. 4 (= JdT 1956 I 462, 467).

⁹⁵¹ KLEINER, Bankgarantie, p. 50, n. 5.38 ; BÜSSER, p. 205, n. 684 ; GUGGENHEIM, Garantie, p. 175, note. 42.

⁹⁵² CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 28. Voir aussi von TUHR, ESCHER, p. 300.

⁹⁵³ İBK, E. 1966/16, K. 1967/7, T. 13.12.1967 (RG 5.4.1968 12867) ; KAHYAOĞLU, p. 38. Cependant, la Cour de cassation turque a admis dans certains arrêts l'existence d'une garantie bien que le contrat prévoit une clause de « cautionnement solidaire ». TD, E. 958-545, K. 1032, T. 8.4.1958 (TİK 1958, v. I-II, no. 458, p. 303). Voir aussi HGK, E. 2000/19-839, K. 2000/879, T. 10.5.2000 (www.kazanci.com.tr) ; HGK, E. 1992/15-398, K. 1992/703, T. 25.11.1992 (www.kazanci.com.tr).

D. Clause de for

481. Pour Kahyaoğlu, si l'acte de garantie prévoit une clause de for et si dans le système juridique en question, le législateur a réglementé seulement le cautionnement en interdisant la conclusion de la garantie indépendante, on peut y voir un indice en faveur du cautionnement⁹⁵⁴.

482. En revanche, si le système juridique en question prévoyait une telle interdiction, la question de la qualification ne se poserait pas. Nous ne voyons guère les possibilités d'application de ce critère dans la pratique⁹⁵⁵.

E. Clause d'arbitrage

483. Pour Kahyaoğlu, l'existence d'une clause d'arbitrage dans le contrat de garantie n'affecte pas le caractère indépendant de celle-ci⁹⁵⁶.

484. A notre avis aussi, une telle clause peut exister tant dans une garantie que dans un cautionnement. Aucune règle, ni dans le droit suisse ni dans le droit turc, ne pourrait empêcher les parties de désigner une institution d'arbitrage pour résoudre les conflits découlant de ces contrats. En outre, nous ne voyons guère comment une telle clause pourrait affecter le caractère accessoire du cautionnement ou indépendant de la garantie. La clause d'arbitrage n'a donc aucune influence sur la qualification des contrats.

F. Renvoi au contrat de base

485. Les garanties comprennent toujours des renvois aux contrats de base, de manière à personnaliser la dette garantie. Certains auteurs admettent que s'il y a un rapport entre le contrat de base et le contrat de garantie, on est dans le domaine du cautionnement. Selon ce point de vue, un renvoi au contrat de base dans le contrat de sûreté construit une

⁹⁵⁴ KAHYAOĞLU, p. 33.

⁹⁵⁵ Nous ne connaissons pas un tel système juridique, du moins pas parmi les pays occidentaux. Kahyaoğlu ne fournit pas non plus d'exemples. En outre, bien qu'un tel système juridique puisse exister, les parties aux contrats internationaux sont en principe des personnes rompuées aux affaires et choisiront en général des ordres juridiques libéraux.

⁹⁵⁶ KAHYAOĞLU, p. 33.

présomption en faveur du cautionnement⁹⁵⁷. A l'inverse, lorsqu'il n'y a pas de référence au contrat de base ni à l'obligation assumée par le débiteur principal, il faut plutôt qualifier l'acte de garantie indépendante⁹⁵⁸.

486. Pour le Tribunal fédéral, « cela ressort déjà du fait que la déclaration de garantie était portée sur le document du contrat principal (avenant) lui-même. Ensuite, cela résulte des termes utilisés selon lesquels R. <intervenait dans le présent contrat de vente>; comme il ne reprenait pas la dette de l'acheteur, ces termes montrent que le défendeur « intervenait » pour favoriser l'exécution du contrat, ce qui est déjà un indice en faveur du caractère accessoire de l'engagement du garant. »⁹⁵⁹ On pourrait donc parler d'une « présomption » selon laquelle il y a une sûreté accessoire lorsqu'il y a une référence à un autre contrat. Ceci est en outre confirmé par le fait que, dans la règle, les obligations publiques, telles que les prétentions découlant des lois sur les douanes, et les rapports d'obligation déterminés par la loi, tels que l'obligation d'entretien des parents envers leurs enfants, n'imposent que la constitution de sûretés accessoires⁹⁶⁰.

487. On voit également un indice en faveur du cautionnement lorsque le contrat de garantie « est apposé au bas d'un contrat existant ou lorsque le garant déclare s'engager en commun avec le débiteur principal. »⁹⁶¹

488. Cependant, selon une nouvelle doctrine, la distinction ainsi effectuée est mal fondée parce qu'une référence au contrat de base ne permet pas à elle seule d'en déduire l'existence de l'accessoriété de

⁹⁵⁷ LOGOZ, p. 66 ; TEKİNALP, p. 380, n. 88 ; TANDOĞAN, II, p. 823 ; KAHYAOĞLU, p. 33. Dans ce sens, 11. HD, E. 2001/10654, K. 2002/506, T. 28.1.2002 (YKD 2002, v. 28, no. 8, p. 1190) ; HGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583, T. 4.7.2001 (Yargı Dünnyası, Temmuz 2001, no. 67, p. 33).

⁹⁵⁸ « Le caractère indépendant de l'engagement de la banque est d'autant plus évident – et ne pouvait être compris comme tel – que l'obligation de paiement de ... (le débiteur principal) n'est même pas clairement mentionnée » au contrat de garantie. » SJ 1988 550, 554, c. 1c (bb).

⁹⁵⁹ ATF 111 II 276, 280, c. 3c (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 182). Cependant, pour une partie de la doctrine, même les expressions « se porter garant de la bonne fin des paiements contractuels » ne reflète pas une volonté d'engagement accessoire, vu sa fréquence dans les contrats de garantie bancaire indépendantes. ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 410.

⁹⁶⁰ KLEINER, Bankgarantie, p. 67, n. 5.55.

⁹⁶¹ CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28.

l'engagement⁹⁶². Il n'est pas possible d'être aussi affirmatif, car une garantie principale peut également avoir pour objet un rapport d'obligation⁹⁶³. La référence au contrat de base est possible, voire fréquente, même en matière de garantie, surtout dans le domaine bancaire⁹⁶⁴. Dans la pratique des affaires, tous les textes modernes de garantie indépendante contiennent un renvoi assez explicite au contrat de base et à l'obligation devant être garantie. En outre, dès que les sommes en jeu sont assez 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 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. »⁹⁶⁵

489. Le seul fait qu'il y ait un renvoi au contrat de base n'est donc pas déterminant pour qualifier le contrat, il faut encore rechercher le « *Sicherungszweck* » des parties. Le renvoi au contrat de base ne sert qu'à déterminer l'objet du contrat de sûreté personnelle quelle que soit sa nature ; en d'autres termes, c'est ainsi qu'on détermine que la sûreté est accordée pour une prestation précise et que le garant ne peut pas être

⁹⁶² ATF 117 III 76, 78 ss, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 679) ; ZR 1992 n. 39, p. 143, 146, c. III-4.2 ; de GOTTRAU, I, p. 6 ; LOMBARDINI, p. 304, n. 52 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 63, n. 5.54 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28 ; NOËL, p. 119, FLURY-SCHMITT, p. 173, HUGUENIN, Besonderer, p. 187, n. 1225, ARKAN, Karar, p. 986 ss ; BARLAS, Kredi, p. 957 ; POULLET, Garantie, p. 131. Pour Guggenheim, il est possible d'arriver à de telles conclusions selon les particularités du cas d'espèce, mais il ne s'agit pourtant pas d'un critère de distinction facile à généraliser. GUGGENHEIM, Garantie, p. 174.

⁹⁶³ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 352. Voir aussi DOHM, Garantie, p. 60, n. 77 ; NOËL, p. 119 ; ZOBL, p. 34. Pour Pleyer, il suffit de prendre en considération le droit de change. On trouve même souvent des renvois à l'opération de base dans les documents. Mais personne n'en déduit que la lettre de change deviendrait de ce fait une opération de base. « Lorsque le texte même (paiement sur première demande et renonciation à toute objection) se prononce en faveur de la garantie, et que l'on n'arrive pas à déceler de passages y faisant obstacle, la mention de l'opération de base n'est certainement pas de nature à nuire en quoi que ce soit. » PLEYER, p. 190.

⁹⁶⁴ LOMBARDINI, p. 304, n. 51 ; DOHM, Garantie, p. 60, n. 77 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 37, n. 5.16 ; GUGGENHEIM, Garantie, p. 175 ; NOËL, p. 119 ; BK-WEBER, art. 111, n. 68 ; ARKAN, Karar, 986. Voir aussi ATF 113 II 434, 439, c. 3b (= JdT 1988 I 185, 189) : « Si l'existence d'une obligation assumée par un tiers est généralement un critère de distinction, elle ne revêt cependant pas une importance prépondérante. »

⁹⁶⁵ ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 409.

recherché pour une autre prestation⁹⁶⁶. On ne peut donc en déduire aucune conséquence quant à la qualification juridique du contrat⁹⁶⁷.

490. Si on garantit, par exemple, la qualité d'une chose, sa date de livraison ou son lieu de livraison, cela implique certainement une garantie comme un « résultat » et, par conséquent, la présence d'un contrat de garantie indépendant, même s'il y a un renvoi moins précis à un autre contrat, mais avec un accent mis sur la prestation⁹⁶⁸. C'est le cas notamment quand la garantie fait un renvoi à la prestation garantie en gardant expressément toute autonomie ou bien en la faisant remarquer incidemment⁹⁶⁹.

⁹⁶⁶ KLEINER, Bankgarantie, p. 37, n. 5.17. Voir aussi SPAINI, p. 39.

⁹⁶⁷ KLEINER, Bankgarantie, p. 37, n. 5.16, ZOBL, p. 34 ; KAHYAOĞLU, p. 34. Selon Kleiner, malgré le fait qu'on ne puisse pas dégager un critère déterminant d'un renvoi au contrat de base, il faudrait tout de même admettre l'existence d'une garantie indépendante en présence de clauses qui accentuent les prestations en tenant compte du « *Sicherungszweck* ». Par exemple : « *sie haben mit der... (Bestellerin) einen Vertrag zur Lieferung von...abgeschlossen, zahlbar durch Eröffnung eines unwiderruflichen, durch eine erstklassige Schweizerbank bestätigtes Akkreditiv. Im Auftrag der ... (Bestellerin) übernehmen wir hiermit Ihnen gegenüber die unwiderrufliche Garantie, Ihnen Fr. ... zu bezahlen für den Fall, dass ein im Zusammenhang mit der obigen Lieferung zu Ihren Gunsten eröffnetes Akkreditiv über den Betrag von Fr.... benutzbar gegen übliche Exportdokumente, Ihnen seitens einer erstklassigen Schweizerbank nicht bis zum ... (genaues Datum) bestätigt worden ist.* » « *...wir stellen Ihnen demzufolge, im Auftrag der ...und auf Grund der vorliegenden allgemeinen Bewilligung der Österreichischen Nationalbank das Angebot für die Ihrerseits zu leistende Anzahlung von...die Garantie derart zu übernehmen, dass wir Ihnen über Ihre Aufforderung Beträge bis zur Höhe dieser Summe bezahlen, falls die...ihrer Verpflichtung zur Erstellung der Ware auf...Zollgebiet nicht oder nur teilweise, unter Berücksichtigung des vorgenannten Termins per..., nachgekommen sein sollte.* » KLEINER, Bankgarantie, p. 40, n. 5.22.

⁹⁶⁸ « *Wir, die...Bank verpflichten uns hiermit, Ihnen einen Betrag von Fr... zu bezahlen für den Fall, dass die Firma XY in Z nicht bis spätestens am ... eine Turbine, Modell...in betriebsfertigem Zustand geliefert und montiert hat.* » KLEINER, Bankgarantie, p. 39, n. 5.21. p. 39 ss, n. 5.22.

⁹⁶⁹ KLEINER, Bankgarantie, p. 40, n. 5.22. Voir aussi POULLET, Garantie, p. 131. Selon cet auteur, cette référence peut être négative ou positive. Dans le premier cas, les parties excluent précisément que le donneur d'ordre ou le garant puisse se prévaloir de la bonne exécution des obligations pour empêcher le paiement. Par exemple, « sans pouvoir lui opposer aucun motif ni de notre chef ni du chef du donneur d'ordre ». Ces clauses sont fréquentes et créent une obligation indépendante. En revanche, si la référence est positive, il s'agit d'un contrat accessoire. Par exemple, « la banque garantit irrévocablement le paiement par le donneur d'ordre au bénéficiaire d'une somme de [...] représentant tel pourcentage du prix contractuel total dans le cas où le donneur d'ordre manquerait à s'exécuter suivant les termes et les conditions ». POULLET, Garantie, p. 131 ss. *Handels-*

491. Dans les garanties de bonne exécution également, on assiste souvent à un renvoi au contrat de base. Pour Kleiner, un tel renvoi ne transforme pas la garantie en cautionnement⁹⁷⁰. Pour Kahyaoğlu aussi, un tel renvoi sert à démontrer le « *Sicherungszweck* » et cela indique l'indépendance de la garantie.

492. Enfin, le seul fait que le montant dû en vertu de la garantie soit réductible eu égard à l'exécution du contrat de base ne transforme pas en cautionnement un engagement qui est clairement une garantie indépendante⁹⁷¹.

493. Toutefois, pour une partie de cette nouvelle doctrine et de la jurisprudence, si dans le contrat de garantie l'engagement du garant est défini d'une manière identique à l'engagement garanti, en d'autres termes la prestation garantie, il faut plutôt admettre l'existence d'un cautionnement⁹⁷². Dans ce cas, l'obligation de payer est exigible quand il y a inexécution de la prestation du contrat de base. La jurisprudence voit toujours un indice en faveur du cautionnement lorsque l'objet du contrat de garantie et du contrat de base sont les mêmes. Il faudrait admettre l'existence du cautionnement avant tout lorsque la dette du débiteur principal est identique à celle du garant et lorsque le garant ne promet pas la prestation du débiteur principal mais garantit la prestation en tant que telle au lieu de garantir le dédommagement. En bref, selon cette doctrine,

gericht a vu l'indice d'indépendance dans la clause suivante : « [...] we [...] hereby irrevocably undertake to pay you on first demand, [...] any amount up to DM 750000.- [...] upon receipt of your written request for payment and your written confirmation that[...] » ZR 1992 n. 39, p. 143, 146, c. III-4.2.

⁹⁷⁰ KLEINER, Bankgarantie, 37, n. 5.17, 5.18.

⁹⁷¹ LOMBARDINI, p. 304, n. 53.

⁹⁷² En d'autres termes, si l'obligation correspond exactement à celle du débiteur principal et est définie entièrement par référence à celle-ci, il s'agit d'un cautionnement. SJ 2000 305, 307, c. 1a ; ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNRF 82 185, 188) ; ATF 113 II 434, 439, c. 3b (= JdT 1988 I 185, 189) ; KLEINER, Bankgarantie, p. 38, n. 5.20 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28. Voir aussi ZOBL, p. 34. « Si l'étendue de la prestation du <garant> est définie exclusivement par rapport à la prestation du débiteur principal ou si le <garant> n'intervient qu'à condition que le débiteur principal n'ait pas exécuté sa propre obligation, on peut plutôt pencher pour l'existence d'un cautionnement que pour une garantie. » LOMBARDINI, p. 304, n. 52. Tel est le cas si le tiers émetteur utilise la formule selon laquelle il se porte garant des paiements contractuels et qu'il intervient aussi dans le contrat de base [ATF 111 II 276, 280, c. 2c (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 182)] ou si la condition de l'appel à la garantie est l'inexécution des obligations du donneur d'ordre vis-à-vis du bénéficiaire. LOMBARDINI, p. 304, n. 52.

dès qu'il y a identité et dépendance entre la prestation de garantie et la prestation garantie, il s'agit d'un cautionnement⁹⁷³. Par exemple, selon le Tribunal fédéral « le contrat litigieux ne détermine ni le montant ni la durée de la prestation du défendeur. La prestation est déterminée uniquement par la convention entre la demanderesse et N. AG (le débiteur). [...] En principe, on ne retiendra une promesse de porte-fort que si la convention de garantie elle-même détermine la prestation de façon détaillée. On retiendra en revanche un cautionnement s'il faut, comme en l'espèce, se référer intégralement au contrat principal pour déterminer la prestation du garant. »⁹⁷⁴

494. A notre avis, étant donné l'évolution de la pratique des affaires, on ne peut plus parler d'une telle présomption parce que le renvoi ne fait que confirmer l'existence d'une obligation de base à garantir (en d'autres termes ne fait que déterminer le risque pour lequel le garant s'est engagé) sans y ajouter aucun indice en faveur d'une garantie accessoire⁹⁷⁵. Rien n'empêche qu'une garantie indépendante, qui couvre un risque d'inexécution de contrat de base, prévoie une clause obligeant le garant à exécuter une prestation définie entièrement par référence au contrat de base. Un tel renvoi est en outre nécessaire pour la détermination du risque assumé dans les garanties indépendantes. Yargitay a maintes fois admis que le risque assumé par le garant doit être déterminable. On ne peut pas garantir l'inconnu⁹⁷⁶.

495. On ne peut pas partager non plus l'idée du Tribunal fédéral selon laquelle on retiendra un cautionnement s'il faut se référer intégralement au contrat principal pour déterminer la prestation du garant. En effet, surtout en ce qui concerne les garanties indépendantes qui ne prévoient pas le paiement par le garant d'une somme déterminée mais que ce dernier remboursera le dommage subi par le créancier⁹⁷⁷, on ne peut déterminer la prestation du garant qu'en se référant au contrat de base. Il n'y a plus qu'une présomption à tirer de ce constat : s'il n'y a aucune liaison, aucun renvoi au contrat de base, on ne peut pas parler d'un cautionnement.

⁹⁷³ BK-WEBER, art. 111, n. 69 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 28 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28 ; ATF 113 II 434, 439, c. 3b (= JdT 1988 I 185, 189) ; ATF 111 II 276, 280, c. 2c (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 181 ss).

⁹⁷⁴ ATF 113 II 434, 439, c. 3c (= JdT 1988 I 185, 190). Dans ce sens, voir aussi ARKAN, Karar, p. 987.

⁹⁷⁵ Voir aussi ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 409.

⁹⁷⁶ Voir *supra*, n. 172, 325.

⁹⁷⁷ Voir *infra*, n. 607 ss.

496. Pour surmonter un éventuel litige et éviter qu'un contrat de garantie ne soit qualifié de cautionnement, de Gottrau suggère aux parties au contrat de garantie de viser le contrat de base dans son préambule mais pas dans le texte même du contrat⁹⁷⁸.

G. Renvoi aux lois

497. S'il y a un renvoi aux règles régissant le cautionnement, cela peut constituer un indice en faveur de l'existence d'un cautionnement plutôt que d'un contrat de garantie⁹⁷⁹.

498. Ainsi le texte « en sa qualité de caution, et sous renonciation formelle au bénéfice de discussion et de division et à tout ce qui pourrait informer les présentes, notamment au bénéfice de l'article 2037 CCfr... » fournit un indice en faveur du cautionnement⁹⁸⁰.

499. En revanche, selon Weber, un renvoi aux dispositions de garantie (*Garantiebestimmung*), n'est pas déterminant, « *zumindest wenn die Übernahme des Wortlautes nicht bewusst erfolgt ist.* »⁹⁸¹.

500. Si le renvoi aux dispositions applicables à la caution est un indice, ce n'est pas un critère de distinction déterminant. Donc, si on arrive, sur la base d'autres indices à déterminer que le contrat est une garantie indépendante, cette clause n'aura aucun effet.

II. Clauses considérées comme indicatives de l'existence d'une garantie indépendante

A. Clause de paiement à première demande

501. La majorité de la doctrine admet que lorsqu'il y a une clause de paiement à première demande sous la forme d'expressions telles que « à

⁹⁷⁸ de GOTTRAU, I, p. 19.

⁹⁷⁹ KLEINER, *Bankgarantie*, p. 37, n. 5.15 ; BK-WEBER, art. 111, n. 67 ; KAHYA-OĞLU, p. 32. Et cela également quand il y a un renvoi aux *beneficium excussionis* et *divisionis*. LOGOZ, p. 66.

⁹⁸⁰ POULLET, *Garantie*, p. 128.

⁹⁸¹ BK-WEBER, art. 111, n. 67. Du point de vue du droit suisse et du droit turc, la disposition qui régit la garantie est l'article 111 CO. Voir *supra*, n. 52.

première demande » ou « irrévocable », ou « la renonciation du garant d'opposer des objections ou des exceptions⁹⁸² », il y a lieu d'admettre l'existence d'une garantie indépendante⁹⁸³. Cela se justifie de la manière suivante : si le paiement doit avoir lieu rapidement, les possibilités du garant de s'opposer à la demande de paiement sont limitées. Il n'est en effet possible de payer « à première demande » que si on a préalablement renoncé à examiner le bien-fondé de la prétention en paiement et, par conséquent, à faire valoir des objections et des exceptions découlant du rapport de valeur⁹⁸⁴. En d'autres termes, cette clause retrouve son véritable sens dès qu'on admet que le garant renonce aux exceptions provenant du contrat de base⁹⁸⁵ et qu'il ne recherchera pas le bien-fondé de la demande ; parce que le contraire fera perdre toute sa valeur à la clause de paiement à première demande. On admet qu'il n'est possible de payer à première demande que lorsque l'on renoncerait préalablement à examiner le bien-fondé de la prétention en paiement et, par ricochet, à faire valoir des exceptions fondées sur l'accord de base⁹⁸⁶. C'est dans ces conditions-là

⁹⁸² de GOTTRAU, I, p. 6 ; TANDOĞAN, II, p. 824 ; ROESLE, p. 104 ; BÜHLER, p. 130. Voir par exemple SJ 1997 245.

⁹⁸³ TI, Tribunale di appello (II Camera civile, it.), Rép. 1992 259 ss, in : RSDA 1995, p. 31, r44, c. 1 ; RJN 1994 88, 90, c. 2, SJ 1988 550, 554, c. 1c (bb) ; ATF 117 III 76, 79, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 679) ; SJ 1984 457, 462, c. 2 ; YTD. 7.12.1961, E. 2360, K. 4274 (Son İç 1962, p. 5120) ; İİD, E. 4527, K. 4542, T. 25.6.1960 (AD, 1960, no. 8, p. 592) ; TD. E. 56, K. 515, T. 25.2.1958 (TİK 1958, c. I-II, n. 456, p. 302) ; TD, E. 958-545, K. 1032, T. 8.4.1958 (TİK 1958, v. I-II, no. 458, p. 303) ; 4. HD, E. 3303, K. 425, T. 23.1.1958 (cité par OLGAC, Genel, p. 492) ; DOHM, *Garantie*, p. 61, n. 80 ; ROESLE, p. 103 ss ; FLURY-SCHMITT, p. 172 ; RAPP, p. 271 ; LOGOZ, p. 66 ; POULLET, *Garantie*, p. 130 ; GUHL, *Obligationenrecht*, p. 625, n. 10 ; TEKİNALP, p. 381, n. 89.

⁹⁸⁴ On rencontre souvent des garanties comportant simultanément des clauses de paiement à première demande et des clauses de renonciation à des exceptions fondées sur le contrat de base. DOHM, *Garantie*, p. 61, n. 80 ; LOMBARDINI, p. 305, n. 54.

⁹⁸⁵ KLEINER, *Bankgarantie*, p. 46, n. 5.32.

⁹⁸⁶ DOHM, *Garantie*, p. 61, n. 80. L'une des plus importantes causes de son existence est d'éviter au bénéficiaire de devoir prouver l'inexécution. de GOTTRAU, I, p. 26. De même, pour Lombardini, « il est vraisemblable qu'une banque, qui s'engage à payer à première demande un montant à des conditions strictement définies, estime qu'elle ne peut soulever aucune objection ou exception. Il est cependant préférable, pour éviter toute incertitude, que la garantie contienne l'indication expresse selon laquelle la banque renonce à invoquer vis-à-vis du bénéficiaire toute objection, exception ou autre moyen de défense. C'est la formulation qui, à notre sens, fonde réellement le caractère autonome de la garantie. D'autres formulations analogues, mais claires, peuvent être <sans contestation> ou <sans aucune discussion> » LOMBARDINI, p. 305, n. 54.

qu'on peut accueillir l'idée par laquelle on est en présence d'un contrat de garantie indépendante⁹⁸⁷.

502. Pendant de longues années, Yargıtay a également admis les lettres de garantie comprenant la clause selon laquelle « le garant accepte d'exécuter le paiement à première réquisition sans attendre une décision de la part d'un juge ni d'un arbitre, sans demander la confirmation de débiteur principal » comme les contrats de garantie indépendante⁹⁸⁸. Dans un arrêt rendu par le « Conseil des Chambres civiles réunies », la Cour de cassation turque confirme cette idée⁹⁸⁹.

503. Selon la doctrine également, l'existence d'un contrat de garantie indépendante est fort probable quand on rencontre cette clause, surtout dans le domaine des affaires internationales⁹⁹⁰.

504. En revanche, pour certains auteurs qui ne nient en principe pas cette théorie, il convient toutefois de ne pas se montrer trop affirmatif⁹⁹¹. Tout dépendra en définitive du libellé de la « garantie à première demande », et de l'interprétation que l'on peut y donner⁹⁹². Pour cette doctrine, la clause de paiement à première demande ne donne pas lieu à une qualification *a priori* du contrat comme un contrat de garantie indépendante. Il faut l'admettre comme un indice, et « *nur als Indiz* », pas plus⁹⁹³. Ce qui importe, c'est la renonciation aux exceptions découlant du contrat de base, or, la clause de paiement à première demande est loin de contenir une telle renonciation à elle seule⁹⁹⁴.

505. Le Tribunal fédéral a lui aussi admis dans certains arrêts cette idée. « Le fait que la banque garante se soit engagée à payer <à première

⁹⁸⁷ KLEINER, Bankgarantie, p. 46, n. 5.32. Surtout en droit allemand, lorsque le garant s'engage à payer à première demande, on a tendance à accepter qu'il renonce en même temps aux exceptions. *Idem*, p. 46, n. 5.33.

⁹⁸⁸ Voir les arrêts cités par TANDOĞAN, II, p. 822, note. 60.

⁹⁸⁹ ABD. 1968, sh. 266 ss.

⁹⁹⁰ KLEINER, Bankgarantie, p. 78, n. 5.70. Voir également SPAINI, p. 78.

⁹⁹¹ Le seul but de cette clause est de faire payer le garant aussi vite que possible. Voir aussi BARLAS, Teminat, p. 37 ; VILLEREY, p. 269. Pour cet auteur « seule une prise en considération de l'économie générale de l'engagement permet de définir l'intention des parties et de décider en conséquence si la garantie fournie est une garantie traditionnelle ou une garantie à première demande. » p. 270.

⁹⁹² GUGGENHEIM, Bancaire, p. 354.

⁹⁹³ KOCAMAN, p. 61. En revanche, c'est un indice qu'il faut toutefois qualifier de sérieux. CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28. Ce qui est déterminant, c'est la renonciation aux exceptions provenant du contrat de base. BÜSSER, p. 201, n. 675.

⁹⁹⁴ BARLAS, Kredi, p. 961, Teminat, p. 37 ; ARKAN, Teminat, p. 63.

réquisition> ne constitue, en soi, qu'un indice en faveur de l'existence d'une garantie indépendante, qui doit être renforcé par d'autres éléments. »⁹⁹⁵

506. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un contrat ressortissant au domaine bancaire ou à celui des affaires internationales, et que le garant est une personne rompue aux affaires, il faut admettre que ce critère devient déterminant. En effet, la volonté du garant de ne pas se mêler aux affaires des parties au contrat et la volonté du bénéficiaire de se faire payer rapidement, sans devoir faire un recours juridique, le cas échéant dans un pays étranger, sont prépondérantes⁹⁹⁶.

507. Enfin, l'inexistence de cette clause ne permet pas, à elle seule, de présumer l'existence d'un cautionnement.

B. Clause de paiement accompagné des documents

508. Selon la doctrine, lorsqu'il s'agit d'une garantie documentaire, on est en principe en présence d'une garantie indépendante, car si les conditions sur la fourniture des documents se réalisent, le garant n'a plus l'obligation de rechercher si le cas garanti a eu lieu ou non⁹⁹⁷. Autrement

⁹⁹⁵ ATF 117 III 76, 79, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 679. Voir aussi ATF 119 II 132, c. 4a (considérant non publié, cité par BÜSSER, p. 483). En Allemagne, le Tribunal fédéral admet même l'existence de cautionnements comportant une clause de paiement à première réquisition. KAHYAOĞLU, p. 36.

⁹⁹⁶ « ...die <stereotype> Klausel <auf erstes Anfordern> als durch <internationale Usance> gefestigtes Merkmal der Unabhängigkeit der Bankgarantie vom Grundgeschäft charakterisiert. » ZR 1986 n. 23, p. 44, 46, c. III-2. Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 78, n. 5.70. En revanche, « ... dass die Formel <auf erstes Anfordern> sowohl in inländischer wie auch im internationalen Verhältnis ein deutliches Indiz für die Begründung einer nichtakzessorischen Sicherungsverpflichtung bildet. Die Formel wirkt jedoch nicht unabdingbar konstitutiv für den Einreden – und Einwendungsausschluss aus dem Valutaverhältnis. Vielmehr verstärkt sie in erster Linie die aus dem indizierten Einreden – und Einwendungsverzicht fließende Liquidität der Garantieverpflichtung und bestätigt diesen damit. » BÜSSER, p. 201, n. 675.

⁹⁹⁷ DOHM, Garantie, p. 62, n. 83 ; GUGGENHEIM, Bancaire, p. 353, Garantie, p. 175 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 42 ss, n. 5.27 ; TANDOĞAN, II, p. 825 ; SPAINI, p. 81 ss ; TEKİNALP, p. 381, n. 89. Voir aussi KAHYAOĞLU, p. 35 ; GUGGENHEIM, Garantie, p. 175 ; LOGOZ, p. 67 ; BÜSSER, p. 201 ss, n. 677, p. 270 ss, n. 904 ; GUHL, Obligationenrecht, p. 625, n. 10 ; BARLAS, Kredi, p. 966. Bien sûr, pour arriver à cette solution, il faut en outre que la présentation du document soit la condition du paiement. KLEINER, Bankgarantie, p. 43, n. 5.28 et les exemples cités par cet auteur dans ce paragraphe et le paragraphe suivant (p. 43 ss, n. 5.29). En revanche, selon Thévenoz, qui admet que la clause documentaire n'altère en principe

dit, si le garant ne peut pas opposer les exceptions provenant du contrat de base, il ne s'agit pas d'une garantie accessoire.

509. Le document doit en principe porter sur l'inexécution de la prestation. Le bénéficiaire doit prouver que la prestation garantie n'a pas eu lieu⁹⁹⁸. Cependant, les parties peuvent prévoir également que le garant est obligé de payer une somme au bénéficiaire si le donneur d'ordre ne lui présente pas jusqu'à une certaine date un document attestant que l'exécution a eu lieu conformément au contrat de base (condition résolutoire)⁹⁹⁹.

510. Si les parties conviennent que le garant va payer uniquement sur la présentation d'un certificat émanant d'un expert non arbitre, on n'est pas en présence d'une garantie accessoire, la banque n'a que l'obligation de vérifier la conformité extérieure de ces documents¹⁰⁰⁰.

511. Selon Spaini, si le document ne reflète que la simple volonté du bénéficiaire, sa simple déclaration, il ne peut pas s'agir d'un cautionnement. On serait également en présence d'une garantie indépendante si le bénéficiaire ne peut faire son appel qu'à travers une décision judiciaire, car le garant ne peut opposer aucune exception provenant du contrat de base¹⁰⁰¹.

512. En revanche, selon Dohm, « la distinction entre la sûreté accessoire et la sûreté indépendante ne saurait se fonder sur les clauses obligeant le bénéficiaire de la garantie à produire un jugement ou une sentence arbitrale commandant le débiteur principal à effectuer un

pas l'indépendance de la garantie, la nature des documents peut l'abolir complètement, notamment lorsqu'un jugement de condamnation du débiteur principal est exigé. THEVENOZ, p. 180.

⁹⁹⁸ KLEINER, Bankgarantie, p. 44, n. 5.29.

⁹⁹⁹ TANDOĞAN, II, p. 826 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 44, n. 5.30.

¹⁰⁰⁰ POULLET, Garantie, p. 133 ss. En revanche, « le document prévu peut être la sentence arbitrale, un jugement ou l'exigence d'une preuve de non accomplissement par le donneur d'ordre de ses obligations. Si les deux premières clauses visent indiscutablement à rendre la sûreté personnelle accessoire (le paiement est, en effet, conditionné par la vérification du bien-fondé de la demande du bénéficiaire, la clause prévoyant le paiement – à première demande dans la mesure où elle est accompagnée de documents montrant à l'évidence la non-accomplissement par le donneur d'ordre de ses obligations – est dangereuse et est à rejeter. Elle oblige la banque à rechercher dans quelle mesure les documents remis prouvent effectivement ou non le bien-fondé de la demande. Elle est donc contraire à la volonté des banques de ne pas être l'arbitre des différends entre les parties au contrat commercial). »

Idem, Garantie, p. 134.

¹⁰⁰¹ SPAINI, p. 84.

paiement en sa faveur. Dans cette hypothèse, un procès a déjà eu lieu, au cours duquel le donneur d'ordre a pu faire valoir les objections et les exceptions découlant du contrat de base ; désormais ces exceptions ne relèvent donc plus de la banque. »¹⁰⁰² En d'autres termes, dès que le document prévu dans le contrat de garantie est un jugement rendu par le tribunal ordinaire, il n'est guère important, en pratique, de savoir si on est en présence d'un contrat indépendant ou pas¹⁰⁰³.

513. A notre avis, il ne faut toutefois pas négliger la nécessité de la qualification, même en présence d'un contrat exigeant un jugement émanant d'un tribunal ou d'un arbitre pour la mise en œuvre de la garantie. En effet, dans ce cas-là, bien que le garant doive payer sans pouvoir faire aucune objection, son recours envers le donneur d'ordre ne va avoir lieu selon l'article 507 du CO que pour autant que le contrat soit qualifié de cautionnement. En outre, si le juge qualifie le contrat de cautionnement, la question du respect de la forme va se poser ; la garantie qualifiée de cautionnement ne va pas obliger son auteur faute de satisfaire à l'exigence de l'article 493 CO.

514. Dès qu'il y a une clause de paiement accompagnée des documents, on peut présumer l'existence d'un engagement indépendant, car nous pensons, tout comme les auteurs cités, qu'une telle clause reflète la volonté de ne rechercher aucune autre preuve pour effectuer le paiement. En d'autres termes, si le garant est tenu de payer sur la présentation d'un document n'attestant que l'inexécution de la prestation garantie, cela revient à dire que ce dernier ne s'intéresse pas aux raisons justifiant une telle inexécution, mais uniquement à la survenance du risque qu'il a assuré. Ce n'est pas le cas s'il est prévu que le document atteste également de l'inexécution fautive du donneur d'ordre, car cela ne démontre pas la volonté du garant de ne pas s'intéresser au contrat de base¹⁰⁰⁴.

515. Enfin, hypothèse rare mais pas unimaginable, si les parties ont prévu que la personne assurant la prestation du donneur d'ordre ne va payer que sur la présentation des documents prévu par l'article 495 CO, tels que les documents attestant la faillite du débiteur principal ou le sursis

¹⁰⁰² DOHM, Garantie, p. 62, n. 84.

¹⁰⁰³ KLEINER, Bankgarantie, p. 45, n. 5.31.

¹⁰⁰⁴ TANDOĞAN, II, p. 826 ; BARLAS, Kredi, p. 966 et note. 64.

concordataire obtenu par le débiteur, il faut plutôt admettre que les parties ont voulu conclure un cautionnement¹⁰⁰⁵.

C. Clause d'engagement irrévocable

516. Selon la doctrine, cette clause est sans effet. On ne peut tirer aucun principe ou critère de distinction de cette dénomination, ni comprendre qu'il s'agit, le cas échéant, d'une clause de renonciation aux objections provenant du contrat de valeur¹⁰⁰⁶. Elle peut tout au plus être comprise comme une confirmation de la volonté de s'engager, mais non comme la volonté, en tant que telle, de renoncer aux exceptions¹⁰⁰⁷.

517. Cependant, le Tribunal fédéral y a vu un indice « supplémentaire » en faveur d'une garantie indépendante¹⁰⁰⁸, sans qu'il s'agisse toutefois d'un indice décisif. Dans un autre arrêt, il s'est exprimé de la manière suivante : « quant à l'expression selon laquelle le garant s'est engagé <irrévocablement>, elle n'est pas non plus déterminante. »¹⁰⁰⁹

D. Clause de responsabilité sans condition

518. La clause de responsabilité sans condition est susceptible de créer des contradictions. En effet, d'un point de vue juridique, quand on parle d'un engagement inconditionnel, il faut entendre un engagement qui ne dépend ni d'une condition suspensive ni d'une condition résolutoire. Dès lors, tant le cautionnement que la garantie doivent être considérés comme conditionnels puisqu'ils sont soumis à la condition suspensive de la réalisation d'un risque¹⁰¹⁰.

519. Toutefois, quand on parle d'une garantie inconditionnelle en pratique, cela signifie que le paiement doit avoir lieu sans condition, c'est-

¹⁰⁰⁵ SPAINI, p. 84.

¹⁰⁰⁶ KAHYAOĞLU, p. 38 ; TANDOĞAN, II, p. 827 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28.

¹⁰⁰⁷ KLEINER, Bankgarantie, p. 52, n. 5.40 ; BK-WEBER, art. 111, n. 72.

¹⁰⁰⁸ RVJ 1995 176, 178, c. 3c (bb).

¹⁰⁰⁹ ATF 117 III 76, 78, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 679). Le Tribunal fédéral continue : « Kleiner [...] remarque qu'il s'agit là d'une formule usuelle de la pratique bancaire et qu'elle ne saurait toujours être comprise dans le sens d'une renonciation à opposer les exceptions ou objections découlant du rapport de base. »

¹⁰¹⁰ Voir *supra*, n. 205 ss.

à-dire sans que le créancier ne doive fournir une preuve ou un document¹⁰¹¹.

520. Le caractère inconditionnel de la sûreté ne sert pas de critère de qualification¹⁰¹². Pour Meier aussi, « le fait que la sûreté fournie soit désignée comme inconditionnelle ou comme principale n'est pas suffisant, puisque dans le cautionnement solidaire également, la caution peut être recherchée avant le débiteur principal. »¹⁰¹³

521. De même pour le Tribunal fédéral, « aux termes du contrat, la sûreté fournie est désignée comme inconditionnelle et principale. Ces clauses n'affaiblissent pas les indices en faveur du cautionnement. Dans le cautionnement solidaire comme dans la promesse de porte-fort, le créancier peut s'en prendre au garant sans rechercher préalablement le débiteur principal (art. 496 CO). »¹⁰¹⁴

522. En revanche, si le garant s'oblige à effectuer le paiement sous condition d'une inexécution fautive du débiteur principal, il s'agit sans doute d'un cautionnement¹⁰¹⁵.

¹⁰¹¹ KLEINER, Bankgarantie, p. 51, n. 5.39.

¹⁰¹² BK-WEBER, art. 111, n. 76 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 31. *Contra* KAHYAOĞLU, p. 38. De même, pour Hemmeler, la caution s'engage sous condition suspensive. HEMMELER, p. 11.

¹⁰¹³ CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28 ; BK-WEBER, art. 111, n. 76. Voir ATF 113 II 434, 441, c. 4f (= JdT 1988 I 185, 191)

¹⁰¹⁴ ATF 113 II 434, 441, c. 3f (= JdT 1988 I 185, 191). Le Tribunal fédéral a admis le même résultat dans un arrêt qu'il a rendu en 1938 : « il est exact que, selon la formule imprimée de l'acte de cautionnement, les cautions se sont engagées – sans aucune condition – (*als unbedingte Bürgen*). Mais le caractère de la dette principale n'était pas défini par ces termes, dont on peut seulement inférer que la validité du cautionnement ne devait dépendre d'aucune condition, telle que l'intervention des autres cautions par exemple. On peut d'autant moins faire à ce propos des déductions relatives à la nature de la dette garantie et soutenir que le cautionnement garantissait tout crédit quelconque, que les mots – comme cautions solidaires sans aucune condition – figurent sur une formule imprimée. On ne saurait dès lors leur conférer une portée qui dépasserait celle du contrat de cautionnement et considérer qu'ils puissent constituer une référence à la nature de la dette principale. » ATF 64 II 208, 213 ss, c. 4 (= JdT 1939 I 465, 469).

¹⁰¹⁵ TANDOĞAN, II, p. 827 ; BARLAS, Kredi, p. 966 ss.

E. Clause de renonciation aux exceptions provenant du contrat de base

523. La caution a le droit et l'obligation¹⁰¹⁶ de soulever les exceptions provenant du contrat de base, car elle ne s'oblige à effectuer le paiement qu'en cas d'exigibilité de l'obligation principale¹⁰¹⁷. S'il s'agit d'une garantie indépendante, contrairement au cautionnement, le garant ne peut soulever les exceptions résultant de la relation juridique entre le bénéficiaire de la garantie et son débiteur¹⁰¹⁸, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

524. En pratique, il est fréquent que le garant renonce à faire valoir les exceptions tirées du contrat de valeur. Cela veut dire que le garant peut être recherché indépendamment du contrat de valeur¹⁰¹⁹. Pour une partie de la doctrine, cela implique la volonté de ne pas conclure un contrat accessoire¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁶ Voir *infra*, n. 722 ss.

¹⁰¹⁷ KLEINER, *Bankgarantie*, p. 48, n. 5.35.

¹⁰¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 16 mai 2000, 4C.449/1999, c. 3a (www.bger.ch); RFJ 1993 296, 301, c. 2b; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 9 décembre 1983, c. 3a (cité par NOBEL, 1984, p. 227, 228); 11. HD, E. 2001/10654, K. 2002/506, T. 28.1.2002 (YKD 2002, v. 28, no. 8, p. 1190); HGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583, T. 4.7.2001 (Yargı Dünyası, Temmuz 2001, no. 67, p. 33); 19. HD, E. 98/3247, K. 98/5718, T. 2.10.1998 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 942); 13. HD, E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995 (www.kazanci.com.tr); 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr); HGK, E.1979/1-1941, K. 1981/560, T. 3.7.1981 (www.kazanci.com.tr); 11. HD, E. 1974/951, K. 1974/1601, T. 9.5.1974 (YKD 1975, v. I, no. 12, p. 62); TD, E. 66/4413, K. 3495, T. 5.6.1968 (cité par AKYAZAN, *Ticaret*, p. 178); İBK, E. 1966/16, K. 1967/7, T. 13.12.1967 (RG 5.4.1968 12867), TD, E. 1943, K. 3130, T. 22.11.1960 (cité par KARAHASAN, p. 1248, note. 78); KLEINER, *Bankgarantie*, p. 48, n. 5.35; GUHL, *Obligationenrecht*, p. 625, n. 10; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 238.

¹⁰¹⁹ Quand il y a une clause de renonciation à toutes les exceptions, il faut en déduire que ce dernier renonce aux exceptions découlant du contrat de base et du contrat de couverture, et non à celles découlant du contrat de garantie. BÜSSER, p. 354, n. 1172.

¹⁰²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 29 septembre 1987, C.440/1986, c. 2d (cité par THEVENOZ, p. 197); GUGGENHEIM, *Garantie*, p. 175; SCYBOZ, p. 71; de GOTTRAU, I, p. 6; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 30; KLEINER, *Bankgarantie*, p. 48, n. 5.35; DOHM, *Garantie*, p. 60, n. 79; ZOBL, p. 34; GUGGENHEIM, *Bancaire*, p. 352, *Garantie*, p. 175; TANDOĞAN, II, p. 824; KOCAMAN, p. 61 ss; ÜNLER, p. 4; ARKAN, *Teminat*, p. 63; BARLAS, *Teminat*, p. 35; RAPP, p. 271; GRASSINGER, p. 225; LOGOZ, p. 66 ss; BÜSSER, p. 199, n. 672. Pour Dohm,

525. Selon Meier, par exemple, « si l'on admet que le critère d'accessorité est bien déterminant et que les parties, qui ont le choix entre différentes formes de garanties, doivent bien pouvoir l'exprimer en mots, sans que l'héritage protecteur du droit du cautionnement les en empêche d'emblée. A l'inverse, une renonciation à certaines exceptions seulement peut amener à qualifier le contrat de cautionnement. »¹⁰²¹

526. Pour Kleiner, si on exclut la possibilité de soulever les exceptions, il n'y aura pas une violation des règles du cautionnement, mais il s'agira d'un contrat de garantie d'une nature juridique différente : la garantie indépendante¹⁰²².

527. Lorsque ce droit est expressément exclu dans le contrat de sûreté, on peut exclure en même temps un contrat de garantie accessoire. « Il en va de même lorsque la banque renonce à vérifier le bien-fondé de la demande de paiement du bénéficiaire. »¹⁰²³ De même, une telle clause supprime tous les doutes sur la nature juridique des contrats de garantie parce qu'il est impossible de faire figurer cette clause dans un contrat accessoire¹⁰²⁴. La renonciation aux exceptions tirées du contrat de base doit être accompagnée de la renonciation « d'examiner le bien-fondé de la demande de garantie »¹⁰²⁵.

« il en va de même lorsque la banque renonce à vérifier le bien-fondé de la demande de paiement du bénéficiaire ; il est clair, dans ce cas, que la banque ne peut opposer au bénéficiaire des objections et des exceptions fondées sur le rapport contractuel de base. » Selon Giovanoli également, cela implique la volonté de s'engager indépendamment, mais cette déduction n'est pas exclusive. BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 14a. Voir aussi LOMBARDINI, p. 305, n. 54 ; RJN 1994 88, 90, c. 2, TI, Tribunale di appello (Il Camera civile, it.), Rép. 1992 259 ss, in : RSDA 1995, p. 31, r44, c. 1 ; TI, Tribunale di appello (Stinnes Interoil c. Banca della Svizzera Italiana) Rép. 1986 84-88, in : SAS 1989, p. 96 ss, r63, c. 5 ; İBK, E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 (RG 3.10.1969 13317). *Contra* ATF 113 II 434, 440, c. 3d (= JdT 1988 I 185, 190 ss).

¹⁰²¹ MEIER, intro. art. 492-512, n. 28. Pour cet auteur, l'engagement « au sens de l'assignation » renforce la qualification en garantie indépendante, du fait de la renonciation aux exceptions tirées du rapport de base que la garantie indépendante implique clairement.

¹⁰²² KLEINER, *Bankgarantie*, p. 48, n. 5.35, Suisse, p. 204.

¹⁰²³ DOHM, *Garantie*, p. 60, n. 79.

¹⁰²⁴ KLEINER, *Bankgarantie*, p. 49, n. 5.35. En effet, la responsabilité de la caution ne peut pas s'étendre au-delà de celle du débiteur principal. GRASSINGER, p. 223.

¹⁰²⁵ KLEINER, *Bankgarantie*, p. 49, n. 5.37.

528. En doctrine turque, on admet également que cette clause donne lieu à un engagement indépendant¹⁰²⁶ et cela malgré l'absence d'un article qui empêche la caution de renoncer d'avance aux droits qui lui sont conférés par le Code des obligations. Selon Barlas, une telle renonciation démontre clairement que le garant ne s'intéresse pas au contrat de base conclu entre le débiteur principal et le bénéficiaire. Ce critère est à lui seul suffisant pour qualifier le contrat. Il n'est plus nécessaire de recourir aux autres critères¹⁰²⁷.

529. Yargıtay admet cette idée et applique ce critère d'une manière exclusive. Selon la Cour de cassation turque, lorsqu'il y a une renonciation aux exceptions du contrat de base, il faut admettre qu'il s'agit d'une garantie bancaire malgré la clause selon laquelle le garant s'engage « en tant que caution solidaire et débiteur solidaire avec le débiteur principal¹⁰²⁸ ».

530. Pour une autre partie de la doctrine, la renonciation est une raison pertinente pour qualifier le contrat en tant que garantie, mais il faut toutefois de ne pas perdre de vue qu'il peut y avoir d'autres indices susceptibles de changer l'équilibre en faveur du cautionnement¹⁰²⁹. Si on peut déterminer la volonté de l'engagement accessoire, il faudra admettre que la clause de renonciation est nulle¹⁰³⁰.

531. Pour certains auteurs, dans une relation de cautionnement, la renonciation aux exceptions n'est pas valable¹⁰³¹. Selon Peter par exemple, « dans la mesure où le contrat de garantie est par définition indépendant du contrat de base, cette clause n'a qu'une portée limitée, parce qu'Y ne peut de toute façon pas faire valoir contre Z des droits que X aurait contre Z. La portée est donc essentiellement déclarative, précisant qu'il ne doit pas s'agir d'un cautionnement. Malgré tout, la clause peut avoir certaines conséquences. Elle peut ainsi lier le garant au cas où il prendrait la place du tiers en tout ou en partie, par exemple suite à une

¹⁰²⁶ TANDOĞAN, II, p. 824 ; KOCAMAN, p. 61 ss ; ÜNLER, p. 4 ; ARKAN, Teminat, p. 63 ; BARLAS, Teminat, p. 35 ; GRASSINGER, p. 225.

¹⁰²⁷ BARLAS, Kredi, p. 959 ss.

¹⁰²⁸ 19. HD, E. 1995/10469, K. 1996/9005, T. 14.10.1996 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr) ; 11. HD, E. 1983/2462, K. 1983/2617, T. 17.5.1983 (YKD 1983, v. IX, no. 9, p. 1338). Voir aussi 19. HD, E. 2000/1841, K. 2000/1841, T. 7.3.2000 (www.kazanci.com.tr).

¹⁰²⁹ SPAINI, p. 77 ss ; BÜSSER, p. 199 ss, n. 672 ; TEKİNALP, p. 381, n. 89.

¹⁰³⁰ REİSOĞLU, Kefalet, p. 180 ; TANDOĞAN, II, p. 783 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 502, n. 33.

¹⁰³¹ CR-MEIER, art. 502, n. 16 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 12.

cession de créance ou à une reprise plus complète des affaires du tiers. »¹⁰³²

532. Pour Arkan, on peut néanmoins accentuer le caractère indépendant de l'engagement par de telles clauses de renonciations¹⁰³³.

533. Pour le Tribunal fédéral, une renonciation ne constitue guère une raison de retenir une promesse de porte-fort. « La renonciation à invoquer les exceptions du débiteur principal ou à exercer un recours contre lui n'ont pas non plus un caractère décisif. »¹⁰³⁴ Dans une convention de garantie, la renonciation aux exceptions sera nulle s'il s'agit d'un cautionnement, valable s'il s'agit d'une promesse de porte-fort. Dans le doute, on ne saurait présumer que le renonçant a consciemment voulu se porter fort et n'a pas voulu cautionner¹⁰³⁵.

534. Il faudra à notre avis y voir un indice en faveur d'une garantie indépendante et présumer l'existence de cette dernière lorsqu'il y a une clause de renonciation à « toutes les exceptions » provenant du contrat de base, et cela surtout quand il s'agit de personnes rompues aux affaires. Il faut en effet admettre qu'elles connaissent les portées d'une telle clause. Il est impossible d'imaginer un engagement accessoire en présence d'une telle renonciation. En revanche, s'il s'agit de personnes physiques non rompues aux affaires, il faut prendre plus facilement en considération les autres circonstances du cas d'espèce et admettre que la clause est nulle si ces circonstances peuvent donner lieu à l'admission d'un cautionnement.

535. De même, si les clauses ne prévoient qu'une renonciation à certaines des exceptions dont dispose le donneur d'ordre, on ne peut pas admettre une telle présomption dans chaque cas d'espèce. Par exemple, si le garant n'a renoncé qu'aux bénéfices de discussion, on est en présence d'un cautionnement¹⁰³⁶. Dans un arrêt, le Tribunal fédéral s'est exprimé dans ce sens : « Le défendeur a renoncé à presque toutes ses exceptions et

¹⁰³² PETER, p. 309 ss.

¹⁰³³ ARKAN, Karar, p. 987.

¹⁰³⁴ ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNR 82 185, 188). Voir aussi ATF 117 III 76, 79, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 679). En revanche, « [...] une renonciation expresse de G. non seulement à la compensation – ce qui n'est pas nécessairement déterminant – mais à toutes les exceptions [...] une telle renonciation est un élément important pour distinguer l'engagement indépendant du cautionnement ». Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 29 septembre 1987, C.440/1986, c. 2d (cité par THEVENOZ, p. 196).

¹⁰³⁵ ATF 113 II 434, 441, 3d et e (= JdT 1988 I 185, 191).

¹⁰³⁶ Voir *supra*, n. 475.

objections (mais pas aux exceptions d'inexigibilité et d'inexécution) [...] C'est là une indication en faveur d'une sûreté accessoire.»¹⁰³⁷

F. Renvoi aux règles et usances uniformes de CCI

536. On peut citer comme exemple les RUGD¹⁰³⁸. Selon ce point de vue, au cas où il y a un renvoi aux RUGD, il faut en déduire qu'il s'agit d'une garantie et pas d'un cautionnement¹⁰³⁹.

537. Mais il ne s'agit que d'un simple indice en faveur de la garantie qui n'est pas à lui seul déterminant. En revanche, si les parties ont « soumis » leur contrat aux RUGD, elles expriment la volonté de conclure une garantie indépendante.

§3 INTERPRETATION TELEOLOGIQUE

538. Il faut rechercher, d'après l'ensemble des circonstances, quel était le but économique et juridique des parties lors de la conclusion du contrat et voir grâce à quelle institution juridique l'on y parvient le mieux¹⁰⁴⁰. Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les comportements et déclarations des parties selon la théorie de la confiance (art. 2 CC)¹⁰⁴¹. Pour déterminer la volonté présumée des parties, il y a lieu d'interpréter leurs déclarations en recherchant comment elles pouvaient et devaient être comprises d'après leur teneur, le contexte et l'ensemble des circonstances¹⁰⁴².

539. A défaut de texte, c'est d'après le but de contrat qu'il faut rechercher quel type de garantie a été voulu et déclaré et quelle est la nature juridique de l'engagement de la partie qui a donné une garantie¹⁰⁴³. Ce sont les intérêts des parties qui nous aident à déterminer ce but, en

¹⁰³⁷ ATF 113 II 434, 440, c. 3d (= JdT 1988 I 185, 190 ss).

¹⁰³⁸ Pour les RUGD, voir GOODE, SBS, Publication CCI n. 458.

¹⁰³⁹ KAHYAOĞLU, p. 32.

¹⁰⁴⁰ RVJ 1968 163, 166 ; RVJ 1967 144, 145, c. 2, SJ 1959 542, 547, c. e ; RJB 1957 278, 280, c. 3 ; ATF 81 II 520, 525, c. 3a (= JdT 1956 I 462, 465).

¹⁰⁴¹ ATF 129 III 664, 667, c. 2.5 (= JdT 2004 I 60) et les arrêts cités.

¹⁰⁴² ATF 129 III 702, 707, c. 2.4 (= JdT 2004 I 535, 540 ss = rés. RSJ 100, n. 1, 18) ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 10 septembre 2003, 4C.144/2003, c. 2.3 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 335, r51) et les arrêts cités.

¹⁰⁴³ ATF 81 II 520, 525, c. 3c (= JdT 1956 I 462, 465).

d'autres termes, ce sont les « intérêts respectifs des parties (*interessenslage*) » composant le but du contrat qui peuvent fournir des éléments d'interprétation¹⁰⁴⁴. Les intérêts des parties se composent notamment de leurs volontés réelles ou supposées, des motifs qu'elles avaient pour conclure un tel contrat et leurs espoirs. « Tout point imprécis doit être interprété en fonction du but à atteindre par le contrat »¹⁰⁴⁵. C'est ainsi qu'on peut déterminer toutes les conditions influant la production de la volonté¹⁰⁴⁶.

540. Nous allons d'abord examiner le critère de distinction fondé sur l'intérêt du garant à l'exécution de la contre-prestation de la prestation garantie, puis les autres critères, fournis par la doctrine, tenant compte de l'économie du contrat.

I. Critère découlant de l'intérêt du garant à l'exécution de la contre-prestation de la prestation garantie

541. Il s'agit pour la doctrine du critère de distinction le plus important après l'accessoriété¹⁰⁴⁷. On admet que la caution est quelqu'un de

¹⁰⁴⁴ CR-WINIGER, art. 18, n. 37.

¹⁰⁴⁵ MEIER-HAYOZ, p. 6.

¹⁰⁴⁶ Pour ce paragraphe, voir aussi KAPLAN, Mühahale, p. 38.

¹⁰⁴⁷ Voir ATF 101 II 323, 325, c. 1a (= JdT 1976 I 537, 540 = RNRF 58 309, 311 = Pra 64 262) ; SJ 1980 478, 480 ; RVJ 1967 144, 146, c. 2 ; SJ 1959 542, 547, c. e ; RSJ 48, n. 84, 224, 225 ; ATF 72 II 19, 24, c. 3b (= JdT 1946 I 524, 528) ; ATF 37 II 182, 186, c. 2. BK-WEBER, art. 111, n. 52. *Contra* « Tous les indices qu'elle évoque tendent certes à démontrer que le défendeur avait un intérêt personnel à ce que le contrat principal soit exécuté. Mais cette seule circonstance ne permet pas d'interpréter le contrat contrairement à son texte, du moment que la loi n'empêche pas qu'un cautionnement puisse être souscrit par une personne ayant un intérêt personnel à l'exécution du contrat principal. Il est dès lors vain de rechercher si l'intérêt du défendeur à l'exécution du contrat devrait être qualifié de direct ou d'indirect. Au demeurant, le sens économique de la participation du défendeur serait plutôt un indice en faveur du caractère accessoire de la garantie ; en effet, si le défendeur comptait s'associer pour l'exploitation des terrains achetés, il avait tout intérêt à ce que le contrat principal soit exécuté, notamment que les terrains vendus soient transférés à l'acquéreur, alors qu'il n'avait aucun intérêt à ce que le seul paiement par l'acheteur soit garanti, indépendamment de l'exécution des obligations de la venderesse. » ATF 111 II 276, 281, c. 2c (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 182).

bienfaisant. Institution très répandue sur le plan familial, la caution naît la plupart du temps de la volonté d'aider quelqu'un. Comme quelqu'un qui fait une donation, la caution s'engage sans rien demander en contrepartie¹⁰⁴⁸. Elle agit dans l'intérêt du débiteur pour lui permettre d'augmenter son crédit¹⁰⁴⁹.

542. En revanche, selon cette doctrine, le garant est directement ou personnellement intéressé au « marché conclu »¹⁰⁵⁰. Si le garant a un intérêt propre et direct (*Animierinteresse*) à l'exécution de la contre-prestation de la prestation garantie, on est en présence d'une garantie indépendante¹⁰⁵¹. On pourrait même dire qu'il s'agit ici d'une sorte d'investissement. Le but du garant est que le bénéficiaire ait un comportement qui lui soit favorable¹⁰⁵². Il assume une dette indépendante beaucoup plus étendue que celle de la caution. En principe, le garant

Handschin procède à un examen en deux étapes : si la sûreté n'est pas accessoire, il ne peut pas y avoir un cautionnement. En revanche, si elle est accessoire, il faut examiner l'intérêt du garant à l'exécution de la prestation garantie : s'il n'a aucun intérêt, il s'agit d'un cautionnement, s'il a un intérêt propre à son exécution, il s'agit d'une garantie indépendante. HANDSCHIN, p. 230 ss.

¹⁰⁴⁸ HANDSCHIN, p. 228.

¹⁰⁴⁹ SJ 1959 542, 547, c. e ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 31 ; REİSOĞLU, *Garanti*, p. 81 ; GÜNAL, p. 971 ss.

¹⁰⁵⁰ GILLIERON, Pierre André, p. 214.

¹⁰⁵¹ ATF 128 III 295, 303, c. 2d (bb) ; RSJ 48, n. 84, 224, 225 ; ATF 72 II 19, 24, c. 3b (= JdT 1946 I 524, 528). Voir aussi ZR 1974 n. 94, p. 245, 253, c. 3, SJ 1964 p. 49, 51 ; SJ 1959 542, 547, c. e ; RJB 1957 278, 280, c. 3 ; 11. HD, E. 2001/10654, K. 2002/506, T. 28.1.2002 (YKD 2002, v. 28, no. 8, p. 1190) ; HGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583, T. 4.7.2001 (Yargı Dünyası, Temmuz 2001, no. 67, p. 33) ; SCYBOZ, p. 73 ; OFTINGER, *Bankgarantien*, p. 60 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 50 ; ENGEL, *Contrats*, p. 629 ; GEIGY-WERTHEMANN, p. 27, note. 17, p. 29 ; BÜSSER, p. 38 ss, n. 132 ss ; BECK, *einl.*, n. 22, TANDOĞAN, II, p. 828 ; de BIASIO, p. 4 ss ; OLGAC, *Kefalet*, p. 13 ; REİSOĞLU, *Safa*, p. 336 ; STAEHELIN, *Adrian*, p. 344. De plus, le fait que la garantie soit donnée à un moment où l'on sait que le débiteur principal ne pourra vraisemblablement pas s'exécuter est un indice en faveur de la garantie indépendante. ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNRF 82 185, 188) ; SJ 2000 I 305, 307, c. 1a ; SJ 1988 550, 553, c. 1c (aa).

Quand on parle de l'intérêt du garant, il ne s'agit pas de n'importe quel intérêt. Le garant doit profiter de l'achèvement de la prestation ou de l'obligation pour laquelle il s'est porté garant. KLEINER, *Bankgarantie*, p. 60 ss, n. 5.51.

¹⁰⁵² CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 6 ; HANDSCHIN, p. 230 ss. Pour cet auteur, l'intérêt du garant porte non seulement sur l'exécution de la dette provenant du contrat de base, mais également sur la conclusion du contrat entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. *Idem*, p. 230.

n'assumerait pas une obligation de ce type s'il n'y trouvait pas son propre intérêt¹⁰⁵³.

543. Ce critère de distinction est également utilisé pour différencier le cautionnement de la reprise cumulative de dette¹⁰⁵⁴. Selon la doctrine et la jurisprudence, le reprenant fait sien l'engagement d'autrui et devient, à ses côtés, débiteur principal. Cela suppose qu'il ait un intérêt propre à l'exécution de l'obligation ou qu'il en retire personnellement un avantage¹⁰⁵⁵.

544. On peut déduire de tout ce qu'on vient de dire que, selon cette doctrine, s'il y a un intérêt propre de la personne qui accorde la sûreté

¹⁰⁵³ REİSOĞLU, *Garanti*, p. 81, *Kefalet*, p. 86. L'intérêt du garant n'a pas un sens toujours économique pour les tribunaux turcs. Yargıtay a admis qu'un père a un intérêt propre qui donne lieu à une garantie indépendante lorsqu'il se porte garant pour la bourse d'études de son fils. 4. HD. E. 152, K. 181, T. 24.10.1951 (cité par ARIK, p. 60).

¹⁰⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 17 décembre 2002, 4C.154/2002, c. 3.1 (www.bger.ch) ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 14 mai 2001, 4C.344/2000, c. 3c (www.bger.ch) ; SJ 2000 I 305, 308 ss, c. 1d ; RVJ 1967 144, 146, c. 2 ; ZR 1952, p. 136 ; RJB 1942 330, 332, c. 3 ; CR-MEIER, *Intro. art. 492-512*, n. 33 ; KLEINER, *Bankgarantie*, p. 127, n. 11.21 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 32 ; SCYBOZ, p. 31 ss ; LOMBARDINI, p. 602, n. 119 ; DESCHENAUX, *Garantie*, p. 11 ; TERCIER, *Contrats*, p. 859, n. 5955. Voir aussi ATF 111 II 276, 278 ss, c. 2a (= rés. JdT 1986 255 = SJ 1986 177, 181). *Contra* ATF 81 II 520, 526, c. 3d (= JdT 1956 I 462, 466).

¹⁰⁵⁵ SJ 2000 I 305, 307, c. 1a ; TERCIER, *Contrats*, p. 859, n. 5954 ss ; von TUHR, PETER, ESCHER, p. 106, *bei note*. 49 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 29. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a admis que pour que l'on puisse parler d'un intérêt propre du reprenant, il est nécessaire que celui-ci ait un intérêt immédiat et matériel à participer à l'opération et à la faire la sienne en profitant – de manière reconnaissable pour la partie adverse – directement de la contre-prestation du créancier. ATF 129 III 702, 710 ss, c. 2.6 (= JdT 2004 I 535, 544 = rés. RSJ 100, n. 1, 18). Voir aussi SJ 1980 478, 479 ; BK-WEBER, art. 111, n. 94 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 32. En revanche, selon de Vionnet et von der Crone, « *Als Abgrenzungskriterium tauglich ist dagegen wie erwähnt die Zahlungsbereitschaft des Interzedenten. Insbesondere deutet die Angabe der Erfüllungszeit auf eine Schuldübernahme hin. Die dreimalige Vereinbarung der Zahlungsraten der fraglichen Schuld sowie die Übernahme des art. 144 OR in den Vertrag sind hier Ausdruck der primären Zahlungsbereitschaft der A., und somit ihres Willens zur Schuldübernahme.* » de VIONNET, von der CRONE, p. 391.

personnelle, nous sommes devant un contrat de garantie¹⁰⁵⁶. Mais, en cas de doute, il faut l'interpréter comme un cautionnement¹⁰⁵⁷.

545. D'après le Tribunal fédéral, dès que la nature de l'opération traitée par les parties conduisait à faire admettre que le garant a agi essentiellement dans l'intérêt du débiteur et pour augmenter le crédit de celui-ci, sans avoir d'intérêt personnel à l'exécution de la prestation garantie, il s'agissait d'une « raison décisive » pour rejeter l'hypothèse de la garantie indépendante et pour retenir l'existence d'un cautionnement¹⁰⁵⁸.

546. En revanche, il a été admis l'existence d'un intérêt lorsque¹⁰⁵⁹:

- Une personne donne sa garantie pour une société simple dont il était l'associé « tacite »¹⁰⁶⁰.
- Le débiteur principal et le reprenant occupent le logement ensemble.
- Le reprenant utilise à des fins privées l'automobile en leasing.
- Une somme d'argent est empruntée conjointement par les époux pour les besoins de la famille.
- Le reprenant et le débiteur principal créent une société simple tandis que la sûreté vise le but économique de cette société¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶ « ...sinon un cautionnement ». 11. HD, E. 2002/6465, K. 2002/11252, T. 3.12.2002 (www.kazanci.com.tr). Voir aussi RSJ 79, n. 35, 214, 215.

¹⁰⁵⁷ REİSOĞLU, *Garanti*, p. 82 ; BK-WEBER, art. 111, n. 61 ; BK-BECKER, art. 111, n. 17. Yargıtay avait admis qu'un père, qui promet à un employeur que son fils va travailler pendant une durée déterminée et qui s'engage à lui rembourser un montant déterminé s'il ne travaille pas jusqu'à la fin de cette durée, se porte fort et non caution. HGK, E. 3/296, K. 181, T. 24.10.1951 (cité par GÜNAL, p. 972).

¹⁰⁵⁸ SJ 1980 478, 480 ; SJ 1964 p. 49, 51. « L'existence d'un intérêt propre et, partant, d'un engagement indépendant du défendeur est confirmée par le fait que ce dernier s'est obligé personnellement à utiliser le prêt pour achever les quatre maisons de vacances. Son affirmation suivant laquelle il aurait seulement promis de veiller à l'emploi correct du prêt par la société est en contradiction avec les termes du contrat, qui ne nécessite aucune interprétation sur ce point. Or comme il aurait aussi dû répondre personnellement d'une utilisation de l'argent contraire au contrat, on ne peut reprocher au Tribunal supérieur d'avoir vu là un indice supplémentaire important en faveur d'une obligation indépendante du défendeur. » ATF 101 II 323, 326, c. 1b (= JdT 1976 I 537, 540 = RNR 58 309, 311 = Pra 64 262).

¹⁰⁵⁹ Pour les exemples suivants, voir surtout ATF 129 III 702, 710 ss, c. 2.6 (= JdT 2004 I 535, 544 = rés. RSJ 100, n. 1, 18).

¹⁰⁶⁰ ATF 81 II 520, 526, c. 3d (= JdT 1956 I 462, 466).

- Un président du conseil d'administration et principal actionnaire d'une société déclare vouloir répondre personnellement d'une dette de la société résultant d'un prêt¹⁰⁶².

547. La doctrine récente relativise la rigidité de ce critère. Pour elle, on ne peut pas dire qu'on est en présence d'une garantie indépendante chaque fois que le garant a un intérêt propre à l'exécution¹⁰⁶³. Il faut prendre en considération les circonstances de chaque cas¹⁰⁶⁴.

548. Selon de Gottrau, par exemple, bien que l'intérêt du garant soit un indice en faveur d'une garantie indépendante, il n'est toutefois pas

¹⁰⁶¹ Il s'agit de l'intérêt personnel de « l'associé tacite » d'une société simple. SJ 2000 I 305, 308 ss, c. 1d.

¹⁰⁶² ATF 101 II 323 (= JdT 1976 I 537 = RNR 58 309 = Pra 64 262).

¹⁰⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 29 septembre 1987, C.440/1986, c. 2d (cité par THEVENOZ, p. 197) ; ATF 111 II 276, 281, c. 2c (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 182) ; LOMBARDINI, p. 304, n. 52 ; ROSSI, *Garantie ou cautionnement ?*, p. 411 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 21 ; GUHL, *Obligationenrecht*, p. 623, n. 7 ; ARKAN, *Karar*, p. 988. Voir aussi SPAINI, p. 73 ss ; BÜSSER, p. 203, n. 680. « Die Tatsache, dass der sich Verpflichtende ein Eigeninteresse an der Durchführung des Rechtsgeschäfts hat, ist aber kein ausschliessliches Kriterium für eine Garantie. » HANISCH, p. 49.

¹⁰⁶⁴ Il faut considérer toutes les conditions du cas d'espèce. BK-WEBER, art. 111, n. 62 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 21 ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 363, n. 4179 ; REİSOĞLU, *Garanti*, p. 86 ; BARLAS, *Kredi*, p. 962 ; ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNR 82 185, 188). Selon le Tribunal fédéral, « le seul fait que l'intervenant a un intérêt propre et direct à l'exécution de l'obligation ne permet pas encore de conclure à l'engagement solidaire plutôt qu'au cautionnement. Un tel intérêt n'est pas nécessaire et ne peut être à lui seul déterminant pour juger s'il y a eu reprise cumulative de dette ou toute autre forme d'engagement solidaire indépendant car, en règle générale, l'intervenant a toujours un intérêt propre, d'ordre économique ou personnel, dans les diverses formes d'engagements conjoints et par conséquent aussi dans le cautionnement. Mais il faut reconnaître que lorsqu'un intérêt marqué est au premier plan, il peut constituer un indice important en faveur de l'engagement indépendant. » ATF 81 II 520, 526, c. 3d (= JdT 1956 I 462, 466). « L'absence d'intérêt direct du promettant à la prestation du tiers peut, à la vérité, militer contre l'admission d'un contrat de garantie mais ne saurait l'emporter sur les indices décisifs relevés plus haut. » ATF 75 II 49, 53, c. 2 (= JdT 1949 I 298, 301). Dans cet arrêt, l'indice décisif qui l'emportait était le caractère accessoire de l'engagement.

déterminant¹⁰⁶⁵. De plus, on ne peut pas dire qu'une caution ne puisse jamais avoir un intérêt propre au contrat de base¹⁰⁶⁶.

549. D'après Barlas, ce critère est un critère accessoire, et il faut y recourir si on n'arrive à aucun résultat en appliquant le critère de l'accessoriété¹⁰⁶⁷.

550. Selon Reisoğlu, il faut admettre que si le garant n'a pas d'intérêt, on est en présence d'un cautionnement. En revanche, si le garant a un intérêt, on ne peut pas dire d'une manière précise qu'à chaque fois il y a une garantie et non un cautionnement¹⁰⁶⁸. Arkan admet que, s'il s'agit d'une personne qui n'est pas rompue aux affaires, le manque d'intérêt peut faire présumer l'existence d'un cautionnement à moins que le bénéficiaire et/ou le débiteur principal ne lui aient expliqué les différences entre le cautionnement et la garantie, ainsi que les risques qu'elle va encourir¹⁰⁶⁹.

551. Pour Lombardini, peu importe que le garant ait ou non un intérêt à l'exécution du rapport de valeur¹⁰⁷⁰.

552. Le Tribunal fédéral a, lui aussi, admis cette dernière idée en considérant que « certes le défendeur avait apparemment un intérêt personnel à l'exécution du contrat principal ; toutefois, selon la dernière jurisprudence et la doctrine la plus récente, cet élément n'est pas déterminant. »¹⁰⁷¹ En effet, selon lui, une forme absolue de qualification provenant des intérêts des parties méconnaît « le principe de la liberté des conventions (art. 19 CO) ». En revanche « les intérêts en présence peuvent être pris en considération pour déterminer le sens de l'accord des parties lorsque celui-ci n'est pas clairement exprimé. [...] tous les indices [...] tendent à démontrer que le défendeur avait un intérêt personnel à ce que le contrat principal fut exécuté. Mais cette seule circonstance ne permet pas

¹⁰⁶⁵ de GOTTRAU, I, 6, Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 1^{er} février 2001, 4C.259/2000, c. 4a, in : Journée 2000 de droit bancaire et financier, Berne 2001, p. 239 ; ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNR 82 185, 188) ; SJ 2000 I 305, 307, c. 1a.

¹⁰⁶⁶ REİSOĞLU, Garanti, p. 82 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 60, n. 5.51.

¹⁰⁶⁷ BARLAS, Kredi, p. 983.

¹⁰⁶⁸ REİSOĞLU, Kefalet, p. 86.

¹⁰⁶⁹ ARKAN, Karar, p. 990.

¹⁰⁷⁰ LOMBARDINI, p. 304, n. 52.

¹⁰⁷¹ ATF 113 II 434, 441, c. 3g (= JdT 1988 I 185, 192). Voir aussi ATF 111 II 276, 281, c. 2c (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 182). Dans cet arrêt, le Tribunal a admis l'intérêt du garant au contrat de base, mais il l'a tout de même qualifié comme un cautionnement.

d'interpréter le contrat contrairement à son texte, du moment que la loi n'empêche pas qu'un cautionnement puisse être souscrit par une personne ayant un intérêt personnel à l'exécution du contrat principal. »¹⁰⁷²

553. Dans un dernier arrêt sur la qualification des contrats de garantie, le Tribunal fédéral, revenant sur son ancienne jurisprudence, a vu un indice en faveur de la garantie « lorsque celui qui s'engage y a un intérêt personnel distinct, plus ou moins équivalent à celui du débiteur principal. »¹⁰⁷³

554. A notre avis, l'intérêt ne joue aucun rôle sur la qualification. Cette idée est surtout pertinente en ce qui concerne le domaine bancaire¹⁰⁷⁴. Si on examine les garanties émises par les banques, on ne peut parler ni d'un motif particulier favorisant l'aboutissement d'une transaction ni d'un intérêt propre à l'exécution. La banque ne s'intéresse qu'à une rémunération, une commission, qui n'est toutefois pas considérée comme un intérêt par la doctrine¹⁰⁷⁵ ; elle n'a aucun autre motif particulier de favoriser l'aboutissement de telle ou telle transaction¹⁰⁷⁶. Elle accorde des sûretés parce que c'est son métier. Elle reçoit une certaine rémunération, qui ne peut être considérée comme un intérêt propre¹⁰⁷⁷. Le fait que la banque n'ait aucun intérêt particulier à l'entreprise peut même amener à qualifier le contrat d'indépendant parce qu'en quelque sorte, la banque a

¹⁰⁷² ATF 111 II 276, 280 ss, 2b et 2c (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 181 ss).

¹⁰⁷³ SJ 2002 I 574, 578, c. 3. Voir aussi ATF 111 II 276, 279, c. 2b et 281, c. 2c (= rés. JdT 1986 255 = SJ 1986 177, 181, 182).

¹⁰⁷⁴ De même, pour Guggenheim, « certains auteurs ont fait remarquer qu'il peut également exister un intérêt propre en cas de cautionnement ; il ne se trouverait cependant pas à ce point à l'avant plan qu'en cas de cas de garantie. En matière bancaire, il faut bien voir ce que ce critère n'est pas d'une grande utilité pratique. En effet, ce dernier se rapporte à l'entreprise ; or, par la nature même des choses, la banque aura rarement un intérêt propre dans cette <entreprise>. Elle accorde des sûretés parce que c'est son métier, pour toucher la rémunération à laquelle elle a droit ; mais cette rémunération ne peut être considérée comme un intérêt propre suffisant. » GUGGENHEIM, Bancaire, p. 354, Garantie, p. 176. Voir aussi ARKAN, Karar, p. 988.

¹⁰⁷⁵ On parle dès lors de l'« Honorarinteresse » du garant. BÜSSER, p. 39, n. 134. L'intérêt au contrat de valeur n'est pas l'intérêt de la banque, mais celui du donneur d'ordre.

¹⁰⁷⁶ RAPP, p. 272 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 61, n. 5.52.

¹⁰⁷⁷ FLURY-SCHMITT, p. 173 ; GUGGENHEIM, Bancaire, p. 354. Ce critère est dépourvu de pertinence lorsqu'il s'agit de différencier les garanties des cautionnements accordés par les banques. ROESLE, p. 39.

intérêt à ne pas se mêler des affaires des parties, à ne pas leur opposer les exceptions du contrat de base¹⁰⁷⁸.

555. En revanche, on peut faire une exception à ce que nous venons de dire lorsque le garant est un particulier et admettre l'existence du cautionnement en l'absence d'un intérêt propre « économique » ; par exemple dans le domaine des garanties émises par des particuliers sur la demande d'une banque qui accorde un crédit à la consommation^{1079 1080}.

II. Critère découlant du risque assumé par le garant

556. Une partie de la doctrine considère que le critère de qualification le plus important est « le risque assumé par le garant ». Selon cette doctrine, la caution couvre le risque limité de l'inexécution de l'obligation bel et bien due et exigible alors que le garant, de son côté, n'assume pas uniquement le risque d'inexécution, mais répond aussi de la survenance d'un résultat espéré, la prestation comme telle, qu'elle soit ou non due et

¹⁰⁷⁸ KLEINER, Bankgarantie, p. 61, n. 5.52. Même dans les affaires bancaires, la règle d'interprétation « en faveur de la dette moins étendue » en cas de doute est applicable. En revanche, même dans ce cas, c'est l'intérêt du partenaire du contrat de base qui est déterminant. *Idem* p. 62, n. 5.53. *Contra* GÜNAL, p. 972, ÜNLER, p. 4. Les auteurs admettent que l'intérêt de la banque aux commissions remplit cette condition.

¹⁰⁷⁹ En pratique turque, cela s'est discuté surtout au sujet des crédits pour les comptes liés à une carte de crédit. Voir *supra*, n. 325.

¹⁰⁸⁰ Enfin, quand il s'agit de la reprise cumulative de dette, l'existence d'un intérêt propre du reprenant est plus facilement admissible étant donné que la « *Sicherungsfunktion* » n'est pas un élément essentiel de cette institution. Voir *supra*, note. 311. En effet, selon la doctrine, le reprenant entre dans l'affaire qui devient sienne. Son intérêt est direct et n'est pas différent de celui du débiteur originaire. Certains auteurs y trouvent un critère de distinction entre la garantie et la reprise cumulative de dette, car le garant escompte un avantage non défini, dit indirect et ne fait pas partie de l'affaire comme le fait le reprenant. SCYBOZ, p. 32. L'intérêt du reprenant est le même que celui du débiteur originaire. Selon Du Pasquier : « dans le cas où le porte-fort promet de fournir la même prestation que le tiers défaillant, reprenant comme porte-fort se constituent débiteurs, mais ce dernier le fait pour le cas où le tiers ne fournirait pas la prestation due. La dette du reprenant n'est en revanche en aucune manière liée à l'exécution par le débiteur (originaire). Toute circonstance dont il ressort que l'intervenant n'entend pas <entrer> *hic et nunc* dans l'affaire fait penser au porte-fort. » CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 29. Il faut qu'il y ait une communauté d'intérêt (*Gemeinsamkeit des Schuldinteresses*) entre le reprenant et le débiteur d'origine. BK-WEBER, art. 111, n. 96.

exigible¹⁰⁸¹. En d'autres termes, dans le cautionnement, la caution assume la solvabilité du débiteur ou l'exécution d'un contrat, alors que le garant promet au stipulant une prestation comme telle, indépendamment de l'obligation du tiers¹⁰⁸². Pour Noël, dans un cas concret, il faut retrouver le risque que le promettant a assumé de façon reconnaissable par son contractant et à défaut de texte clair, procéder à un nouvel examen, celui du contexte de la déclaration et se demander quel risque le bénéficiaire pouvait raisonnablement considérer, à l'époque de l'engagement, comme étant assumé par le garant¹⁰⁸³.

557. Si le garant s'engage à répondre des risques pour lesquels même le débiteur principal n'est pas tenu, on doit plutôt qualifier le contrat de garantie indépendante¹⁰⁸⁴ et non de cautionnement¹⁰⁸⁵. C'est le cas lorsqu'une banque garantit aux actionnaires d'une société anonyme le paiement d'un dividende déterminée alors que la société anonyme elle-même ne peut pas s'engager valablement à payer un dividende fixe quel que soit le résultat de l'exercice¹⁰⁸⁶. De même, si le garant s'engage à effectuer le paiement même en cas de caducité du contrat principal, il s'agit d'une garantie et pas d'un cautionnement¹⁰⁸⁷. Par exemple, si dans une lettre de cautionnement figure la clause par laquelle la responsabilité de la caution continuera malgré l'extinction de la dette principale, il ne s'agit pas d'un cautionnement, mais d'une garantie¹⁰⁸⁸.

558. Selon le Tribunal fédéral, le fait de s'engager à un moment où l'on sait que le débiteur principal ne pourra vraisemblablement pas s'exécuter est également un indice en faveur de l'existence d'une garantie

¹⁰⁸¹ NOËL, p. 120. En d'autres termes, la caution garantit la solvabilité du tiers, le porte-fort l'existence même de la créance. Dans ce sens, voir ATF 120 II 34, c. 5b (considérant non publié, cité par THEVENOZ, p. 194) (= rés. SJ 1994 432). Selon Yargıtay, ce critère est un critère secondaire. ; 11. HD, E. 2001/10654, K. 2002/506, T. 28.1.2002 (YKD 2002, v. 28, no. 8, p. 1190) ; HGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583, T. 4.7.2001 (Yargı Dünyası, Temmuz 2001, no. 67, p. 33). « *Das Bedürfnis der Absicherung von Zufall und höherer Gewalt spricht für Garantie.* » GUHL, Obligationenrecht, p. 626, n. 10.

¹⁰⁸² SJ 2000 I 305, 307, c. 1a ; ATF 125 III 305, 308, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 638 = RNR 82 185, 187) ; ATF 113 II 434, 437, c. 2b (= JdT 1988 I 185, 188) ; SJ 1988 550, 552, c. 1a.

¹⁰⁸³ NOËL, p. 121. Dans la doctrine ancienne, voir OFTINGER, Bankgarantien, p. 60.

¹⁰⁸⁴ REİSOĞLU, Garanti, p. 80 ss ; ARKAN, Karar, p. 987 ; REİSOĞLU, Safa, p. 336.

¹⁰⁸⁵ TEKİNALP, p. 380, n. 89.

¹⁰⁸⁶ ATF 46 II 157 (= JdT 1920 I 489).

¹⁰⁸⁷ REIN, p. 55.

¹⁰⁸⁸ BECK, art. 492, n. 88 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 3.

indépendante¹⁰⁸⁹. Dans un arrêt plus ancien, il a admis que : « ...l'obligation du promettant garant peut aller au-delà de celle du tiers ou porter sur autre chose, ce à quoi l'autorise l'indépendance du contrat de garantie, en sorte que le promettant entend fournir sa prestation, et la doit fournir même si l'obligation principale, à savoir celle du tiers, disparaît. Et, dans ce cas, le bénéficiaire de la garantie – conformément au but du contrat de garantie – jouit d'une couverture pour des risques dont le tiers ne répond point. »¹⁰⁹⁰

559. De même, pour les juges, si le garant garantit la validité et l'exécutabilité d'un contrat de leasing, formule selon laquelle le garant s'engage à répondre pour toutes les causes de l'inexistence du leasing, il y a un critère en faveur d'une garantie indépendante, car « *damit hat sie eine eigene Leistung unabhängig vom Bestand der Hauptschuld versprochen.* »¹⁰⁹¹

560. Selon Yargıtay, la garantie par laquelle le garant est tenu de rembourser les frais d'études d'une personne est une garantie indépendante si elle prévoit que le garant est tenu même si cette personne doit arrêter ses études à cause d'une maladie grave¹⁰⁹². D'après la Cour de cassation turque, dans ce cas, le garant assume un risque qui ne peut pas être couvert par le cautionnement.

561. A notre avis, le critère découlant du risque assumé est le critère le plus important permettant de différencier les sûretés personnelles. En effet, la pratique a inventé la garantie pour qu'il soit possible de couvrir des risques qui ne peuvent pas l'être par le cautionnement.

562. D'après ce qui vient d'être dit, si le garant assume le risque d'inexistence, d'invalidité du contrat ou d'impossibilité de la prestation, on sera en présence d'une garantie indépendante. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'il n'est pas toujours possible de déterminer les risques assumés par le garant.

¹⁰⁸⁹ ATF 128 III 295, 303, c. 2d (bb) ; ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNRF 82 185, 188) ; SJ 2002 I 574, 578, c. 3 ; SJ 2000 I 305, 307, c. 1a ; SJ 1988 550, 553, c. 1c (aa). Voir aussi CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28 ; REİSOĞLU, Safa, p. 336.

¹⁰⁹⁰ ATF 75 II 49, 51, c. 2 (= JdT 1949 I 298, 299).

¹⁰⁹¹ BJM 1994 38, 40, c. 1.

¹⁰⁹² HGK, E. 4/22, K. 216, T. 11.5.1960 (cité par OLGAC, Genel, p. 490).

III. Garantie d'une prestation en tant que telle ou exécution d'une prestation

563. Selon une opinion, la caution garantit l'exécution d'une prestation, alors que le garant garantit une prestation en tant que telle, sans égard à son exigibilité. Le Tribunal fédéral est également d'avis que si l'objet de la garantie est un paiement en lui-même, isolé de toute obligation, il s'agit d'une garantie indépendante. Si, en revanche, l'objet de la garantie correspond à l'exécution d'obligations contractuelles, il s'agit d'un cautionnement¹⁰⁹³.

564. Ce critère de distinction n'a pas de répercussion en pratique¹⁰⁹⁴. Pour le même texte de garantie, on peut arriver aux deux résultats. Il vaut donc mieux prendre en considération les autres indices.

565. De plus, ce n'est pas un critère de distinction, mais plutôt un résultat de la qualification pour saisir l'étendue de l'engagement du garant et la détermination du risque qu'il a assumé.

IV. Individualisation de la dette garantie

566. Le fait que l'obligation corresponde exactement à celle du débiteur principal et qu'elle soit définie entièrement par référence à celle-ci, constitue un indice en faveur du cautionnement¹⁰⁹⁵.

567. A notre avis, ce critère de distinction n'est pas déterminant. Nous nous contentons ici de retourner aux explications concernant le critère de distinction découlant d'un renvoi au contrat de base¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹³ ATF 111 II 276, 280, c. 2c (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 182).

¹⁰⁹⁴ KLEINER, Bankgarantie, p. 41, n. 5.25.

¹⁰⁹⁵ SJ 2000 I 305, 307, c. 1a ; ATF 125 III 305, 309, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 639 = RNRF 82 185, 188) ; ATF 113 II 434, 439 ss, c. 3b et c (= JdT 1988 I 185, 189ss) ; de GOTTRAU, I, p. 6.

¹⁰⁹⁶ Voir *supra*, n. 485 ss.

V. Le cautionnement est axé sur la personne du débiteur, la garantie indépendante est axée sur la personne du créancier

568. Pour les auteurs qui y voient un critère de distinction, la caution offre une sûreté pour l'exécution d'une dette déterminée par le débiteur principal alors que le garant promet au créancier l'obtention d'une prestation déterminée¹⁰⁹⁷.

569. Pour le Tribunal fédéral aussi : « le cautionnement se rapporte à la dette (*schuldnerbezogen ist*), la promesse de porte-fort à la créance (*gläubigerbezogen ist*). La caution garantit qu'une dette déterminée sera payée, le porte-fort que le créancier recevra une prestation déterminée. »¹⁰⁹⁸ En d'autres termes, le porte-fort garantit sa prestation comme telle, comme un résultat indépendant de l'obligation d'un tiers. La caution ne promet pas de dommages-intérêts pour l'inexécution de la prestation principale mais bien la prestation du tiers elle-même¹⁰⁹⁹.

570. Ce critère de distinction est le pendant du critère qui ressort des renvois au contrat de base. Nous ne pensons donc pas que ce critère serve à tracer les limites entre le contrat de cautionnement et le contrat de garantie. A notre avis, même lorsque des particuliers qui ne sont pas rompus aux affaires sont en cause, l'idée que la caution garantit qu'une

¹⁰⁹⁷ BK-WEBER, art. 111, n. 74 ; DOHM, Garantie, p. 60, n. 78 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 82 ss ; 11. HD, E. 2001/10654, K. 2002/506, T. 28.1.2002 (YKD 2002, v. 28, no. 8, p. 1190).

¹⁰⁹⁸ ATF 113 II 434, 439, c. 3c (= JdT 1988 I 185, 190). Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 29 ; FLURY-SCHMITT, p. 173 ; ZOBL, p. 32 ss ; GUHL, Obligationenrecht, p. 624, n. 9 ; HUGUENIN, Besonderer, p. 187, n. 1225. Si le contenu du contrat de sûreté mentionne particulièrement la prestation, s'il cerne expressément et en particulier le contenu de la prestation (surtout en fixant des montants maxima et des délais d'échéance), le résultat voulu réside en général dans la garantie de la prestation ; l'obligation en cause se qualifie par conséquent de garantie bancaire abstraite et indépendante. Si, au contraire, l'étendue de l'obligation de la banque n'est pas spécifiée dans la sûreté même, mais qu'il faut se référer à l'ensemble du contrat de base pour déterminer cette obligation, l'on est en présence d'un cautionnement accessoire. ATF 113 II 434, 439, c. 3c (= JdT 1988 I 185, 190) ; DOHM, Garantie, p. 60, n. 78. Voir aussi BK-WEBER, art. 111, n. 74. « ... der Bürge für die Erfüllung der gültigen Hauptschuld eintreten, d. h. diese sichern will, während der Garant dem Gläubiger unabhängig von der Gültigkeit eines solchen Hauptschuldverhältnisses nur gerade eine bestimmte Leistung oder einen bestimmten Erfolg zusichert, d.h. garantiert. » ZOBL, p. 33.

¹⁰⁹⁹ ATF 65 II 30, 33, c. a ; ATF 56 II 375, 382, c. 2 ; de GOTTRAU, I, p. 6 ; BECK, einl., n. 21.

dette déterminée sera payée et le garant que le créancier recevra une prestation déterminée, ne donne aucun indice de qualification. Si une personne garantit à un créancier qu'une autre personne va payer une dette déterminée, cela revient à dire que le garant a assuré que le créancier recevra la somme en question. Nous ne voyons guère comment on peut se baser sur cette idée pour en dégager un critère.

571. Enfin, une autre idée sous-jacente dans ce critère est que la caution fournit un succédané de l'exécution, tandis que le porte-fort s'engage à payer des dommages-intérêts. Pour Du Pasquier, comme la caution, le porte-fort répond de l'exécution de la dette du tiers débiteur. Ce critère ne doit par conséquent pas être pris en considération¹¹⁰⁰.

§4 PRESOMPTION EN FAVEUR DU CAUTIONNEMENT ET SES EXCEPTIONS

I. Généralités

572. Dans la pratique, il n'est pas rare que les parties se mettent d'accord sur des clauses susceptibles de créer des contradictions sur la qualification des contrats de garantie. Si après une interprétation circonstanciée, soit selon la lettre, l'esprit et le but du contrat, on n'arrive pas à qualifier le contrat ou si l'interprétation ne fournit pas une solution claire, la doctrine et la jurisprudence recourent à différentes présomptions. Si on arrive à dégager le sens (la qualification) du contrat, il n'y a donc pas lieu de recourir aux présomptions¹¹⁰¹. « En l'absence d'une base légale, il s'agit d'une *preasumptio hominis* qui, parce qu'elle est réfragable, n'intervient que lorsque l'interprète ne peut tirer des déclarations des parties, du but visé, du contexte de l'ensemble des circonstances aucune conclusion sûre quant à la portée de l'engagement disputé. »¹¹⁰²

¹¹⁰⁰ CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 20. Ce critère n'est pas déterminant pour qualifier le contrat de garantie. KLEINER, Bankgarantie, p. 82, n. 6.03 ; BARLAS, Kredi, p. 963.

¹¹⁰¹ BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 25 ; ARKAN, Karar, p. 989 ; ZR 1992 n. 39, p. 143, 145, c. III-3.

¹¹⁰² THEVENOZ, p. 171.

II. Présomptions

A. En faveur du cautionnement

573. En droit suisse et en droit turc, la doctrine classique admet l'interprétation en faveur du cautionnement lorsqu'il existe des doutes¹¹⁰³. Cette présomption n'est valable que si aucune conclusion certaine ne se dégage du texte du contrat, de son but et de l'ensemble des circonstances¹¹⁰⁴. La doctrine a dégagé certaines raisons pour lesquelles on peut admettre le recours à cette présomption.

574. Premièrement, il s'agit d'une présomption qui se dégage de la règle d'interprétation dite « *favori debitoris* » en cas de doute¹¹⁰⁵. On soutient que la garantie abstraite fonde des obligations plus étendues pour le garant que dans le cadre du cautionnement. Il faut donc présumer l'existence du cautionnement qui est une obligation moins importante par rapport à la garantie¹¹⁰⁶. En présence d'un contrat gratuit en particulier, ce

¹¹⁰³ SJ 2002 I 574, 578, c. 3 ; RVJ 1995 176, 178, c. 3c (bb) ; ATF 113 II 434, 438, c. 2c (= JdT 1988 I 185, 188) ; SJ 1988 550, 552, c. 1b ; JdT 1988 I 188 ; ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JdT 1986 I 255 = SJ 1986 177, 181) ; ATF 101 II 323, 328, c. 1d (= JdT 1976 I 537, 541 = RNRF 58 309, 312 = Pra 64 262) ; RVJ 1968 163, 165 ; RJB 1957 278, 280, c. 3 ; ATF 81 II 520, 525 c. 3a (= JdT 1956 I 462, 465) ; ATF 66 II 26, 29, c. a (= JdT 1940 I 551, 553). L'instauration de cette présomption précède l'entrée en vigueur du nouveau droit du cautionnement. Avant la révision de 1941, on exigeait déjà l'indication numérique du montant cautionné, ce qui impliquait une présomption en faveur de cautionnement. NOËL, p. 113, note. 5 ; ATF 66 II 26, 29, c. a (= JdT 1940 I 551, 553), Voir aussi AKEV, p. 331 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 87 ss ; ARIK, p. 49 ; TEKİNALP, p. 381, n. 90 ; OLGAC, Kefalet, p. 13.

¹¹⁰⁴ RVJ 1995 176, 177, c. 3c (aa) ; ATF 101 II 323, 328, c. 1d (= JdT 1976 I 537, 541 ss = RNRF 58 309, 312 = Pra 64 262) ; ATF 66 II 26, 29, c. a (= JdT 1940 I 551, 553) ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 14c ; ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 411.

¹¹⁰⁵ KAPLAN, Müdahale, p. 68 ss, Yorum, p. 18.

¹¹⁰⁶ ATF 72 II 19, 23, c. 3b (= JdT 1946 I 524, 527) ; ZR 1945 n. 20, p. 68, 75, c. 1b ; BK-WEBER, art. 111, n. 78 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 25 ; DOHM, Garantie, p. 63, n. 87 ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 364, n. 4182 ; BECK, einl., n. 22 ; EMCH, RENZ, ARPAGAUS, p. 378, n. 1172 ; HUGUENIN, Besonderer, p. 187, n. 1225. C'est une application de la règle d'interprétation « *favori debitoris* », selon laquelle il faut préférer l'interprétation favorable au débiteur. Contrairement à ce que nous venons de dire au paragraphe précédent, lorsqu'ils devaient distinguer entre différents types de contrat de garantie, les tribunaux ont admis plus facilement qu'il s'agissait de cautionnement dont les obligations à charge du débiteur étaient plus favorables à ce dernier. TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 152. Selon le Tribunal fédéral « en recherchant quelle a été l'intention des parties, comme dans l'appréciation de toutes les autres circonstances de cette affaire, il y a lieu de prendre en considération le caractère

particulier du cautionnement : c'est un contrat dont le contenu essentiel est l'engagement unilatéral d'une partie en faveur d'un tiers, le débiteur principal, et au profit du créancier. Dès lors, pour apprécier l'attention incombant au créancier, on doit se montrer plus sévère que dans les cas où les deux parties ont un intérêt divergent au contrat. En raison de sa nature particulière, le cautionnement doit être spécialement placé sous la protection des règles de la bonne foi. » ATF 64 II 208, 211 ss, c. 2 (= JdT 1939 I 465, 467).

575. Une autre raison de cette présomption est que le cautionnement est un contrat réglé par la loi, tandis que la garantie ne l'est pas. Il faut donc éviter de détourner les règles impératives élaborées par le législateur¹¹⁰⁹.

576. En outre, en raison du but protecteur de la législation relative au contrat de cautionnement, il faut lui donner la priorité en cas de doute¹¹¹⁰.

particulier du cautionnement : c'est un contrat dont le contenu essentiel est l'engagement unilatéral d'une partie en faveur d'un tiers, le débiteur principal, et au profit du créancier. Dès lors, pour apprécier l'attention incombant au créancier, on doit se montrer plus sévère que dans les cas où les deux parties ont un intérêt divergent au contrat. En raison de sa nature particulière, le cautionnement doit être spécialement placé sous la protection des règles de la bonne foi. » ATF 64 II 208, 211 ss, c. 2 (= JdT 1939 I 465, 467).

¹¹⁰⁷ REİSOĞLU, Garanti, p. 88.

¹¹⁰⁸ REICHWEIN, p. 376. Voir aussi OĞUZMAN, ÖZ, p. 775. On arrive au même résultat quand on interprète le contrat selon la règle « *in dubio mitius* » ou « *pro mitiore* ». BÜSSER, p. 206, n. 689.

¹¹⁰⁹ DOHM, Garantie, p. 63, n. 87 ; TANDOĞAN, II, p. 832 ; BARLAS, Teminat, p. 39 ; TEKİNAY, p. 237.

¹¹¹⁰ ATF 120 II 34 c. 5b (considérant non publié, cité par THEVENOZ, p. 194) (= rés. SJ 1994 432) ; ATF 113 II 434, 438, c. 2c (= JdT 1988 I 185, 188) ; ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JT 1986 255 = SJ 1986 177, 181) ; SJ 1988 550, 552, c. 1b ; SJ 1980 478, 479 ss ; ATF 81 II 520, 525, c. 3a (= JdT 1956 I 462, 465) ; ZR 1945 n. 20, p. 68, 75, c. 1b ; ATF 66 II 26, 29, c. a (= JdT 1940 I 551, 553) ; FLURY-SCHMITT, p. 173 ; OFTINGER, Bankgarantien, p. 61 ; ZOBL, p. 35 ; de GOTTRAU, I, p. 7 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 24 ; SCHWENZER, Obligationenrecht, p. 469, n. 86.31 ; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 29 ; GUHL, Obligationenrecht, p. 626, n. 10 ; KOCAMAN, p. 64 ; BK-WEBER, art. 111, n. 82 ; EMCH, RENZ, ARPAGAUS, p. 378, n. 1172 ; BÜSSER, p. 206, n. 688. En opérant une distinction entre le cautionnement et la garantie, il ne faut pas admettre facilement la deuxième pour ne pas faire échouer le but protecteur des règles du cautionnement. RJB 72 232, 238, c. 3.

Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a de nouveau admis cette présomption à cause de la protection de la caution. Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 1^{er} février 2001, 4C.259/2000, c. 4a, in : Journée 2000 de droit bancaire et financier, Berne 2001, p. 239. En outre, « *Was die Bürgschaftsrecht geltende Auslegungsregel zugunsten des Bürgen anbetrifft, so findet sie ihre Rechtfertigung im einseitig ökonomischen Charakter der Bürgschaft. Da jedoch der Garant mit der Abgabe einer Garantieerklärung in der Regel eigene Interessen verfolgt, der Garantievertrag somit wohl rechtlich, im allgemeinen aber nicht wirtschaftlich als unentgeltliches Rechtsgeschäft zu betrachten ist, wird diese Auslegungsregel kaum zugunsten des Garantens Platz greifen können.* » GEIGY-WERTHEMANN, p. 27.

Cela vaut surtout lorsque la garantie est donnée par un particulier non expérimenté en affaires¹¹¹¹.

577. Cette présomption est également justifiée par l'argument qu'il faut normalement exécuter la prestation qui est effectivement due, et non pas davantage¹¹¹².

578. Enfin, selon une partie de la doctrine, il y a toujours un contrat de base entre le débiteur principal et le créancier. Il doit donc exister une présomption en faveur du cautionnement, car « le fait de se référer à une obligation préexistante, ce qui est le cas de la plupart des garanties, entraîne la conséquence qu'une garantie accessoire peut – et peut-être doit – exister. Il ne serait pas conforme au bon sens dans une telle hypothèse que quelque chose de plus que la prestation due soit assurée »¹¹¹³.

579. Vu les motivations de cette présomption, les déclarations douteuses de garantie seront considérées comme des cautionnements, surtout lorsque les parties au contrat sont des particuliers¹¹¹⁴.

B. En faveur de la garantie indépendante

580. La présomption en faveur du cautionnement n'est toutefois pas absolue. La doctrine s'est demandé s'il ne fallait pas faire un réexamen de cette jurisprudence certes justifiée à une époque où l'importance économique d'une institution soumise à de strictes règles de forme pouvait pousser les justiciables à éluder la loi¹¹¹⁵.

581. La doctrine récente a changé le sens de la présomption en faveur de la garantie, et cela surtout dans les domaines bancaire et international. Cette doctrine ne parle plus d'une exception apportée à la présomption en faveur du cautionnement, mais plutôt d'une autre présomption selon laquelle les déclarations de garantie émises par des établissements bancaires expérimentés et les garanties données pour des affaires du

Cette présomption est également valable quand il s'agit de décider entre le cautionnement et la reprise cumulative de dette. ATF 129 III 702, 710, c. 2.5 (= JdT 2004 I 535, 543 = rés. RSJ 100, n. 1, 18).

¹¹¹¹ de GOTTRAU, I, p. 7.

¹¹¹² DOHM, Garantie, p. 63, n. 87 ; KLEINER, p. 62, n. 5.54.

¹¹¹³ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 355.

¹¹¹⁴ ATF 113 II 434, 438, c. 2c (= JdT 1988 I 185, 189) ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 26 ; ZOBL, p. 35.

¹¹¹⁵ NOËL, p. 113.

commerce international sont des garanties et non des cautionnements¹¹¹⁶ ; et cela pour certaines raisons.

582. Tout d'abord, pour cette nouvelle école, il faut admettre la garantie indépendante pour protéger la sécurité des transactions, en vertu du principe de la confiance qui domine toutes les transactions bancaires¹¹¹⁷.

583. Ensuite, dans le domaine des garanties bancaires, il faut faire une interprétation en défaveur de la banque dès qu'il existe un doute provenant des dispositions qu'elle a elle-même préédigées. C'est l'interprétation dite « *in dubio contra stipulatorem* »¹¹¹⁸. En réalité, cette interprétation n'est pas désavantageuse pour la banque¹¹¹⁹, car l'admission de la présomption en faveur du caractère abstrait des garanties proprement « bancaires » correspond à l'intérêt de ces opérateurs à ne pas être mêlés aux conflits entre donneur d'ordre et bénéficiaire¹¹²⁰. La banque préfère

¹¹¹⁶ CR-MEIER, Intro. art. 492–512, n. 28 ; ZOBL, p. 35 ; EMCH, RENZ, ARPAGAU, p. 378, 1172 ; HUGUENIN, Besonderer, p. 187, n. 1225.

¹¹¹⁷ GUGGENHEIM, Garantie, p. 176 ss.

¹¹¹⁸ Si le contrat contient des dispositions peu claires, ambiguës, douteuses, etc. le juge les interprète au détriment de la partie les ayant rédigées. ATF 118 II 342, 344, c. 1a (= SJ 1992 623, 624) ; ATF 115 II 264, 268 ss, c. 5a (= JdT 1990 I 57, 61 ss) ; TI, Tribunale di appello (Stinnes Interoil c. Banca della Svizzera Italiana) Rép. 1986 84–88, in : SAS 1989, p. 97, r63, c. 6 ; ATF 100 II 403, 406 ss, c. 1 (= rés. JdT 1976 I 254) ; ATF 97 II 72, 74, c. 3 (= rés. JdT 1972 I 351) ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 14c ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 151 ; KAPLAN, Müdahale, p. 72 ss, Yorum, p. 18. C'est une règle d'interprétation qu'on peut souvent utiliser dans les contrats de garantie dont la banque est soit la partie obligée soit la partie créancière. Dans ces cas-là, ce sont toujours les banques qui rédigent les contrats et le juge doit interpréter les clauses litigieuses en défaveur de la banque en cas de doute. Cette façon de penser a amené la doctrine à présumer l'existence d'un cautionnement. Cette acceptation n'est cependant pas défavorable pour la banque qui émet la garantie, parce que cette dernière, s'étant fort probablement fait garantir elle-même par le donneur d'ordre au moyen de valeurs bloquées chez elle, va se désintéresser sur ces valeurs après un éventuel paiement. De plus, elle a intérêt à effectuer le paiement pour entretenir de bonnes relations avec le bénéficiaire. (Dans le commerce international, le bénéficiaire est plutôt une autre banque correspondante. GUGGENHEIM, Garantie, p. 178.)

¹¹¹⁹ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 355, Garantie, p. 176. C'est pour cette raison que la jurisprudence américaine se réfère à la règle « *in dubio contra proferentem* » et admet une garantie indépendante. Voir ROSSI, Garantie ou cautionnement ?, p. 411.

¹¹²⁰ RAPP, p. 272 ; BK-WEBER, art. 111, n. 80 ; GUGGENHEIM, Bancaire, p. 355 ; DOHM, Garantie, p. 50, n. 54, Conservatoire, p. 57 ; ROESLE, p. 9 ; LOGOZ, p. 30 ; POULLET, Présentation, p. 43 ; DESMET, p. 122 ; PLEYER, p. 190 ; VASSEUR, p. 343 ; EMCH, RENZ, BÖSCH, MONTAVON, de WERRA, BIZZOZERO, p. 31 ; GUHL, Obligationenrecht, p. 626, n. 10 ; BATTAL, p. 255 ;

payer sur la simple demande du bénéficiaire pour ne pas perdre la confiance des clients dans un domaine soumis à rude concurrence, et, par ricochet, les commissions qu'elle recevra¹¹²¹.

584. De même, dans le domaine du commerce international, la présomption est plutôt en faveur de la garantie indépendante et abstraite, surtout lorsqu'il s'agit d'une garantie à première demande¹¹²², et cela pour les mêmes raisons. Premièrement, pour le bénéficiaire, il est préférable de disposer d'une garantie abstraite sans prise en considération de toutes les exceptions appartenant au contrat de base¹¹²³. Deuxièmement, la banque garante veut rester neutre et ne surtout pas se mêler des affaires du débiteur et de son créancier¹¹²⁴. Enfin, les garanties à première demande, qui sont en principe des garanties indépendantes, constituent le type principal des garanties bancaires internationales. « Le cautionnement en tant que forme de sûreté n'est donc pas à même de permettre une qualification et une interprétation aussi uniforme que possible à l'échelle internationale, ce qui est en revanche possible et même nécessaire pour la garantie bancaire abstraite, qui n'est pratiquement pas codifiée dans les systèmes juridiques nationaux. »¹¹²⁵

DOĞAN, p. 46. Selon le Tribunal fédéral, le fait que la garantie soit émise par une banque constitue un indice en faveur de l'engagement autonome. ATF 117 III 76, 78, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991, p. 677, 679), En d'autres termes, la banque veut payer sans entrer dans les arcanes et les chicanes de l'affaire ayant donné lieu à la garantie. ENGEL, Contrats, p. 631.

¹¹²¹ BARLAS, Teminat, p. 1. En outre, c'est pour cette raison que le contrat de garantie bancaire « à première demande » est le type de garantie le plus utilisé dans les affaires internationales. DOHM, Garantie, p. 63, n. 88, BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 14a. Voir aussi SCHWANDER, p. 43.

¹¹²² ATF 119 II 132, c. 4a (considérant non publié, cité par BÜSSER, p. 483); ATF 117 III 76, 79, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 680); ZR 1992 n. 39, p. 143, 145, c. III-3 et 147, c. III-5; ATF 113 II 434, 438, c. 2c (= JdT 1988 I 185, 188 ss); TI, Tribunale di appello (Stinnes Interoil c. Banca della Svizzera Italiana) Rép. 1986 84-88, in: SAS 1989, p. 97, r63, c. 6; LOMBARDINI, p. 304, n. 53; de GOTTRAU, I, p. 7; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28; NOËL, p. 123; DOHM, Garantie, p. 63 ss, n. 88 ss; KLEINER, Bankgarantie, p. 72, n. 5.63; ZOBL, p. 35; RAPP, p. 272; SPAINI, p. 73; LÖW, p. 41 ss; BARLAS, Kredi, p. 968; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 364, n. 4182. Voir aussi BJM 1991 182, 185, c. 3a. Mais dans un autre arrêt [ATF 117 III 76 (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677)], le Tribunal fédéral ajoute que cet indice doit être appuyé par d'autres éléments.

¹¹²³ BK-WEBER, art. 111, n. 80.

¹¹²⁴ La banque garante ne souhaite pas non plus opposer les exceptions provenant du contrat de base. KLEINER, Bankgarantie, p. 61, n. 5.52.

¹¹²⁵ DOHM, Garantie, p. 63, n. 88.

585. Pour le Tribunal fédéral aussi, la règle générale est de retenir une présomption en faveur du cautionnement en cas de doute. Deux faits dérogent toutefois à cette règle, soit le caractère international du contrat d'une part et d'autre part le fait que le garant soit une banque. « Les obligations de garantie assumées par des instituts bancaires expérimentés et les sûretés accordées aux contrats internationaux laissent présumer l'existence d'une garantie indépendante. »¹¹²⁶

586. La doctrine récente va plus loin et accueille avec raison l'idée selon laquelle la présomption en faveur du cautionnement n'est applicable qu'aux particuliers soit aux personnes physiques¹¹²⁷. Elle se prononce en outre en faveur de l'idée d'élargir le champ d'application de l'exception à la présomption en faveur du cautionnement, en ce sens que celle-ci s'applique non seulement dans les affaires bancaires ou internationales mais également dans le cas où il s'agirait d'un garant habile en affaires, par exemple pour les sociétés immobilières, pour les groupes de sociétés, voire même pour les personnes privées habiles en affaires comme les directeurs de sociétés ou les présidents de conseils d'administrations de sociétés¹¹²⁸.

¹¹²⁶ SJ 1988 550, 552 ss, c. 1b. Voir aussi ATF 117 III 76, 78 ss, c. 6b (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 680); ATF 113 II 434, 438, c. 2c (= JdT 1988 I 185, 188 ss).

¹¹²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 9 juillet 1998, 4C.436/1997, in: RSDA 2000, p. 185, r37, c. 2; BK-WEBER, art. 111, n. 79; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 29; FLURY-SCHMITT, p. 173; HUGUENIN, Obligationenrecht, p. 182, n. 1162. « [...] cela dans la mesure où aucun intérêt personnel de leur part n'est clairement démontré » [RAPP, p. 273. Voir également ATF 119 II 132, c. 4a (considérant non publié, cité par BÜSSER, p. 483)], et aussi dans la mesure où aucun intérêt personnel de leur part n'a été démontré. HANDSCHIN, p. 231.

¹¹²⁸ BK-WEBER, art. 111, n. 81; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 26; CR-MEIER, Intro. art. 492-512, n. 28; BÜSSER, p. 207, n. 691. « On ne voit pas pourquoi, par exemple, <une garantie de loyer> donnée par une importante société en faveur de l'une de ses filiales devrait, au motif de son caractère accessoire, être reconnue sans valeur faute d'indiquer le montant de l'engagement comme le prescrit l'art. 493 al. 1 CO. » RAPP, p. 272 ss. Cet auteur a critiqué les arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels les contrats des garanties ont été qualifiés de cautionnement et ont été déclarés nuls pour vice de forme, bien qu'ils aient été conclus par un homme d'affaire expérimenté et pour une opération sur laquelle il avait un intérêt personnel à soutenir. ATF 113 II 434 (= JdT 1988 I 185); ATF 111 II 276 (= rés. JT 1986 255 = SJ 1986 177). Pour les critiques de cet arrêt, voir MERZ, p. 229 ss. Selon Merz, ce n'est pas seulement les banques qui sont rompues aux affaires, mais aussi, par exemple, une société foncière ou encore son administrateur délégué. *Idem* p. 230. Voir aussi HOMBURGER, Eric, SAS 1988 p. 135.

Le fait d'honorer un engagement pris par la banque est extrêmement important pour celle-ci. Elle ne désire pas que les tiers puissent penser qu'elle répudie sa signature,

587. En résumé, s'il existe une contradiction entre les clauses d'un contrat de garantie qui empêche l'interprète de qualifier le contrat, il faudra recourir aux présomptions. Si la personne qui a accordé la garantie est rompue aux affaires, la présomption sera en faveur d'une garantie indépendante, et cela surtout dans les affaires internationales. En revanche, la présomption est en faveur d'une garantie accessoire si le garant est une personne physique non rompue aux affaires.

§5 REMARQUES

588. Dans le présent chapitre, nous avons examiné certains critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence sur l'interprétation et la qualification des garanties. Dans une première partie, nous avons vu que la désignation du contrat est importante pour la qualification de la garantie si cette dernière a été conclue entre des professionnels. En revanche, si l'une des parties est un particulier non rompu aux affaires, le juge va plus facilement prendre en considération les différentes circonstances pour procéder à la qualification, notamment les intérêts des parties, le but du contrat ainsi que les présomptions.

589. Cette solution est aussi valable, à notre avis, en ce qui concerne les clauses du contrat. Nous avons admis que les clauses suivantes constituaient des indices permettant de conclure qu'il s'agit de l'un ou l'autre contrat : la clause de renonciation aux bénéfices de discussion et de

ce qui constituerait une atteinte importante à sa réputation. HGK, E. 1990/6-1, K. 1990/141, T. 28.2.1990 (www.kazanci.com.tr); LOMBARDINI, p. 315, n. 94; POULLET, Présentation, p. 43; DESMET, p. 122; DOHM, Conservatoire, p. 57. « Un refus de sa part d'honorer un ou plusieurs appels en garantie serait susceptible de nuire à sa notoriété et de l'évincer progressivement de ce marché fructueux. Les uns après les autres, les bénéficiaires excluraient systématiquement les garanties qu'elle pourrait émettre, imposant l'intervention d'un autre garant qui jouirait de la confiance ». LOGOZ, p. 29. Leur réputation internationale est en jeu (VASSEUR, p. 343), et cela, surtout en cas d'une contre-garantie. En effet, le banquier tient à ne pas compromettre son image à l'égard de son banquier correspondant qui ne s'est engagé que sur sa demande et sur ses instructions. SIMONT, p. 485. « C'est contre ce danger qu'a voulu réagir la CCI en liant les demandes de paiement à la production des preuves aussi claires et aussi simples que possible. C'est dans la rédaction des conditions posées pour la mise en œuvre de la garantie que réside le problème essentiel à résoudre. Pour éviter tout abus, mieux vaut reconnaître, comme le fait la CCI pour certains cas, la nécessité d'une décision judiciaire voire une sentence arbitrale avant que la banque puisse être appelée en paiement ». GUGGENHEIM, Garantie, p. 178.

division ainsi que la clause de solidarité constituent des indices en faveur du cautionnement ; tandis que la clause de paiement à première demande, la clause de renonciation à toutes les exceptions provenant du contrat de base et la clause de paiement documentaire font présumer l'existence d'une garantie indépendante.

590. En conclusion, si la garantie a été passée entre des professionnels, ces clauses constitueront un indice déterminant en faveur du cautionnement respectivement de la garantie indépendante. Au contraire, si l'une des parties à la garantie est un particulier, on n'accordera pas beaucoup d'importance à l'existence de ces clauses dans la mesure où il ressort du but visé par les parties, des autres circonstances et des intérêts respectifs des parties que l'autre type de contrat que celui qui était présumé doit être retenu¹¹²⁹.

591. C'est pour cette raison que nous admettons, par exemple, que la clause de paiement à première demande constitue un critère déterminant « surtout » lorsqu'il s'agit d'un contrat ressortissant du domaine bancaire ou du domaine des affaires internationales dans lequel le garant est une personne rompue aux affaires¹¹³⁰ ou que l'absence d'un intérêt propre « économique » à la contre-prestation de la prestation garantie peut exceptionnellement jouer un rôle lorsque le garant est un particulier. C'est également pour cette raison que le Tribunal fédéral admet que la renonciation aux exceptions du débiteur est nulle s'il s'agit d'un cautionnement, mais valable s'il s'agit d'une garantie indépendante¹¹³¹.

592. Nous arrivons à cette solution tout en sachant que le droit suisse ne distingue pas, en général, le droit civil du droit commercial. En revanche, une telle distinction est appelée par l'équité et par le besoin de sauvegarder les intérêts de la partie réputée faible. Le Tribunal fédéral, tout comme Yargıtay ont déjà maintes fois exprimé leur volonté de protéger la partie inexpérimentée dans les affaires. Dans un arrêt récent sur la distinction entre la reprise cumulative de dette et le cautionnement¹¹³², le Tribunal fédéral a insisté sur cette distinction en admettant que les mots utilisés ont une grande importance lorsqu'il s'agit de sociétés qui s'occupent des garanties dans leurs affaires quotidiennes, telles que les

¹¹²⁹ Dans ce sens ATF 129 III 702, 707, c. 2.4.1 (= JdT 2004 I 535, 541 = rés. RSJ 100, n. 1, 18). « ...que le libellé de la clause litigieuse ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu par les parties. »

¹¹³⁰ Voir *supra*, n. 501 ss.

¹¹³¹ Voir *supra*, n. 533.

¹¹³² ATF 129 III 702, 708, c. 2.4.1 ss (= rés. RSJ 100, n. 1, 18).

groupes d'entreprises actifs sur le plan international et les instituts bancaires suisses, ou de personnes physiques expérimentées, comme les membres de conseils d'administration, les directeurs qui traitent souvent avec des contrats de garantie ou les juristes qui ont été formés en Suisse¹¹³³.

593. Cette volonté de distinguer les personnes expérimentées de celles qui ne le sont pas ressort également de l'article 494 CO, qui a pour but la protection de la famille. Dans cette disposition, le législateur n'exige le consentement du conjoint que lorsque la caution est une personne considérée comme non rompue aux affaires. Dans le cas contraire, la personne est considérée comme suffisamment expérimentée pour ne pas souscrire de cautionnement inconsidéré¹¹³⁴.

594. Dans son dernier projet de loi révisant le Code des obligations, le législateur turc a ajouté un article (art. 608 PCOtr) selon lequel une convention est soumise aux règles relatives au cautionnement lorsqu'elle a été passée avec une caution qui est une personne physique et a été dénommée différemment afin d'éviter les règles protectrices du cautionnement. S'il s'agit d'un article, à notre avis, assez étrange¹¹³⁵, il démontre clairement la volonté du législateur turc d'augmenter la protection apportée aux personnes physiques.

595. Les remarques ci-dessus ne remettent pas en cause le principe de la liberté de contracter, principe couvrant tout le droit privé suisse et le droit privé turc. Il faut toutefois suivre les idées exprimées par le Tribunal fédéral dans l'arrêt cité ci-dessus¹¹³⁶. Dans cet arrêt, la liberté de choix d'une personne physique qui n'est pas rompue aux affaires a été délimitée de la manière suivante : pour qu'on puisse parler de la liberté de choix d'une telle personne, il faut que celle-ci soit consciente des conséquences juridiques du choix qu'elle fait, en d'autres termes, qu'elle soit consciente de la portée de son obligation et des raisons pour lesquelles elle a renoncé à choisir la forme juridique du cautionnement. Pour cela, il faut lui expliquer clairement et de manière individuelle (les dispositions

¹¹³³ Le seul fait qu'une personne physique soit enregistrée au registre du commerce, en tant que « *einzelzeichnungsberechtigt* » d'une société ne suffit pas pour qu'elle soit considérée comme expérimentée, en particulier si elle n'a pas pour habitude de conclure des garanties.

¹¹³⁴ CR-MEIER, art. 494, n. 10. Le législateur a cependant changé d'avis. Voir *supra*, n. 339.

¹¹³⁵ Voir *supra*, n. 45.

¹¹³⁶ ATF 129 III 702 (= JdT 2004 I 535 = rés. RSJ 100, n. 1, 18).

contractuelles préformulées ne remplissant pas cette condition) les conséquences juridiques découlant de son choix pour une garantie indépendante ou une reprise cumulative de dette au lieu d'un cautionnement. En effet, selon les juges, « lorsque [...] le contrat ne contient aucune explication à cet égard et qu'on peut sérieusement se demander si le coobligé (le garant) a compris la signification en droit et la portée en fait des qualifications juridiques employées <porte-fort> ou <responsabilité solidaire>, notamment s'il a saisi les différences avec l'objet d'un <cautionnement>, on ne peut pas dire qu'il ait usé de sa liberté de choix, qui lui appartient de manière autonome, entre les divers actes d'intercessions [...]. »¹¹³⁷.

596. Par conséquent, si le garant est un particulier alors que le bénéficiaire est rompu aux affaires, celui-ci doit lui expliquer clairement et de manière individuelle les conséquences juridiques découlant de son choix pour une garantie au lieu d'un cautionnement. A défaut, le contrat ne pourra pas être qualifié de garantie indépendante du seul fait qu'il comporte une clause de renonciation aux exceptions, clause dont le garant ne comprend par ailleurs probablement pas le sens.

¹¹³⁷ ATF 129 III 702, 709, c. 2.4.3, 2.5 (=JdT 2004 I 535, 543 = rés. RSJ 100, n. 1, 18). Dans ce sens, voir aussi ARKAN, Karar, p. 990.

DEUXIEME PARTIE :

**EFFETS ET EXTINCTION DU
CAUTIONNEMENT ET DE LA GARANTIE**

CHAPITRE PREMIER :
DIFFERENCES QUANT AUX OBLIGATIONS
DU GARANT

§1 OBLIGATIONS DU GARANT ENVERS LE
CREANCIER

I. Généralités

597. L'obligation principale de la caution est de répondre accessoirement envers le créancier de l'exécution de la dette principale. Cette obligation, différente de celle du débiteur principal, devient exigible sous certaines conditions qui se différencient selon que le cautionnement est simple ou solidaire. La caution n'est tenue d'exécuter sa prestation que si le créancier n'a pu obtenir l'exécution de celle-ci du débiteur principal, car le cautionnement simple est complètement subsidiaire. En d'autres termes, « si la caution est simple, le créancier devra agir d'abord contre le débiteur et ce n'est qu'à défaut de paiement de la part de ce dernier qu'il pourra se retourner contre la caution. »¹¹³⁸ La caution recherchée peut opposer au créancier qui n'a pas essayé d'obtenir l'exécution du débiteur principal les bénéfices de discussion personnelle et réelle dont nous allons parler en détail¹¹³⁹. En revanche, si le cautionnement est solidaire, la subsidiarité de l'engagement de la caution est presque perdue. Le créancier peut poursuivre la caution à condition que le débiteur soit en retard dans le paiement de sa dette et qu'il ait été sommé en vain de s'acquitter ou que son insolvabilité soit notoire¹¹⁴⁰ (art. 496 I CO). La

¹¹³⁸ MARGOT, p. 71.

¹¹³⁹ Voir *infra*, n. 748 ss.

¹¹⁴⁰ L'insolvabilité du débiteur principal est notamment notoire lorsqu'il est déclaré en faillite, qu'un sursis concordataire lui a été octroyé ou que des actes de défaut de biens existent contre lui pour d'autres créances. CR-MEIER, art. 496, n. 17 ; TERCIER, Contrats, p. 875, n. 6083 ; BK-GIOVANOLI, art. 496, n. 22. Voir *supra*, note. 140.

caution solidaire ne dispose que du bénéfice de discussion réelle limitée¹¹⁴¹.

598. Le garant répond cependant envers le créancier indépendamment de toute autre obligation. L'exigibilité de sa dette ne dépend que des conditions prévues dans la garantie. L'engagement du garant est également subsidiaire en ce sens que le garant s'engage à effectuer le paiement lorsque le débiteur principal n'effectue pas sa prestation garantie jusqu'à une date précise ; c'est-à-dire que lorsque le risque se réalise. Toutefois, à la différence du cautionnement simple, le bénéficiaire d'une garantie ne doit pas préalablement agir contre le débiteur principal pour pouvoir faire appel à la garantie. Il suffit que le donneur d'ordre ne s'exécute pas jusqu'à la date prévue par la garantie. Le garant doit en outre payer, même si le débiteur principal est solvable, ce qui n'est pas le cas pour le cautionnement simple.

599. Dans cette partie de notre travail, nous allons examiner les caractéristiques et les conditions des obligations du garant envers le créancier.

II. Obligation de payer une somme d'argent

A. Cautionnement

600. La dette de la caution est une dette d'argent¹¹⁴², et cela même si celle du débiteur principal n'est pas une dette d'argent¹¹⁴³. Il s'agit d'une dette portable (art. 74 II 1 CO). La caution ne fournit qu'un succédané de la dette principale, pas l'exécution de la dette principale ou d'éventuels dommages-intérêts¹¹⁴⁴. Son engagement est différent de celui du débiteur

¹¹⁴¹ Voir *infra*, n. 757.

¹¹⁴² « Gegenstand der Bürgenverpflichtung ist aber immer und ausnahmslos Geld. » ANDEREGG, p. 11. Pour cette raison, l'obligation de la caution ne peut pas être impossible. HEMMELER, p. 14 ss.

¹¹⁴³ REİSOĞLU, Kefalet, p. 5 ; TANDOĞAN, II, p. 699 ; SCHULTHESS, p. 72 ; KARAHASAN, p. 1204. La caution exécute sa propre obligation quand elle effectue le paiement ; avec ce paiement, c'est sa dette qui prend fin, et non celle du débiteur principal.

¹¹⁴⁴ Faute d'identité entre le débiteur des dommages-intérêts et l'auteur du dommage. Voir *supra*, n. 68. En outre, à la différence de l'article 97 I CO, la caution ne peut pas se soustraire à sa responsabilité en invoquant qu'elle n'a commis aucune faute. *Contra* TANDOĞAN, II, p. 696 ss ; TEKİNALP, p. 398, n. 127. Pour ces auteurs,

principal. En revanche, l'étendue de l'obligation de la caution se calcule par rapport au dommage subi par le créancier du contrat de base pour cause d'inexécution du débiteur principal. En d'autres termes, la caution est tenue de payer l'intérêt positif du créancier à l'exécution du contrat de base. Cependant, les parties peuvent convenir de dommages-intérêts dits négatifs (art. 499 II 1 CO). Cela ne change en rien le caractère du cautionnement. En outre, selon l'article 68 CO, rien n'empêche que la caution exécute la dette principale en nature¹¹⁴⁵. Cela ne contredit pas la volonté du législateur de sauvegarder les intérêts de la caution¹¹⁴⁶.

B. Garantie indépendante

601. Comme dans le cadre du cautionnement, l'obligation principale du garant envers le bénéficiaire consiste à payer une somme d'argent en cas d'appel à la garantie par ce dernier¹¹⁴⁷. En revanche, il n'y a aucune règle empêchant les parties de se mettre d'accord sur l'exécution en nature de la part du garant, à la place du débiteur principal¹¹⁴⁸. Cependant, dans la pratique, on ne voit jamais un tel engagement assumé par le garant. La garantie conduit toujours au paiement d'une somme d'argent et non à une exécution en nature, en particulier dans le domaine bancaire¹¹⁴⁹.

étant donné que l'engagement de la caution est de payer des dommages-intérêts, il faut admettre que son obligation est différente de celle du débiteur principal. Voir aussi LAUBER, p. 319 ; BÄR, p. 22.

¹¹⁴⁵ REİSOĞLU, Kefalet, p. 8 ; BK-BECKER, a.art. 492, n. 21.

¹¹⁴⁶ Voir aussi REİSOĞLU, Kefalet, p. 8.

¹¹⁴⁷ L'obligation du garant d'effectuer le paiement n'existe pas seulement envers le bénéficiaire, mais aussi envers le donneur d'ordre. « Dem entspricht, dass der Garantieforderunggeber dem Garanten in Honorierungsfall für die richtige Auftrags-erfüllung Auslagenersatz in Höhe der bezahlten Garantiesumme schuldet. » BÜSSER, p. 293, n. 976.

¹¹⁴⁸ Dans les premières réflexions sur le sujet, les auteurs pensaient que l'obligation du garant ne pouvait être qu'une obligation de payer des dommages-intérêts. En revanche, comme le dit Spaini aussi, rien n'empêche que les parties se mettent d'accord sur une exécution en nature. SPAINI, p. 20. Cependant, en cas de doute, il faut admettre l'existence de l'obligation de payer des dommages-intérêts. Voir aussi BÄR, p. 13.

¹¹⁴⁹ « Der Garant schuldet ausschliesslich die Garantieleistung bei Eintritt des Garantiefalles. Er ist (mangels anderer, in der Vertragpraxis allerdings unüblichen Abrede) jedoch nicht verpflichtet, die garantierte Leistung zu erzwingen, indem er z.B. Druck auf den Dritten ausübt. » SPAINI, p. 20.

602. La garantie donne lieu à une dette portable. Cela signifie que le garant ne doit pas seulement mettre le montant à disposition du bénéficiaire, mais également le virer sur le compte de ce dernier¹¹⁵⁰.

603. Pour la doctrine qui rattache la garantie à l'article 111 CO, le garant est tenu de payer des dommages-intérêts subis par le bénéficiaire pour cause d'inexécution de la prestation garantie par le tiers¹¹⁵¹. Le garant n'assume donc pas forcément l'obligation de prestation primaire du débiteur mais au contraire une obligation de dédommagement¹¹⁵².

604. En revanche, une autre partie de la doctrine estime que l'obligation du garant est de payer une certaine somme au cas où le risque garanti surviendrait¹¹⁵³. Selon Dohm, la banque exécute sa propre obligation, elle ne paie pas des dommages-intérêts. En effet, « [...] on ne peut être en présence d'une réparation du dommage par le paiement d'un montant en dommages-intérêts, que lorsqu'il y a identité entre le débiteur

¹¹⁵⁰ SPAINI, p. 118. Dans ce sens, voir aussi DOĞAN, p. 180. En revanche, selon cet auteur, quand il s'agit d'une lettre de garantie bancaire, il y a une convention tacite et le lieu d'exécution est celui de la succursale de la banque.

¹¹⁵¹ BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 1, n. 14 ; BK-WEBER, art. 111, n. 148 ; OLGAC, Genel, p. 480 ; TEKINALP, p. 374, n. 71. Voir aussi SPAINI, p. 21 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 111, n. 8 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 783 ; EREN, p. 1112 ; GUGGENHEIM, Effets, p. 362. La doctrine y voit même un critère de distinction : « *ferner hat der Bürge an Stelle des Hauptschuldners zu erfüllen, während der Garant Schadenersatz zuleisten hat.* » BECK, einl., n. 21. Selon une partie de cette doctrine, il s'agit d'une des différences entre la garantie et le cautionnement. Selon ce point de vue, contrairement au garant, la caution s'exécute à la place du débiteur principal. DESCHENAUX, Garantie, p. 3, 12. La doctrine y voit également une différence entre la garantie et la reprise cumulative de dette : « *Vom Garantievertrag unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme ebenfalls eindeutig : sie geht auf Leistung des Schuldners und auf Zahlung von Schadenersatz.* » OFTINGER, Bankgarantien, p. 61.

SJ 2000 I 305, 307, c. 1a ; ATF 125 III 305, 307 ss, c. 2b (= JdT 2000 I 635, 638 = RNR 82 185, 187) ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 1^{er} février 2001, de 4C.259/2000, c. 4a, in : Journée 2000 de droit bancaire et financier, Berne 2001, p. 239 ; ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JT 1986 255 = SJ 1986 177, 180) ; SJ 1959 542, 548, c. e ; 19. HD, E. 1994/4559, K. 1995/5295, T. 13.6.1995 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr) ; 15. HD, E. 1989/2547, K. 1990/359, T. 5.2.1990 (cité par ERDEM, Genel, p. 990, n. 875) ; İBK, E. 1966/16, K. 1967/7, T. 13.12.1967 (RG 5.4.1968 12867) ; 3. HD, E. 3960, K. 2620, T. 15.4.1954 (cité par TUNÇOMAĞ, p. 980). Voir cependant *supra*, n. 75.

¹¹⁵² En revanche, la garantie de paiement peut apparaître à la place de la dette primaire. PLEYER, p. 189.

¹¹⁵³ KAHYAOĞLU, p. 61 ss ; DOĞAN, p. 180.

des dommages-intérêts et l'auteur du dommage.[...] La banque ne paie elle-même, pour le compte du donneur d'ordre, qu'un montant en argent, en exécution de sa propre obligation de payer. »¹¹⁵⁴

605. A notre avis, il est impossible de généraliser et de dire que l'obligation du garant ne consiste qu'à dédommager le bénéficiaire ou qu'à lui payer une somme fixe. En effet, les parties peuvent convenir de différents types de clauses. Le garant peut s'engager à payer une somme déterminée ou une somme maximale¹¹⁵⁵ ou encore simplement à dédommager le créancier.

606. Si le garant s'engage à payer une somme maximale, il n'est tenu de payer que la somme convenue lorsque la perte patrimoniale du bénéficiaire due à l'inexécution de la prestation garantie est supérieure à la somme prévue par la garantie. Cependant, si le dommage est inférieur à cette somme, le garant paiera le montant du dommage subi par le bénéficiaire¹¹⁵⁶.

607. En revanche, s'il promet de dédommager le créancier, le garant est tenu à l'intérêt positif¹¹⁵⁷ du bénéficiaire à l'exécution du contrat de base (*Erfüllungsinteresse*). A défaut de convention contraire, l'intérêt négatif ne fait pas partie des dommages dont le garant est tenu¹¹⁵⁸. En

¹¹⁵⁴ DOHM, Garantie, p. 56 ss, n. 70. Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 216, n. 21.63 ; KAHYAOĞLU, p. 61.

¹¹⁵⁵ Par exemple, il peut s'engager à payer « *höchstens ... CHF* » Il est aussi possible, mais plus rare, que les parties prévoient un pourcentage de la somme garantie. Par exemple, « 10% du loyer. » SPAINI, p. 22.

¹¹⁵⁶ Selon Yargıtay, il ne faut pas perdre de vue que la responsabilité du garant est limitée par le dommage du bénéficiaire. Il s'agit ici d'un renversement du fardeau de la preuve. 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr).

¹¹⁵⁷ ATF 111 II 276, 279, c. 2b (= rés. JT 1986 255 = SJ 1986 177, 180) ; RJB 1957 278, 279, c. 2. SCYBOZ, p. 20 ; TUNÇOMAĞ, p. 986 ; ERDEM, Genel, p. 989 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 14 ; BK-BECKER, art. 111, n. 4, 14 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 783 ; EREN, p. 1113 ; SCHWENZER, Obligationenrecht, p. 468, n. 86.30 ; GUGGENHEIM, Effets, p. 362.

¹¹⁵⁸ Dans ce sens, voir 13. HD, E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995 (www.kazanci.com.tr) ; 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr) ; 15 ; 11. HD, E. 1979/5075, K. 1979/5456, T. 27.11.1979 (www.kazanci.com.tr) ; TD, E. 56, K. 515, T. 25.2.1958 (TİK 1958, v. I-II, no. 456, p. 302) ; BK-WEBER, art. 111, n. 149 ; TANDOĞAN, II, p. 855 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 154 ss ; GUHL, Obligationenrecht, p. 176, n. 20 ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 361, n. 4167 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 13. Selon Spaini, qui admet aussi que l'obligation du garant est une obligation de payer des dommages-intérêts, cette solution est différente quand il s'agit des contrats de garantie conclus en rapport avec des contrats de « *Bauwerk* ». Par exemple, dans un

effet, le garant doit remettre le patrimoine du bénéficiaire dans l'état où il se trouverait si la prestation avait été convenablement exécutée. Quant à l'étendue de la réparation, les règles de la partie générale du Code des obligations sont applicables (art. 42 ss CO par renvoi de l'art. 99 III CO¹¹⁵⁹), à moins que les parties n'aient convenu autre chose¹¹⁶⁰. Ces dispositions sont applicables aux relations entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire et non aux relations entre ce dernier et le garant. Par conséquent, il faudra rechercher dans la relation de base s'il y a un dommage et fixer les dommages-intérêts sur les données provenant de cette relation. Au vu de ce qui précède, une telle clause ne contrevient pas au caractère indépendant de la garantie. En effet, le garant promet au bénéficiaire qu'il va sortir indemne de l'affaire, ce dernier ne donnant pas d'importance à la personne qui le dédommagera.

608. Toutefois, ces types de garanties ne correspondent pas de manière optimale aux besoins de la vie pratique, car le bénéficiaire doit démontrer le montant de son dommage. C'est pourquoi les parties fixent plutôt un montant pour lequel le garant est tenu en cas d'appel à la garantie. Si la garantie prévoit une somme fixe, il faut interpréter les volontés des parties de la manière suivante : le garant paie ce montant bien que le dommage subi par le bénéficiaire puisse être inférieur. En effet, avec une telle clause, les parties désirent que le paiement ait lieu sans un éventuel litige sur la preuve du montant des dommages-intérêts provenant du contrat de base ; ce qui convient d'ailleurs aux besoins de rapidité dans les affaires et à l'adage « payer d'abord, réclamer ensuite » pour les garanties indépendantes. Dans ce cas-là, il s'agit de dommages-intérêts forfaitaires

contrat d'entreprise, si le maître se départit du contrat pour cause de retard de commencement des travaux, le garant peut être obligé de payer des dommages-intérêts négatifs, en tout ou en partie. SPAINI, p. 24.

¹¹⁵⁹ En revanche, vu l'indépendance de la garantie, on peut se demander si le bénéficiaire a une obligation de diminuer le dommage envers le garant (art. 44 I CO). A notre avis, il faut répondre à cette question par l'affirmative. La doctrine admet que l'énumération de l'article en question n'est pas limitative et, en matière de responsabilité contractuelle on peut notamment l'appliquer lorsque l'attitude du créancier qui seul au courant des difficultés qui peuvent affecter l'exécution n'avertit pas le débiteur ou, « placé devant le dommage, même inopiné, le créancier néglige de parer au préjudice, alors qu'il le pouvait sans inconvénient pour sa personne ou son patrimoine ; ainsi, il ne procède pas à une opération de couverture, ou y procède tardivement. » ENGEL, Obligations, p. 721. Voir aussi von TUHR, PETER, p. 112. Dans le même ordre d'idée, en matière de garantie bancaire, la doctrine admet que l'appel à la garantie du bénéficiaire est abusif si le bénéficiaire a causé la défaillance du débiteur ou s'il a empêché l'exécution de l'obligation garantie. Voir *infra*, n. 715.

¹¹⁶⁰ BK-WEBER, art. 111, n. 150 ; SPAINI, p. 24 ; SCYBOZ, p. 21.

(*pauschalierten Schadenersatz*) et le garant ne devra payer plus que cette somme¹¹⁶¹. Cependant, si l'appel porte sur un montant manifestement supérieur au dommage que le créancier a réellement subi, on peut parler d'un appel partiellement abusif¹¹⁶². De même, l'équité exige que si le montant fixé est excessif, le juge doit le réduire conformément à l'article 163 III CO¹¹⁶³. En effet, « le motif principal d'une telle intervention réside dans le fait que les limites légales à la liberté contractuelle prévues aux art. 19/20 CO concernent la situation existante lors de la conclusion du contrat, alors que l'on ne peut juger valablement du bien-fondé de la peine convenue qu'après la violation du contrat. »¹¹⁶⁴ On peut soutenir la même idée en la matière. En droit turc, une application analogique de cette disposition se heurterait toutefois à l'article 24 du Code de commerce turc lorsque le garant est un commerçant. Selon l'article en question, si le débiteur est un commerçant au sens des articles 11 ss du même code, il ne peut pas demander une réduction de la peine conventionnelle parce qu'elle serait excessive. On peut arriver à la même solution en droit suisse, surtout lorsque le garant est une banque. En effet, la prise en considération par le juge de l'expérience de la banque empêcherait une telle réduction¹¹⁶⁵.

609. A défaut d'une stipulation contraire, il faut admettre que le garant est tenu à l'intérêt positif du bénéficiaire à l'exécution du contrat de base¹¹⁶⁶. Yargıtay a également admis que l'obligation du garant est en principe de payer des dommages-intérêts dits positifs, mais que les parties peuvent prévoir le paiement d'un montant forfaitaire et, dans ce cas-là, que le bénéficiaire a le droit d'exiger le paiement sans devoir prouver son dommage. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la responsabilité du garant est tout de même restreinte au dommage réel du bénéficiaire. On

¹¹⁶¹ ZOBL, p. 29 ; BEGUELIN, p. 6.

¹¹⁶² « *Teilweise rechtmässigbräuchlich* ». SPAINI, p. 22 ss.

¹¹⁶³ La doctrine admet l'application analogique de cet article en d'autres situations. Par exemple, si le montant de la sûreté en garantie des obligations du travail fournie par le travailleur est trop élevé, il pourra être réduit par le juge. TERCIER, Contrats, p. 474, n. 3263.

¹¹⁶⁴ ATF 114 II 264, c. 1a (= JdT 1989 I 74).

¹¹⁶⁵ Le Tribunal fédéral prend en considération l'expérience des parties en réduisant la peine conventionnelle. ATF 102 II 420, 425 ss, c. 4 (= JdT 1978 I 230, 235 ss).

¹¹⁶⁶ « *Fehlt es hinsichtlich der Bemessung des Gesamtschadens für den konkreten Fall sowohl im Garantievertrag als auch im Grundverhältnis (Valutaverhältnis) an einer Parteivereinbarung, so kommen – angesichts die Tatsache, dass die Garantieleistung eine Schadenersatzleistung ist – die gesetzlichen Bestimmungen über die Schadenersatz zur Anwendung.* » SPAINI, p. 24.

peut dire avec Yargıtay qu'il s'agit d'un cas dans lequel le fardeau de la preuve est inversé¹¹⁶⁷.

610. Si le garant se libère de sa dette après avoir effectué le paiement, le débiteur principal peut opposer au créancier le paiement effectué par le garant, en tout ou en partie, à concurrence de ce que le garant a payé. La doctrine admet, elle aussi, que le bénéficiaire « *nicht besser gestellt werden soll, als wenn die garantierte Leistung erfüllt worden wäre.* »¹¹⁶⁸

611. Enfin, le garant peut exécuter la prestation du donneur d'ordre si le bénéficiaire n'a pas un intérêt à l'exécution personnelle de l'autre partie (art. 68 CO)¹¹⁶⁹.

III. Etendue de l'obligation du garant

A. Cautionnement

612. Selon l'art. 499 I CO, la caution est tenue, dans tous les cas, au maximum jusqu'à concurrence du montant total indiqué dans l'acte de cautionnement¹¹⁷⁰. C'est un article dont le domaine d'application s'étend à tous les types de cautionnement¹¹⁷¹. Ce montant-là est seul déterminant, même si la dette principale est supérieure, soit dès l'origine, soit par suite

¹¹⁶⁷ 13. HD, E. 1992/305, K. 1992/3896, T. 27.4.1992 (www.kazanci.com.tr).

¹¹⁶⁸ SPAINI, p. 25. Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 247, n. 24.07. Voir *supra*, n. 248.

¹¹⁶⁹ TANDOĞAN, II, p. 854. La doctrine admet la même solution pour la caution aussi. REİSOĞLU, Kefalet, p. 8 ; BK-BECKER, a.art. 492, n. 21.

¹¹⁷⁰ Yargıtay admet que la caution est tenue au maximum à concurrence du montant total indiqué dans l'acte de cautionnement malgré le fait que le droit turc n'a pas suivi les modifications de 1941 des articles régissant le cautionnement. Une convention contraire des parties, qui prévoit que la caution sera responsable au delà de la limite maximum indiqué dans l'acte de cautionnement est nulle. 11. HD, E. 3146, K. 4972, T. 1.10.1991 (cité par ERİŞ, p. 115, n. 28) ; 11. HD, E. 1990/1096 K. 1991/2766, T. 30.4.1991 (Yasa Der. V. XIV, Temmuz 1991, p. 1003) ; 15. HD, E. 990/2264, K. 990/2367, T. 22.5.1990 (cité par REİSOĞLU, Kefalet, p. 154, note. 5) ; 11. HD, E. 1988/2597, K. 1988/7405, T. 5.12.1988 (Yasa Dergisi 1990, v. XIII, p. 432) ; 11. HD, E. 1715, K. 3508, T. 15.5.1986 (cité par REİSOĞLU, Kefalet, p. 153, note. 2) ; 11. HD, E. 986/2111 K. 986/2772, T. 8.5.1986 (YKD. v. XIII, no. 4, p. 569). Voir aussi BİLGE, Mesuliyet, p. 112, 167 ss. Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 594 I PCOtr.

¹¹⁷¹ BK-GIOVANOLI, art. 499, n. 1 ; BİLGE, Mesuliyet, p. 102 ss.

d'une augmentation due aux accessoires légaux ou conventionnels¹¹⁷². Mais, en vertu du caractère accessoire du cautionnement, lorsque le montant de la dette principale est inférieur au montant indiqué à l'acte de cautionnement, la caution n'est tenue qu'à concurrence du premier¹¹⁷³. Compte tenu de son but de sauvegarder les intérêts de la caution, cette disposition est impérative¹¹⁷⁴.

613. La caution est tenue du montant actuel de la dette principale (art. 499 II 1 CO)¹¹⁷⁵. C'est parce qu'elle s'engage accessoirement que la caution profite des diminutions de la dette principale¹¹⁷⁶ et supporte une

¹¹⁷² Par exemple, par suites des dommages-intérêts, d'une peine conventionnelle, des intérêts moratoires, des frais de poursuite ou des frais et dépens judiciaires. C'est pourquoi, en pratique, le créancier ajoute un supplément de 20% (en règle générale) au montant nominal de la dette principale. CR-MEIER, art. 499, n. 1 ; BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 1 ; BK-GIOVANOLI, art. 499, n. 5 ; ALBISETTI, GSELL, p. 78.

En droit turc, la caution est tenue du montant de la dette principale, ainsi que des suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur principal (art. 490 COtr) qui peuvent dépasser la limite de l'indication numérique devant être indiquée dans l'acte de cautionnement (art. 484 COtr). OLGAC, Kefalet, p. 17 ; HGK, E. 1973/470, K. 154, T. 7.2.1975 (cité par OLGAC, Kefalet, p. 103) ; 4. HD, E. 3, K. 1798, T. 5.3.1970 (cité par OLGAC, Kefalet, p. 17, note. 5).

¹¹⁷³ TERCIER, Contrats, p. 876, n. 6086 ss ; CR-MEIER, art. 499, n. 2, 4. Ce que la doctrine nomme « *Teilbürgschaft* ». En revanche, si la caution couvre la dette jusqu'à son extinction complète, mais seulement à concurrence du montant maximum indiqué dans l'acte, il s'agit d'un « *Limitbürgschaft* », qui est d'ailleurs la règle et donc présumé. CR-MEIER, art. 499, n. 2.

¹¹⁷⁴ TERCIER, Contrats, p. 876, n. 6089 ; GUHL, Cautionnement III, p. 1 ; CR-MEIER, art. 499, n. 3.

¹¹⁷⁵ Si le cautionnement recouvre l'obligation d'un travailleur (art. 319 ss CO), l'engagement de la caution ne s'étend pas à une éventuelle responsabilité pour des dommages-intérêts en cas de faute de l'employé vis-à-vis de son employeur. BİLGE, Mesuliyet, p. 108. Selon l'article 377 CO, le maître de l'ouvrage peut toujours se départir du contrat d'entreprise en payant le travail effectué et en indemnisant complètement l'entrepreneur si l'ouvrage n'est pas encore terminé. Dans une telle situation, la caution a l'obligation d'effectuer le paiement, non pas pour cause d'exécution défectueuse, mais parce qu'elle s'est engagée à répondre de l'obligation principale, c'est-à-dire du devoir visant le paiement de la rémunération (*Es handelt sich hier nicht um eine Folge des Verschuldens, das sich an den Rücktritt knüpft, sondern um des letztern Voraussetzung. Der Bürge des Bestellers haftet aber gleichwohl, nur nicht aus dem Titel seiner Haftung für die Folgen fehlerhafter Erfüllung, sondern aus dem Titel seiner Haftung für die Hauptschuld, d.h. der Pflicht zur Bezahlung der Vergütung.*). OFTINGER, Haftung, p. 186.

¹¹⁷⁶ BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 3 ; BİLGE, Mesuliyet, p. 112 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 158. Par exemple, les diminutions dues à la remise de dette totale ou partielle ou aux avantages du débiteur en cas de demeure du créancier. Par contre, la caution

augmentation pour autant qu'elle résulte de la nature des choses¹¹⁷⁷, à condition que cela ne résulte pas d'un nouvel accord entre le créancier et le débiteur¹¹⁷⁸. En d'autres termes, une aggravation subséquente de l'obligation du débiteur n'est pas opposable à la caution, à moins qu'elle n'y ait consenti par avance dans la déclaration de cautionnement, qu'elle n'ait été en mesure d'apprécier la portée d'une telle clause et qu'aucune disposition impérative, notamment les articles 27 CC et 20 CO, n'ait été violée¹¹⁷⁹.

ne peut pas profiter de la libération totale ou partielle du débiteur par suite de concordat. CR-MEIER, art. 499, n. 5

¹¹⁷⁷ CR-MEIER, art. 499, n. 4; REİSOĞLU, Kefalet, p. 158. C'est le cas notamment lorsque la caution s'engage pour une dette future ou un compte courant. CR-MEIER, art. 499, n. 8; REİSOĞLU, Kefalet, p. 158. Si elle s'est engagée pour certains articles spécifiques du compte courant, son engagement subsiste même après que le solde du compte est arrêté et reconnu (art. 117 II, III CO). Cependant, si elle s'est portée caution pour la relation de compte courant elle-même, le cautionnement porte sur chaque solde arrêté et reconnu. Elle répond de l'intégralité du solde dans les limites du montant maximal. ATF 122 III 125, 128, c. 2c (= JdT 1998 II 82, 86). Voir aussi ATF 120 II 35, 42, c. 5 (= rés. JdT 1995 I 157); CR-MEIER, art. 499, n. 8. Voir également BK-GIOVANOLI, art. 499, n. 10, RJB 104 355, 356.

On parle dès lors de l'« extension légale » de la dette, en ce sens que si l'aggravation est de plein droit, elle atteint aussi la caution; par exemple, les suites de la faute et de la demeure du débiteur (art. 499 II 1 CO). CR-MEIER, art. 499, n. 8. C'est l'aggravation due à la « *Natur der Sache* ». BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 5; TERCIER, Contrats, p. 878, n. 6104.

¹¹⁷⁸ Lorsque les modifications faites ont des avantages et des désavantages pour la caution, celle-ci ne peut bénéficier des premiers sans accepter les deuxièmes en même temps. CR-MEIER, art. 499, n. 5, REİSOĞLU, Kefalet, p. 159. Toutefois, en droit turc actuel, la caution peut donner son consentement au fait qu'elle supportera tous les changements postérieurs. REİSOĞLU, Kefalet, p. 159. En revanche, il ne faut pas oublier que même dans ce cas-là, il faut déterminer le montant maximal auquel la caution sera tenue. BİLGE, Mesuliyet, p. 116.

¹¹⁷⁹ ATF 63 II 409, 410, c. 4 (= JdT 1938 I 391, 395); CR-MEIER, art. 499, n. 4; BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 3. On peut donner comme exemple l'augmentation conventionnelle du taux d'intérêt, la modification ou l'avancement de la date d'exigibilité, la renonciation du débiteur aux exceptions (art. 502 II CO). CR-MEIER, art. 499, n. 8. « L'article 178 II CO apparaît comme une disposition de droit impératif qui n'admet pas la validité d'une clause par laquelle la caution déclare d'avance consentir à n'importe quel changement de débiteur en cas reprise de dette. » ATF 63 II 409, 413, c. 4a (= JdT 1938 I 391, 397). Yargıtay a admis que la caution qui s'est engagée pour le loyer n'est plus responsable si les parties au contrat de bail décident d'augmenter la durée de ce dernier [6. HD, E. 1974/427, K. 1974/476, T. 7.2.1974 (cité par OLGAC, Kefalet, p. 78), 4. HD, E. 11400, K. 1806, T. 26.2.1971, (cité par OLGAC, Akit, p. 523)] malgré la clause suivante : « je me porte caution solidaire pendant que le locataire (débiteur principal) habite dans cet appartement. » En effet, selon Yargıtay, le contrat de bail était prévu pour une seule

614. La caution répond non seulement de la dette principale, mais aussi de ses accessoires. L'alinéa 2 de l'article 499 CO nous fournit trois sortes de dettes accessoires que la caution est tenue d'assurer. Sauf convention contraire¹¹⁸⁰ :

- La caution répond des suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur (soit les dommages-intérêts positifs)¹¹⁸¹. Elle n'est en revanche pas tenue du dommage résultant de la caducité du contrat (c'est-à-dire les dommages-intérêts négatifs) et n'encourt une peine conventionnelle que si cela a été expressément convenu (art. 499 II 1 CO)¹¹⁸².
- Elle répond également, et toujours dans les limites du montant maximal¹¹⁸³ des frais de poursuite¹¹⁸⁴ et des actions intentées contre le débiteur¹¹⁸⁵, pourvu qu'elle ait été mise, en temps utile¹¹⁸⁶, à même de les prévenir en désintéressant le créancier¹¹⁸⁷,

année et que la caution doit pouvoir déterminer l'étendue de son obligation. 13. HD, E. 1974/1640, K. 1974/1443, T. 13.6.1974 (cité par OLGAC, Kefalet, p. 55).

¹¹⁸⁰ Convention pouvant avoir lieu sans respecter la forme si elle porte à la limitation de cette responsabilité. CR-MEIER, art. 499, n. 6.

¹¹⁸¹ BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 6; BİLGE, Mesuliyet, p. 119; KARAHASAN, p. 1241; OFTINGER, Haftung, p. 186 ss, 194 ss. Par exemple, les frais d'exécution (art. 98 I et III CO), les dommages-intérêts positifs (art. 97 I, 98 II, 107 II, 206 II, 258 II CO), l'indemnité pour cause d'exécution tardive et responsabilité pour cas fortuit ou l'intérêt moratoire et réparation du dommage supplémentaire imputable à faute (art. 103-106, 107 CO). CR-MEIER, art. 499, n. 9; BİLGE, Mesuliyet, p. 144. La caution peut se soustraire à sa responsabilité si elle prouve que le débiteur s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part ou que le cas fortuit aurait atteint la prestation garantie au détriment du créancier même si le débiteur s'était exécuté à temps (art. 103 II CO). Elle est en revanche toujours tenue aux intérêts moratoires. REİSOĞLU, Kefalet, p. 162.

¹¹⁸² BK-GIOVANOLI, art. 499, n. 12; BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 6; GUT, p. 15 ss; BİLGE, Mesuliyet, p. 108 ss, 119 ss; TANDOĞAN, II, p. 775; KARAHASAN, p. 1241; REİSOĞLU, Kefalet, p. 161. En effet, ces prétentions ne relèvent pas de la substance de la dette principale garantie par la caution. La caution ne garantit que l'exécution; ce qui revient à dire qu'elle ne répond ni des dommages-intérêts négatifs, ni de *culpa in contrahendo*, ni des vices de consentement. CR-MEIER, art. 499, n. 9; GUT, p. 15; BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 6; WIEGAND, Bürgschaft, p. 188. Voir aussi OFTINGER, Haftung, p. 188.

¹¹⁸³ CR-MEIER, art. 499, n. 11; BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 8; BK-GIOVANOLI, art. 499, n. 13; BİLGE, Mesuliyet, p. 145 ss; KARAHASAN, p. 1242.

¹¹⁸⁴ Par exemple, les frais de commandement de payer, de la mainlevée de l'opposition, de l'action en libération de dette ou de la faillite.

¹¹⁸⁵ Par exemple, les frais et dépens ou les honoraires d'avocat.

¹¹⁸⁶ Le créancier doit les engager de bonne foi et à bon escient. CR-MEIER, art. 499, n. 11; BK-GIOVANOLI, art. 499, n. 13. En d'autres termes, ces frais doivent être

ainsi que, le cas échéant, des frais occasionnés par la remise de gages et le transfert de droits de gage¹¹⁸⁸ (art. 499 II 2 CO).

- Elle est tenue à des intérêts conventionnels à concurrence des intérêts courants pour l'année et des intérêts échus d'une année ; le cas échéant, de l'annuité courante et d'une annuité échue (art. 499 II 3 CO). Il s'agit ici des intérêts conventionnels. Les intérêts moratoires convenus conventionnellement par les parties sont couverts en vertu du chiffre 1 et non pas du chiffre 3¹¹⁸⁹, ce qui veut dire qu'il n'y a pas une limite de temps pour ces derniers¹¹⁹⁰.

615. Selon l'alinéa 3 du même article qui régit une « *gesetzliche Präsumption* »¹¹⁹¹, la caution ne répond que des engagements du débiteur qui sont postérieurs à la souscription du cautionnement, à moins que les parties n'y dérogent ou que les circonstances¹¹⁹² ne permettent le contraire (art. 499 III CO). La caution s'engage dès lors à procurer un nouveau crédit au débiteur¹¹⁹³. Le créancier qui veut faire prévaloir le cautionnement pour les dettes déjà existantes doit apporter la preuve de cette

engagés de manière opportune (*billigerweise*) et à une occasion opportune. BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 8.

¹¹⁸⁷ Le créancier qui ne veut pas que les frais engagés demeurent à sa charge doit informer la caution des démarches qu'il a l'intention d'effectuer et lui fixer un délai pour décider de payer elle-même la dette principale. CR-MEIER, art. 499, n. 11. Ces frais ne sont pas imputés sur le montant de responsabilité. La caution ne répond pas de tels frais faits envers les cocautions. CR-MEIER, art. 499, n. 12 ; BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 8 ; BK-GIOVANOLI, art. 499, n. 13.

¹¹⁸⁸ Conformément aux devoirs que lui imposent les articles 503 III et 507 CO. BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 9.

¹¹⁸⁹ BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 6, 10 ; BECK, art. 499, n. 26 ; GUT, p. 20 ; ATF 105 II 229, 233 ss, c. 4b (= JdT 1980 I 280, 284).

¹¹⁹⁰ CR-MEIER, art. 499, n. 14.

¹¹⁹¹ BK-GIOVANOLI, art. 499, n. 22. Il s'agit d'une présomption réfragable (*eine widerlegbare Vermutung*). ATF 128 III 434, 439, c. 3.4.

¹¹⁹² Il en va ainsi lorsque la caution se porte garante pour renforcer une autre sûreté déjà existante. BK-GIOVANOLI, art. 499, n. 22.

¹¹⁹³ TERCIER, Contrats, p. 877, n. 6098 ; CR-MEIER, art. 499, n. 17. En doctrine turque, malgré l'absence d'une telle disposition, on admet également la même présomption car se porter caution pour une dette déjà existante est plus risqué que de se porter caution pour une dette future. Dans le premier cas, il est fort probable que le créancier demande une sûreté parce que le risque d'inexécution s'est aggravé. REİSOĞLU, Kefalet, p. 13 ; TANDOĞAN, II, p. 720.

volonté d'élargir le champ d'application de la garantie à ces dernières¹¹⁹⁴. C'est d'après les considérations économiques plutôt que juridiques qu'on décidera si la créance garantie est postérieure au cautionnement ou non¹¹⁹⁵.

616. Enfin, il sied de noter que la règle relative à la limite maximale de la responsabilité de la caution n'est pas applicable quand la caution elle-même est en demeure de paiement. Dans ce cas, elle devra payer au-delà de l'indication numérique figurant dans l'acte, car son obligation s'aggrave avec les intérêts moratoires (art. 104 CO)¹¹⁹⁶.

B. Garantie indépendante

617. Les articles qui régissent l'étendue de l'obligation de la caution ne s'appliquent pas à l'étendue de l'obligation du garant. L'étendue de

¹¹⁹⁴ Il doit établir au moins la preuve selon laquelle la caution avait connaissance de l'existence de ces engagements et de leur étendue au moment de la conclusion du contrat. CR-MEIER, art. 499, n. 18 ; BECK, art. 499, n. 37.

¹¹⁹⁵ JdT 1993 III 34, 37, c. 5 ; TERCIER, Contrats, p. 877, n. 6099. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 12. A l'exemple d'une garantie donnée pour un compte courant, à chaque fois qu'on arrête et reconnaît le solde, une novation a lieu. Il s'agit là d'une nouvelle dette, au sens juridique, et une d'ancienne dette, au sens économique. La caution répond de cette dette de solde sauf convention contraire. ATF 44 II 255, 261 ss, c. 2 (= JdT 1919 I 16, 22 ss) ; ATF 40 II 249, 251 ss, c. 3 (= JdT 1914 I 590, 593 ss) ; TERCIER, Contrats, p. 877, n. 6099 ; CR-MEIER, art. 499, n. 19 ; BaK-PESTALOZZI, art. 499, n. 13. « Il en ira de même lorsqu'un créancier accorde un nouveau crédit (la dette est juridiquement nouvelle) destiné à payer une dette ancienne auprès du même créancier (l'engagement est économiquement ancien) ou lorsqu'une créance de prix est novée en prêt : CO 499 III trouvera application dans ces situations ». CR-MEIER, art. 499, n. 19.

¹¹⁹⁶ 19. HD, E. 2003/4787, K. 2003/6447, T. 16.6.2003 (Yargı Dünyası, Ağustos 2003, no. 92, p. 81) ; 19. HD, E. 2001/3904, K. 2001/4517, T. 11.6.2001 (Yargı Dünyası, Mayıs 2002, no. 77, p. 111) ; 11. HD, E. 3178, K. 5162, T. 7.10.1991 (cité par ERİŞ, p. 116, n. 29) ; 11. HD, E. 3754, K. 5708, T. 31.10.1991 (cité par ERİŞ, p. 118, n. 33) ; 11. HD, E. 3146, K. 4972, T. 1.10.1991 (cité par ERİŞ, p. 115, n. 28) ; 11. HD, E. 3069, K. 4647, T. 17.9.1991 (cité par ERİŞ, p. 115, n. 27) ; 11. HD, E. 1990/1096 K. 1991/2766, T. 30.4.1991 (Yasa Dergisi, Temmuz 1991, v. XIV, p. 1003) ; 11. HD, E. 515, K. 1914, T. 18.3.1991 (cité par ERİŞ, p. 114, n. 26) ; 12. HD, E. 8249, K. 1240, T. 5.2.1991 (cité par ERİŞ, p. 114, n. 25) ; 11. HD, E. 4535, K. 7847, T. 6.12.1990 (cité par ERİŞ, p. 112, n. 22) ; 11. HD, E. 7988, K. 6132, T. 9.11.1989 (cité par ERİŞ, p. 109, n. 16) ; 11. HD, E. 1988/5690, K. 1989/2183, T. 11.4.1989 (cité par ERDEM, Özel, p. 534, n. 176) ; 11. HD, E. 5.12.1988 E. 1988/2597 K. 1988/7405 (Yasa Dergisi, Mart 1990, v. XIII, p. 432) ; 11. HD, E. 986/2111, K. 986/2772, T. 8.5.1986 (YKD 1987, v. XIII, p. 569).

l'obligation du garant n'est déterminée que par la convention des parties. En règle générale, les parties au contrat de garantie déterminent une somme forfaitaire ou un montant maximal. Dans les deux cas, l'obligation du garant ne peut pas dépasser cette limite, elle est la seule déterminante.

618. Lorsqu'il s'agit d'une garantie avec un montant prédéterminé, les modifications postérieures de la dette principale n'affectent pas celle du garant dans la mesure où l'obligation du garant est indépendante. Elle ne suit pas par exemple la diminution de la dette principale, à moins qu'il existe une clause de réduction.

619. Si la garantie ne prévoit aucune limite de montant, mais uniquement une obligation du garant de dédommager le bénéficiaire, il faudra admettre que le garant est tenu de réparer le dommage positif, c'est-à-dire à la réparation du dommage subi par le bénéficiaire pour inexécution du contrat de base¹¹⁹⁷.

620. Une question se pose : « est-ce que l'article 499 III CO peut s'appliquer aux garanties indépendantes ? » A notre avis, rien n'empêche l'application par analogie de cette disposition aux garanties indépendantes. La *ratio legis* de l'article ne dépend pas du caractère accessoire du cautionnement, mais régit une présomption en vertu de laquelle la caution s'engage à procurer un nouveau crédit au débiteur¹¹⁹⁸. Cette présomption est également admise pour les garanties indépendantes. Dans la plupart des cas, la fourniture de la garantie indépendante est la condition de la conclusion du contrat de base, comme la fourniture du crédit par une banque par exemple. En cas de doute, il faudra donc présumer que le garant s'est engagé pour les dettes postérieures à la fourniture de la garantie.

IV. Réduction du montant auquel le garant est tenu

A. Cautionnement-réduction légale

621. Pour éviter que la caution soit liée trop longtemps par son engagement, l'article 500 CO prévoit une réduction à la dette de celle-ci

¹¹⁹⁷ Les parties peuvent prévoir qu'il est également responsable des dommages-intérêts négatifs.

¹¹⁹⁸ Voir *supra*, n. 615.

lorsqu'elle est une personne physique¹¹⁹⁹. Cette réduction est l'expression de l'usage commercial selon lequel les dettes cautionnées sont l'objet d'amortissements périodiques¹²⁰⁰. A côté de l'article 509 III CO, fixant une durée maximale du cautionnement à vingt ans, celui-ci tend à alléger, voire à éliminer totalement la charge de la caution¹²⁰¹.

622. Selon l'article 500 I première phrase CO, le montant maximal de la garantie est réduit périodiquement (il s'agit d'une réduction légale annuelle du montant de garantie)¹²⁰² de 3% chaque année quelle que soit l'évolution de la dette principale, ce taux est réduit à 1% si la créance cautionnée est en même temps garantie par un « gage immobilier ». Les taux sont toujours calculés sur le montant initial de la garantie et non sur le nouveau montant réduit au fil des années¹²⁰³. C'est une règle dispositives qui peut être écartée, et qui l'est d'ailleurs systématiquement¹²⁰⁴ par les conventions bancaires. Une dérogation subséquente doit revêtir la forme prescrite pour le cautionnement, car elle a pour effet d'aggraver la situation juridique de la caution¹²⁰⁵.

623. Cependant, la dernière phrase de l'alinéa premier de l'article 500 CO prévoit que dans tous les cas le montant dont est tenue une personne physique à titre de caution diminue au moins dans la même proportion que

¹¹⁹⁹ Le législateur n'a pas voulu protéger les personnes morales : ni les sociétés en nom collectif ni les sociétés en commandite ne bénéficient de cette réduction légale. CR-MEIER, art. 500, n. 1 ; BaK-PESTALOZZI, art. 500, n. 2 ; BK-GIOVANOLI, art. 500, n. 3 ; BECK, art. 500, n. 4. Voir aussi GUT, p. 47.

¹²⁰⁰ TERCIER, Contrats, p. 876, n. 6090.

¹²⁰¹ CR-MEIER, art. 500, n. 1 ; BK-GIOVANOLI, art. 500, n. 1, 4.

¹²⁰² CR-MEIER, art. 500, n. 2, 3.

¹²⁰³ CR-MEIER, art. 500, n. 3 ; BK-GIOVANOLI, art. 500, n. 4 ; GUT, p. 48.

¹²⁰⁴ TERCIER, Contrats, p. 876, n. 6092 ; CR-MEIER, art. 500, n. 7 ; KADERLI, p. 241 ; WIEGAND, Bürgschaft, p. 186 ; BaK-PESTALOZZI, art. 500, n. 6. En revanche, pour Wiegand, une clause qui prévoit que, « *der Bürge verzichtet auf die Gesetz vorgesehene Verringerung des Haftbetrages infolge Zeitablaufes. Die Verpflichtung des Bürgen dauert in vollem Umfang so lange, als die Bank mit dem/den Hauptschuldner/n in Geschäftsbeziehung steht, mag auch ein erteilter Kredit vorübergehend abbezahlt sein oder sonst zeitweilig nicht beansprucht werden.* » ne doit pas être considérée comme valable. Elle pourrait peut-être être interprétée comme une garantie indépendante, mais pas comme un cautionnement, car le caractère accessoire de ce contrat se perd suite à une telle clause. WIEGAND, Akzessorietät, p. 44 ss.

¹²⁰⁵ CR-MEIER, art. 500, n. 7 ; BK-GIOVANOLI, art. 500, n. 2 ; BaK-PESTALOZZI, art. 500, n. 6.

la dette garantie. Cette disposition est impérative, on ne peut donc pas y déroger au détriment de la caution¹²⁰⁶.

624. Si la dette de la caution diminue en raison de la diminution de la dette principale, elle ne peut être ré-augmentée suite à la ré-augmentation de celle-ci, même si le nouveau montant reste dans les limites de la somme garantie initialement¹²⁰⁷. Pour que la ré-augmentation affecte le cautionnement, les parties doivent convenir d'un nouveau cautionnement¹²⁰⁸.

625. Selon l'article 500 II CO, « font exceptions les cautionnements de dettes de droit public envers la Confédération ou ses établissements de droit public ou envers un canton, comme les droits de douane, les impôts et autres droits semblables, et les cautionnements de transport, ainsi que les cautionnements d'officiers publics et d'employés et les cautionnements de dettes à montant variable¹²⁰⁹, comme les comptes courants et les contrats de vente par livraisons successives, et de prestations périodiques¹²¹⁰. »

B. Garantie indépendante-réduction conventionnelle

626. Il n'y a aucune disposition consacrée à la réduction de la dette du garant. L'article 500 CO sur la réduction de la garantie en cas de cautionnement n'est pas applicable à la garantie indépendante.

¹²⁰⁶ TERCIER, *Contrats*, p. 876, n. 6093 ; LOMBARDINI, p. 605, n. 129. Une convention contraire tendant à limiter ou à exclure totalement cette réduction est sans effet. BK-GIOVANOLI, art. 500, n. 6 ; BaK-PESTALOZZI, art. 500, n. 6. C'est une règle qui peut poser certains problèmes, par exemple, quand une dette est garantie pour moitié par une caution et pour l'autre moitié par un portefeuille de titre. Dans une telle situation, si le créancier décide de vendre les titres mis en gage, la dette tombera à 50%, ce qui provoquera proportionnellement une diminution de la dette de la caution de 50%. Le créancier essuiera alors une perte de 25%. GUGGENHEIM, *Bancaire*, p. 319.

¹²⁰⁷ CR-MEIER, art. 500, n. 4.

¹²⁰⁸ BaK-PESTALOZZI, art. 500, n. 4.

¹²⁰⁹ On donne comme exemple les comptes courants et les contrats de vente par livraisons successives, car un amortissement régulier et linéaire n'est guère convenable dans le cadre de ces deux contrats. CR-MEIER, art. 500, n. 6 ; BK-GIOVANOLI, art. 500, n. 5.

¹²¹⁰ Par exemple, les cautionnements de loyers et fermages, d'intérêts, de rentes, de salaires ou d'acomptes dans un contrat de vente par acompte. CR-MEIER, art. 500, n. 6 ; BaK-PESTALOZZI, art. 500, n. 5.

627. En revanche, il est possible que les contrats de garantie comprennent des clauses de réduction. La clause peut prévoir, par exemple, que le montant de la sûreté peut être réduit sur la base d'un calcul proportionnel, ou que la garantie ne s'éteindra que pour une certaine partie, respectivement pour un certain pourcentage de son montant, dans la mesure où le donneur d'ordre présente des documents qui attestent l'exécution partielle du contrat de base¹²¹¹.

628. Le contrat de garantie peut encore prévoir que tout paiement effectué par le donneur d'ordre diminue le montant de la garantie. Le montant dont le garant est tenu ne peut pas être réduit si les parties n'ont pas prévu une telle clause de réduction, car la garantie est un contrat indépendant¹²¹². En revanche, le bénéficiaire ne peut faire appel pour un montant qui dépasse sa perte patrimoniale, sinon son appel est abusif.

629. En matière de garantie de remboursement d'acompte par exemple, on voit souvent que, lorsque les parties se sont mises d'accord sur des livraisons partielles, la garantie prévoit une diminution automatique d'un pourcentage déterminé de la valeur de la facture de chaque livraison. Au fur et à mesure que l'exécution du contrat avance, l'acompte diminue pour s'éteindre progressivement¹²¹³.

630. Suite à une diminution sur le montant de la sûreté, il n'est pas possible de le ré-augmenter sans que le garant et le bénéficiaire n'en conviennent.

¹²¹¹ De telles clauses de réduction automatique se trouvent souvent dans les garanties d'acomptes ou les garanties de bonne exécution. DOHM, *Garantie*, p. 95, n. 179. Voir aussi SPAINI, p. 22, 268 ss ; LOGOZ, p. 102 ; BÜSSER, p. 354 ss, n. 1175 ss. Selon l'article 8 des RUGD, « une garantie peut comporter une disposition expresse stipulant qu'elle pourra être réduite d'un montant ou des montants spécifiés ou déterminables à une date ou des dates spécifiées ou contre présentation au garant d'un document ou de documents stipulés à cette fin dans la garantie. » GOODE, p. 63, SBS, p. 69.

¹²¹² DOHM, *Garantie*, p. 95, n. 178 ss ; LOGOZ, p. 102 ; BÜSSER, p. 354, n. 1173.

¹²¹³ De GOTTRAU, I, p. 12.

V. Conditions de l'obligation

A. Cautionnement

631. Comme tout autre contrat, le cautionnement donne au créancier le droit d'actionner la caution en exécution. Mais, en ce qui concerne les conditions, le caractère accessoire du cautionnement engendre une différence par rapport à toute autre relation contractuelle : le créancier qui recherche la caution doit prouver tantôt l'existence de l'obligation de la caution, tantôt celle de l'obligation du débiteur principal¹²¹⁴.

1. Conditions relatives à l'obligation principale

632. Il y a deux conditions relatives à l'obligation principale. Selon la première, il faut que la dette garantie ne soit pas sujette à exception. En d'autres termes, selon l'article 502 I CO, la caution a le droit et l'obligation d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. Et ce, bien que le débiteur principal ait renoncé à les opposer au créancier. Pour que la caution soit tenue de payer celui-ci, il faut donc qu'il n'existe aucune exception que le débiteur principal puisse opposer au créancier.

633. La deuxième condition est que la dette principale soit exigible pour que la caution puisse être recherchée. C'est aussi une conséquence logique de l'accessoriété, ou, comme le dit Tercier, « l'accessoriété dans le temps »¹²¹⁵. En principe, l'exigibilité de la dette principale rend également exigible la dette de la caution. Elles sont simultanées¹²¹⁶. Cependant, la loi y apporte deux exceptions, qui ont pour effet d'accorder à la caution une exception dilatoire en dépit de l'exigibilité de la dette principale¹²¹⁷ :

¹²¹⁴ ATF 122 III 125, 127, c. 2b (= JdT 1998 II 82, 84) ; ATF 23 I 349, 361, c. 2 ; TERCIER, Contrats, p. 879, n. 6112 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 4 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 492, n. 21 ; BECK, art. 492, n. 94 ; OLGAC, Kefalet, p. 13.

¹²¹⁵ « C'est pourquoi la caution profite du sursis accordé par le créancier au débiteur principal. » TERCIER, Contrats, p. 881, n. 6124. Voir aussi TOBLER, p. 78 ; YAVUZ, p. 788. Il n'est pas nécessaire en revanche que le débiteur soit en demeure. CR-MEIER, art. 501, n. 1.

¹²¹⁶ BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 3 ; BK-GIOVANOLI, art. 501, n. 1.

¹²¹⁷ CR-MEIER, art. 501, n. 3.

634. Selon la première exception qui se dégage de l'article 501 I CO, la caution ne peut être contrainte de payer avant le terme fixé pour le paiement de la dette, même si l'exigibilité est avancée par suite de la faillite du débiteur¹²¹⁸. Etant donné le caractère impératif de cette disposition, les parties au cautionnement ne peuvent pas rendre exigible la dette de la caution avant celle du débiteur principal¹²¹⁹. « Si les parties se sont exceptionnellement réservées le droit de dénoncer le contrat de cautionnement (ce qui aura pour effet de rendre la dette du cautionnement exigible), une telle dénonciation reste sans effet sur l'exigibilité de la dette principale. La caution ne pourra donc pas être recherchée avant que celle-ci ne soit exigible elle aussi. »¹²²⁰.

635. En revanche, la faillite de la caution rend sa dette exigible malgré l'absence d'exigibilité de la dette principale (art. 215 I LP, 202 LPtr) ; il faut toutefois que la dette principale existe¹²²¹.

636. La deuxième exception est prévue par l'alinéa trois de l'article 501 III CO. Si l'exigibilité de la dette est subordonnée à un avertissement préalable du créancier ou du débiteur, le délai ne court, pour la caution, qu'à partir du jour où l'avertissement lui est signifié.

¹²¹⁸ En principe, la faillite du débiteur principal, qui rend ses dettes (donc la dette principale) exigibles (art. 208 LP), devrait rendre également exigible la dette de la caution. Mais, l'exception apportée par l'article 501 I CO prévoit que l'exigibilité de la dette de la caution reste fixée au terme prévu initialement pour l'obligation principale. Il s'agit d'une règle générale exceptionnelle qui n'est applicable qu'aux cautionnements pour un temps déterminé ; ce qui revient à dire qu'en matière de cautionnement de durée indéterminée la faillite du débiteur principal rend la dette de la caution exigible. Dans tous les cas, la caution perd les bénéfices de discussion par suite de la faillite du débiteur. En outre, puisque le cautionnement vise à garantir au créancier l'insolvabilité du débiteur, la dette principale garantie continuera à porter intérêts en ce qui concerne la caution, bien que les intérêts cessent de courir à l'égard du débiteur principal (art. 209 I LP). CR-MEIER, art. 501, n. 6, 7 ; BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 3, 4. Voir aussi BK-GIOVANOLI, art. 501, n. 7.

¹²¹⁹ BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 5 ; GRASSINGER, p. 187. Les parties peuvent cependant convenir de différer l'exigibilité de la dette de la caution sans respecter aucune forme. BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 5.

¹²²⁰ Les alinéas 510 III-V CO s'appliqueront dans le cas d'un cautionnement pour un temps déterminé qui est dénonçable. CR-MEIER, art. 501, n. 4 ; BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 5.

¹²²¹ CR-MEIER, art. 501, n. 5 ; BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 6. La masse en faillite peut retenir le dividende jusqu'à ce que les éventuels gages et poursuites du débiteur principal aient été préalablement réalisés en cas de cautionnement simple. ATF 42 III 475, 479 ss, c. 3 (= JdT 1917 III 55, 59 ss).

2. Conditions relatives au cautionnement

637. Selon la première condition, la dette de la caution, distincte de la dette principale, ne doit pas être sujette à exception. Ces exceptions peuvent résulter du droit des obligations en général, comme les vices de consentement, la prescription ou la compensation. Une deuxième catégorie d'exceptions que la caution a le droit d'opposer au créancier résulte du droit du cautionnement et comprend les moyens relatifs au vice de forme (art. 493 CO)¹²²², aux effets du cautionnement [bénéfice de division (art. 497 CO)¹²²³, responsabilité limitée au montant total indiqué dans l'acte du cautionnement (art. 499 I CO)¹²²⁴], au défaut de consentement du conjoint (art. 494 CO)¹²²⁵, à l'absence ou à la libération de la caution conjointe (art. 497 III CO)¹²²⁶ et à la libération de la caution (art. 503 ss et 509 III CO).

638. Dans cette deuxième catégorie d'exceptions, il existe également des exceptions qui résultent des effets du cautionnement et qui sont différentes selon le type de cautionnement, par exemple les bénéfices de discussion personnelle et réelle (art. 495, 496 II CO)¹²²⁷. Explicitement, si le cautionnement est simple, la caution dispose de tous ces bénéfices, ce qui n'est pas le cas pour le cautionnement solidaire¹²²⁸.

639. La deuxième condition prévoit que le cautionnement doit être exigible. Comme nous l'avons vu, la caution ne peut être contrainte de payer avant le terme fixé pour le paiement de la dette, même si l'exigibilité est avancée par suite de la faillite du débiteur¹²²⁹. En outre, selon l'article 501 III CO, si l'exigibilité de la dette est subordonnée à un avertissement préalable de la part du créancier ou du débiteur, le délai ne court, pour la caution, qu'à partir du jour où l'avertissement lui est signifié. Tant que la signification ne lui a pas été faite et que le délai fixé

¹²²² Voir *supra*, n. 274 ss.

¹²²³ Voir *infra*, n. 758 ss.

¹²²⁴ Voir *supra*, n. 612 ss.

¹²²⁵ Voir *supra*, n. 337 ss.

¹²²⁶ Voir *supra*, n. 410 ss.

¹²²⁷ Voir *infra*, n. 748, 753.

¹²²⁸ Ces bénéfices vont être examinés de manière détaillée. Voir *infra*, n. 748 ss.

¹²²⁹ Voir *supra*, n. 634.

n'a pas expiré¹²³⁰, la caution a le droit de s'opposer au paiement pour cause d'inexigibilité de la dette de cautionnement¹²³¹.

3. Suspension de la poursuite

640. Outre les conditions que nous venons de citer, la nouvelle loi relative au cautionnement prévoit encore une possibilité pour la caution de suspendre la poursuite dirigée contre elle afin de renforcer la nature subsidiaire de l'institution¹²³². Selon l'article 501 II CO, quelle que soit la nature du cautionnement, la caution peut, en fournissant des sûretés d'ordre réel¹²³³, demander au juge de suspendre la poursuite dirigée contre elle jusqu'à ce que tous les gages¹²³⁴ aient été réalisés et qu'un acte de défaut de biens définitif ait été délivré contre le débiteur (art. 115, 149, 265 LP), ou qu'un concordat ait été conclu (art. 293 ss, 306 LP)¹²³⁵. A la fin de la suspension, le créancier a le choix entre continuer la poursuite entamée contre la caution ou introduire une poursuite en réalisation des

¹²³⁰ Ce délai se calcule selon les dispositions générales (art. 76 ss. CO). BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 12.

¹²³¹ Elle peut l'opposer jusqu'à l'échéance du délai de prescription selon l'article 127 ss CO. CR-MEIER, art. 501, n. 17.

¹²³² Cet article n'existe pas dans le Code actuel des obligations turc, mais existe dans le projet de loi révisant le Code des obligations turc. (art. 595 II PCOTr).

¹²³³ Les sûretés personnelles ne remplissent pas la condition de l'article cité. Quant aux sûretés d'ordre réel, telles que, par exemple, les gages mobiliers, les gages immobiliers, les gages sur les créances et autres droits, les transferts de la propriété à des fins de garantie ou les dépôts d'espèces ou de titres. CR-MEIER, art. 501, n. 11 ; TERCIER, *Contrats*, p. 882, n. 6137 ; BK-GIOVANOLI, art. 501, n. 14 ; BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 8. « ...grundsätzlich Realsicherheiten jeder Art denkbar. » HOMBERGER, p. 5 ss. Les sûretés doivent couvrir l'intégralité de la somme garantie. BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 9 ; BK-GIOVANOLI, art. 501, n. 13. Mais, la doctrine admet qu'une couverture de la quote-part de la caution dans les cautionnements conjoints simples et les cautionnements conjoints solidaires est suffisante pour autant que la caution puisse opposer le bénéfice de division. CR-MEIER, art. 501, n. 12 ; BK-GIOVANOLI, art. 501, n. 14. Voir aussi WEGELIN, p. 64 ss. En outre, si la somme de la dette principale est inférieure à celle de la dette de la caution, c'est la première qui doit être prise en considération après avoir ajouté les accessoires. CR-MEIER, art. 501, n. 12.

¹²³⁴ Il s'agit des gages garantissant la créance cautionnée au sens de l'article 503 I CO.

¹²³⁵ Ces deux conditions sont cumulatives. CR-MEIER, art. 501, n. 14 ; BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 11 ; BK-GIOVANOLI, art. 501, n. 16.

gages pour les sûretés que la caution a fournies pour obtenir la suspension¹²³⁶.

641. C'est une règle impérative¹²³⁷ qui donne à la caution un moyen dont elle peut se servir pour tous les types de cautionnement¹²³⁸, à tout stade de la poursuite¹²³⁹, pour autant que le commandement de payer lui ait déjà été notifié¹²⁴⁰. Une poursuite est nécessaire pour que la caution dispose de ce moyen, une action en justice n'est ni suffisante ni nécessaire¹²⁴¹.

642. Le moyen reconnu à la caution par la nouvelle loi ne présente un intérêt que si la caution a épuisé ses autres exceptions, notamment le bénéfice de discussion réelle portant sur les sûretés déjà existantes¹²⁴².

4. Art. 303 LP (art. 295 LPtr)

643. En outre, la procédure concordataire peut exercer une influence particulièrement forte sur l'obligation de la caution. Selon l'article 303 I LP *a contrario*, disposition visant à protéger les coobligés, cautions et garants du débiteur¹²⁴³, le créancier qui adhère au concordat perd en principe ses droits contre ces derniers. Il peut toutefois les sauvegarder de deux manières¹²⁴⁴ :

¹²³⁶ CR-MEIER, art. 501, n. 15 ; BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 10 ; BK-GIOVANOLI, art. 501, n. 18 ; TERCIER, Contrats, p. 882 ss, n. 6141.

¹²³⁷ CR-MEIER, art. 501, n. 9 ; BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 2 ; BK-GIOVANOLI, art. 501, n. 5a, 12.

¹²³⁸ CR-MEIER, art. 501, n. 10 ; BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 7 ; TERCIER, Contrats, p. 882 ss, n. 6134.

¹²³⁹ BaK-PESTALOZZI, art. 501, n. 7.

¹²⁴⁰ « Par exemple, après la mainlevée d'opposition ou après le rejet de l'action en libération de dette ; il doit l'être avant que la caution ait été déclarée en faillite ou que le produit de réalisation ait été distribué ». CR-MEIER, art. 501, n. 10 ; TERCIER, Contrats, p. 882, n. 6136.

¹²⁴¹ CR-MEIER, art. 501, n. 10 ; TERCIER, Contrats, p. 882, n. 6136.

¹²⁴² CR-MEIER, art. 501, n. 10.

¹²⁴³ « Le législateur a considéré qu'il serait injuste que le créancier n'adhère au concordat que parce qu'il peut s'en prendre au coobligé pour l'entier de la dette, alors que ce dernier, ne pouvant exercer son recours contre le débiteur qu'à concurrence du dividende concordataire, supporte le montant remis. Il serait ainsi facile pour le créancier d'accepter le concordat aux dépens du coobligé et de lui imposer un sacrifice qu'il n'aurait pas consenti lui-même. » ATF 121 III 191, 193, c. 2 (= JdT 1997 II 139, 141 = SJ 1995 718, 719).

¹²⁴⁴ RVJ 2001 299, 303, c. 10a.

- soit en informant les intéressés, au moins dix jours à l'avance, du jour et du lieu de l'assemblée et en leur offrant de leur céder ses droits contre paiement (art. 303 II LP)¹²⁴⁵ ;
- soit en les autorisant à assister à sa place aux délibérations et en s'en remettant à leur décision (art. 303 III LP).

644. Dès lors la suspension pour cause de procédure concordataire peut s'avérer définitive dans la mesure où le créancier adhère au concordat et est déchu dès lors du droit de faire appel à la garantie.

B. Garantie indépendante

645. Les conditions de l'obligation du garant sont déterminées uniquement par la convention entre celui-ci et le débiteur principal. Le garant n'a pas d'obligation de paiement si toutes les conditions formelles de l'appel à la garantie ne sont pas réalisées¹²⁴⁶ ou si, malgré l'existence des conditions formelles, selon la doctrine, l'appel se révèle être clairement abusif¹²⁴⁷. Le garant ainsi que la caution (art. 501 I CO) ne peuvent être contraints à payer avant le terme fixé ni après le terme fixé. La faillite du débiteur principal ne rend pas la garantie exigible. Les parties au contrat de base ne peuvent pas changer la date de l'échéance de la garantie.

646. Si les parties à la garantie n'ont déterminé aucune condition spécifique, la garantie est exigible à partir du moment où le risque se réalise¹²⁴⁸.

¹²⁴⁵ Le créancier qui offre tardivement la cession de ses droits au coobligé ne les perd pas contre lui s'il est établi que le coobligé avait connaissance d'une autre manière de la convocation à l'assemblée et qu'il ne subit aucun préjudice à cause de la tardiveté de l'offre de cession. RVJ 2001 299, 303, c. 10a.

¹²⁴⁶ HORN, p. 91. « *Einen Nachweis, dass sich das gedeckte Risiko tatsächlich verwirklicht hat (materiell Garantiefall), kann der Garant aber zum Zeitpunkt der Zahlungsanforderung und Vorauszahlung regelmässig nicht verlangen.* » Cependant, si le bénéficiaire a causé la survenance du risque, le garant est dès lors libéré selon l'article 2 CC ou bien selon l'article 41 CO, malgré la réalisation des conditions. TANDOĞAN, II, p. 856. Selon cet auteur, dans une telle hypothèse, le refus de paiement de la banque ne provient pas d'une exception provenant du contrat de base, mais du contrat de la garantie lui-même. TANDOĞAN, II, p. 857.

¹²⁴⁷ Voir *infra*, n. 709.

¹²⁴⁸ 13. HD, E. 1995/2878, K. 1995/3954, T. 18.4.1995 (www.kazanci.com.tr). Si le risque n'est pas suffisamment déterminé par le contrat de garantie, on peut recourir au contrat de base pour le déterminer. SPAINI, p. 32. Mais cet auteur suggère de bien déterminer le risque dans la garantie même et d'éviter toutes les références qu'on peut faire au contrat de base.

Dans ce cas, le bénéficiaire doit prouver son dommage. Dans la pratique des affaires, de telles garanties n'ont pas un grand domaine d'application.

647. En ce qui concerne les garanties usuelles, telles que la garantie à première demande et la garantie documentaire, le garant est tenu de payer sans délai au bénéficiaire dès que les conditions de la garantie sont réalisées, autrement dit dès que l'appel à la garantie est formellement et matériellement régulier¹²⁴⁹.

648. En matière de garantie à première demande, par exemple, la seule condition est que le bénéficiaire fasse appel après la survenance du risque. Le garant doit le payer immédiatement¹²⁵⁰. « Tout retard injustifié dans le paiement, toute manœuvre dilatoire non justifiée, même l'introduction d'une procédure en référé, expose le garant à verser des dommages-intérêts au bénéficiaire. »¹²⁵¹ La fixation d'un délai n'est pas nécessaire

¹²⁴⁹ DOHM, Garantie, p. 108, n. 214. Elle n'a en principe même pas le droit d'attendre une réaction de son client – le donneur d'ordre – et ce dernier n'a pas la faculté d'adresser à la banque garante des instructions lui interdisant de payer, sauf à faire valoir l'abus de droit de l'appel à la garantie. TI, Tribunale di appello (II Camera civile, it.), Rép. 1992 259 ss, in : RSDA 1995, p. 31, r44, c. 4. Voir aussi RFJ 1993 296, 302, c. 2b.

¹²⁵⁰ En revanche, la doctrine admet que la banque ne doit pas, et surtout ne peut pas, payer dès qu'elle reçoit la réquisition. Bien au contraire, elle dispose d'un certain temps. Certains auteurs sont d'avis qu'il faut appliquer le délai de 1-3 jours du crédit documentaire, qui serait aussi applicable dans ce cas-là. Cependant, Dohm estime que les vérifications documentaires sont proportionnellement rares et le nombre de documents devant être présentés par le bénéficiaire est en tout cas presque toujours limité et, en conséquence, un jour serait assez pour la banque. DOHM, Garantie, p. 106 ss, n. 210. En revanche, pour Spaini, le délai de trois jours est trop court pour que le donneur d'ordre puisse prouver que le risque n'est pas survenu ou pour qu'il puisse obtenir un « *gerichtliche Zahlungsverbot* ». SPAINI, p. 115. Dans un arrêt, Yargıtay a admis responsabilité du garant de payer des dommages-intérêts parce qu'il n'avait pas payé sa dette envers le bénéficiaire le jour où ce dernier a fait appel et qu'il a refusé de payer ultérieurement pour cause de mesure provisionnelle accordé par le juge. HGK, E. 2001/11-996, K. 2001/1026, T. 14.11.2001 (www.kazanci.com.tr). Voir aussi 12. HD, E. 1973/11568, K. 1973/11307, T. 14.12.1973 (YKD 1975, v. I, no. 8, p. 140). S'il y a une différence entre la date de demande de paiement et le paiement effectif, le garant est tenu de payer les intérêts moratoires. 4. HD, E. 1993/11672, K. 1994/7091, T. 12.9.1994 (www.kazanci.com.tr)

¹²⁵¹ LOGOZ, p. 113 ss. En outre, dans ce dernier cas, il ne peut pas se faire rembourser au donneur d'ordre les dommages-intérêts qu'il a dû payer. HGK, 7.5.1976, E. 1976/12-57, K. 1976/2051, T. 7.5.1976 (cité par OLGAC, Genel, p. 494) ; 12. HD, E. 11307, K. 11568, T. 7.5.1976 (cité par OLGAC, Genel, p. 494). Sur la demeure de la banque, voir aussi DOĞAN, p. 178.

pour que la banque soit mise en demeure. (art. 108 ch. 3 CO)¹²⁵². En outre, si le droit applicable à la garantie bancaire est le droit turc, on peut dire qu'il s'agit d'une affaire commerciale et une présomption de « *Fixgeschäft* » au sens de cet article doit être admise.

649. En matière de garantie documentaire en revanche, le paiement du garant dépend de la fourniture des documents prévus par la garantie par le bénéficiaire¹²⁵³. Si ce dernier ne fournit pas ces documents dans les délais prévus, le garant n'est plus engagé envers lui.

650. Les règles relatives à la suspension de la poursuite dirigée contre la caution (art. 501 II CO) ne peuvent pas s'appliquer à la garantie. De même, le troisième alinéa du même article selon lequel le créancier doit avertir la caution également pour l'exigibilité de sa dette, est une règle qui découle du caractère accessoire du cautionnement. Elle ne peut donc pas s'appliquer aux garanties indépendantes.

651. La procédure concordataire a une influence sur les conditions de l'obligation du garant. En vertu de l'article 303 II *a contrario* LP, le créancier doit informer le garant de la tenue de l'assemblée des créanciers et lui offrir de lui céder ses droits contre paiement¹²⁵⁴. Comme le dit très justement Gilliéron¹²⁵⁵, reprenant sur ce point un arrêt du Tribunal fédéral¹²⁵⁶, « l'art. 303 al. 2 LP [...] vise à protéger le coobligé, dès lors qu'il serait injuste qu'un intervenant qui n'adhère au concordat que parce qu'il peut exercer son recours contre le concordataire qu'à concurrence du dividende ou de la part du produit de la réalisation revenant à l'intervenant, supporte le montant remis ; l'intervenant accepterait ainsi un concordat aux dépens du coobligé en lui imposant un sacrifice qu'il n'aurait pas consenti lui-même ». Dès lors on peut déduire de cette précision du sens de la loi que l'obligation d'annoncer l'assemblée générale des créanciers n'est pas applicable lorsque le garant ne dispose

¹²⁵² KAHYAOĞLU, p. 69. Il va de soi qu'elle ne pourra pas faire un recours envers le contre-garant pour le paiement dû à son retard. KAHYAOĞLU, p. 99. En revanche, selon Dohm, la simple réquisition de paiement n'a pas pour conséquence de mettre en demeure la banque aux termes de l'article 102 II CO. Il faut une interpellation expresse. La nécessité d'une telle mise en demeure reste toutefois très théorique. DOHM, Garantie, p. 109, n. 215.

¹²⁵³ Voir *supra*, n. 123 ss.

¹²⁵⁴ L'article 303 LP, ainsi que les articles 216, 217 LP, est applicable en matière de garantie indépendante. Voir MARCHAND, p. 249 ; GILLIERON, Pierre-Robert, art. 216, n. 21, art. 303, n. 12.

¹²⁵⁵ GILLIERON, art. 303, n. 10.

¹²⁵⁶ ATF 121 III 191, 193, c. 2 (= JdT 1997 II 139, 141).

d'aucun droit de recours contre le débiteur faisant l'objet du concordat, étant donné que le montant du dividende voté n'exerce aucune influence sur les droits du garant qui ne peut rien réclamer à personne. A notre avis, ce ne devrait toutefois pas être le cas pour des raisons ayant trait à la finalité de l'assemblée des créanciers. En effet, le créancier pourrait, sachant qu'il sera de toute façon payé, soit par le dividende, soit par le garant, être tenté d'accepter n'importe quel concordat même si celui-ci est désastreux. Or, le but de la tenue d'une assemblée des créanciers est de s'assurer que le concordat constitue pour ceux-ci une alternative viable, économiquement parlant, à la faillite. Le but de l'art. 303 al. 2 LP n'est donc pas seulement de protéger les garants mais aussi de réaliser le but même de la procédure concordataire. Dès lors que le vote des créanciers est pondéré par le montant des créances produites, il est particulièrement important pour assurer l'effectivité du mécanisme de contrôle, que les personnes ayant à subir les effets du concordat, soit directement soit par ricochet, prennent part à la procédure qui ne se limitera pas ainsi à ne demander l'avis que des créanciers qui peuvent, en cas de garantie, reporter leurs pertes sur des tiers.

652. A notre avis, l'article 215 I LP doit s'appliquer également aux garanties indépendantes, même si le texte légal ne parle que du cautionnement¹²⁵⁷. Le but de cet article est de permettre la liquidation de l'ensemble des dettes du débiteur selon les règles de l'universalité de la faillite prévue à l'article 208 LP, en autorisant le créancier de l'obligation de base à produire sa créance alors même qu'elle n'est pas encore exigible. L'indépendance de la garantie par rapport à l'obligation de base devrait même d'autant plus plaider en faveur de l'application de cet article que l'obligation de garant, assumée par le débiteur en faillite, ne voit pas son régime influencé par les vicissitudes de l'obligation de base¹²⁵⁸.

¹²⁵⁷ En matière d'aval, selon Gillieron, « dès que l'aval est une obligation indépendante, solidaire et cumulative [...], à laquelle les articles 492 et suivants CO ne sont pas applicables [...], il est préférable d'appliquer l'article 208 LP plutôt que l'article 215 LP. » GILLIERON, Pierre-Robert, art. 215, n. 26.

¹²⁵⁸ En ce qui concerne l'article 215 II LP, la subrogation n'a cependant lieu qu'à condition que la garantie prévoit un droit de recours contre le débiteur principal. Si la garantie ne prévoit pas en elle-même une telle possibilité, on ne voit pas pourquoi l'exécution forcée permettrait de péjorer la situation du débiteur principal alors que le droit des obligations ne pourrait pas l'autoriser.

§2 OBLIGATIONS DU GARANT ENVERS LE DEBITEUR PRINCIPAL

653. Dans cette partie, nous allons abandonner la systématique suivie jusqu'ici. Nous examinerons donc tout d'abord les obligations du garant découlant de la garantie indépendante envers le donneur d'ordre, et essayerons ensuite de voir leurs applicabilités en matière de cautionnement. La raison de ce changement de systématique s'explique par le fait que ni le législateur, qui avait le souci de sauvegarder les intérêts de la caution, ni la doctrine ne se sont assez penchés sur les obligations de la caution envers le débiteur principal, tandis que les obligations du garant ont été examinées par la doctrine de manière relativement détaillée.

I. Généralités

654. Le garant s'engage à la demande du débiteur principal. Le contrat entre les parties est en règle générale un mandat¹²⁵⁹. Le résultat de cette qualification est que le garant a un devoir de fidélité envers le débiteur, il doit agir dans l'intérêt de ce dernier (art. 398 II CO).

655. Par principe, on peut dire que le garant doit s'abstenir de tout acte susceptible de porter préjudice au donneur d'ordre dans le cadre de leurs relations d'affaires¹²⁶⁰. Ce devoir de fidélité implique notamment¹²⁶¹ : l'obligation d'émettre la garantie conformément à la volonté du donneur d'ordre, l'obligation de suivre les instructions de celui-ci, le devoir de conseil envers lui, le devoir de l'informer, l'obligation d'examiner l'existence des conditions d'appel à la garantie, l'obligation de ne pas effectuer le paiement en cas d'appel abusif à la garantie et l'obligation d'exécuter personnellement.

¹²⁵⁹ Voir *supra*, n. 144.

¹²⁶⁰ Par exemple, le garant ne doit pas s'opposer à la prorogation d'une garantie pour une durée limitée en arguant d'une dénonciation des crédits octroyés au donneur d'ordre, alors que ce dernier va conclure un accord à l'amiable avec le bénéficiaire. LOGOZ, p. 83.

¹²⁶¹ de GOTTRAU, II, p. 4 ss ; GUGGENHEIM, Bancaire, p. 327 ; LOMBARDINI, p. 294 ss, n. 18 ss ; ROSSI, Garantie, p. 122 ss, n. 383 ss ; DOHM, Garantie, p. 77 ss, n. 122 ss ; ZOBL, p. 48 ; LOGOZ, p. 81 ss ; SPAINI, p. 50 ss.

656. En matière de cautionnement aussi, les règles régissant le mandat sont applicables aux rapports entre ces deux parties, à moins qu'elles ne contredisent les règles du cautionnement.

657. En matière de garantie bancaire indirecte¹²⁶², la banque émettrice a les mêmes obligations¹²⁶³. En d'autres termes, dès qu'on est en présence d'un contrat de garantie indirecte, il y a aussi un rapport de mandat entre la banque de deuxième rang (banque contre-garante) et la banque de premier rang (la banque étrangère). La seconde banque (la banque de premier rang) n'est cependant ni auxiliaire de la banque de deuxième rang (art. 55 et 101 CO)¹²⁶⁴ ni son mandataire substitué au sens des articles 398 III et 399 II CO¹²⁶⁵. En effet, celle-ci exécute le contrat de manière indépendante en agissant en son propre nom. Il existe plutôt une collaboration entre les deux banques¹²⁶⁶. Il en résulte que la première banque n'est responsable que d'une faute commise dans le choix de l'autre banque ou dans les instructions données¹²⁶⁷.

658. Dans cette partie, nous allons essayer de voir l'applicabilité des règles du mandat aux rapports entre le débiteur et la caution.

II. Obligation d'émettre la garantie

A. Garantie indépendante

659. La première obligation du garant est l'émission d'une garantie en faveur du bénéficiaire conformément à la volonté du donneur d'ordre¹²⁶⁸. Si le garant n'exécute pas cette obligation de manière parfaite et si le

¹²⁶² Voir *supra*, n. 99.

¹²⁶³ de GOTTRAU, II, p. 6. Les obligations des parties à la contre-garantie correspondent également aux devoirs des parties au contrat de couverture. LOGOZ, p. 125.

¹²⁶⁴ C'est parce qu'elle agit pour exécuter une obligation propre et non pour exécuter l'obligation incombant à l'autre banque.

¹²⁶⁵ En effet, la banque de deuxième rang ne lui transfère pas le mandat par lequel elle s'est engagée. BÜHLER, p. 134. En d'autres termes, il n'y a pas de relation juridique entre le donneur d'ordre et la seconde banque, ni entre le bénéficiaire et la première banque. SPAINI, p. 19.

¹²⁶⁶ DOHM, Garantie, p. 80 ss, n. 132. En revanche, si la deuxième banque est notificatrice ou confirmatrice, il faut l'admettre comme auxiliaire de la première banque. DOHM, Garantie, p. 81, n. 134.

¹²⁶⁷ DOHM, Garantie, p. 81, n. 134 ; LOGOZ, p. 92.

¹²⁶⁸ SPAINI, p. 48.

donneur d'ordre doit payer des dommages-intérêts, ou s'il doit payer une peine conventionnelle au bénéficiaire pour cause de cette inexécution, le garant sera responsable envers lui selon les articles 97 ss CO.

660. Dans un rapport de garantie indirecte, la première banque garante a également l'obligation de choisir d'une manière fidèle la deuxième banque garante et de s'assurer que cette dernière suive à son tour les instructions du donneur d'ordre qu'elle lui a transmises¹²⁶⁹.

661. En principe, le donneur d'ordre peut révoquer son mandat en tout temps (art. 404 II CO). En revanche, s'il le révoque ou répudie en temps inopportun, il doit toutefois indemniser le garant du dommage qu'il lui a causé (art. 404 II CO). La révocation ne peut cependant plus avoir lieu après l'émission de la garantie, c'est-à-dire après la conclusion du contrat de garantie entre la banque et le bénéficiaire. Une telle révocation sera sans effet, car le mandat d'émettre une garantie aura déjà été exécuté¹²⁷⁰.

B. Cautionnement

662. Comme nous l'avons exposé, la caution s'engage en général à la requête du débiteur principal. Et cela surtout lorsque la caution est un établissement bancaire. Dans ce dernier cas, la banque et le débiteur concluent un contrat préredigé, un « mandat d'émission de cautionnement » ou encore un « ordre de cautionnement »¹²⁷¹.

663. Comme en matière de contrats de garantie indépendante, la première obligation de la caution est d'émettre le cautionnement. Si elle n'exécute pas cette obligation, elle sera responsable envers le débiteur principal (art. 97 ss CO)¹²⁷². De même, selon l'article 404 II CO, le débiteur principal peut révoquer le mandat d'émission d'un cautionnement en tout temps à condition que le cautionnement n'ait pas encore été émis. Si la caution et le créancier ont conclu le cautionnement, le débiteur ne peut plus le révoquer.

¹²⁶⁹ Sur ce sujet, voir KAHYAOĞLU, p. 133 ss ; SPAINI, p. 60 ss.

¹²⁷⁰ KLEINER, p. 181, n. 21.01 ; BÜSSER, p. 74, n. 253 ss ; SPAINI, p. 57.

¹²⁷¹ Voir *supra*, n. 140.

¹²⁷² Voir *supra*, n. 659.

III. Obligation d'exécuter personnellement la garantie

A. Garantie indépendante

664. Le garant ne peut en principe pas faire intervenir un autre garant sans le consentement du donneur d'ordre, car la relation « garant – donneur d'ordre » est une relation de confiance. Il ne peut donc pas émettre une garantie indirecte sauf si celle-ci est expressément autorisée par son client¹²⁷³. Si une banque garante émet une garantie indirecte sans l'autorisation du donneur d'ordre, elle répondra des actes de la deuxième banque comme s'ils étaient les siens (art. 399 I CO). En revanche, si le garant est autorisé à la substitution, sa responsabilité sera limitée au soin avec lequel il a choisi et instruit le tiers (art. 399 II CO)¹²⁷⁴.

B. Cautionnement

665. Le cautionnement donne également lieu à une relation de confiance entre la caution et le débiteur principal. Il faudra dès lors admettre que la caution a l'obligation d'exécuter la promesse personnellement. Les principes posés par l'article 399 CO sont donc applicables au cautionnement.

¹²⁷³ LOMBARDINI, p. 297, n. 31. A notre avis, on peut admettre que la substitution est autorisée selon les circonstances (art. 398 III CO) s'il s'agit d'une garantie indépendante internationale et si les lois du pays du bénéficiaire ne permettent pas à une personne étrangère d'émettre la garantie. Selon Morin aussi, la substitution est possible lorsque l'usage l'autorise et il faut admettre que l'usage l'autorise lorsque le mandant sait d'emblée que le mandataire n'est pas en mesure d'exécuter personnellement le contrat. MORIN, p. 150.

¹²⁷⁴ Dans les deux cas, le donneur d'ordre peut faire valoir directement contre la personne que le garant s'est substitué les droits que ce dernier a contre elle (art. 399 III CO).

IV. Obligation de suivre les instructions du donneur d'ordre

A. Garantie indépendante

666. Le garant doit s'engager conformément aux instructions du donneur d'ordre en tous points (art. 397 CO). A partir du moment où il accepte d'émettre une garantie, il ne peut pas s'écarter des instructions de son client. Il doit les suivre strictement, sans apporter une modification de son propre chef même si elle pense faire une modification équitable ou de façon appropriée, à moins que le donneur d'ordre ne lui donne son accord¹²⁷⁵. Par exemple, si le donneur d'ordre lui a demandé l'émission d'une garantie à première demande, il ne peut émettre une « garantie documentaire »¹²⁷⁶.

667. Au cas où le garant ne serait pas disposé à se conformer aux instructions de son client, il n'a aucune obligation d'accepter le mandat. Mais, dans ce cas-là, il est obligé de déclarer son refus et ce sans délai¹²⁷⁷. Selon Dohm, si une banque garante retarde le processus de prise de décision ou omet d'informer sans délai son client de son refus d'accepter le mandat, elle risque d'être poursuivie par son client en paiement de

¹²⁷⁵ Cependant, il y a une exception apportée par la doctrine au principe absolu du respect des instructions du donneur d'ordre en matière de garantie indirecte. LOGOZ, p. 82 ss ; 92, DOHM, Garantie, p. 79, n. 128. « La banque garante doit, en sa qualité de mandataire, se conformer aux instructions reçues du donneur d'ordre, au moins dans le cas d'une garantie directe (SJ 1997 245, 251, c. 5a). Si la contre-garantie émise en faveur de la banque de premier rang est toujours soumise au droit national du donneur d'ordre, la garantie émise par la banque étrangère en faveur du bénéficiaire est régie par leur droit national. Les législations étrangères prévoient parfois des règles particulières ou des prescriptions administratives peu connues que la banque de premier rang est tenue de respecter. Une modification du texte de la garantie peut donc être nécessaire. La doctrine admet que la banque étrangère est d'une manière générale habilitée à effectuer des modifications de forme mineures, pour autant qu'elles soient imposées par la loi et qu'elles ne touchent pas l'étendue de la garantie. » De même, selon l'article 7 (a) des RUGD, « lorsqu'un garant a reçu pour instructions d'émettre une garantie mais que les instructions sont telles que si elles étaient mises en œuvre le garant serait, en vertu de la loi ou des règlements dans le pays d'émission, dans l'incapacité de respecter les termes de cette garantie, ces instructions ne seront pas exécutées et le garant devra immédiatement informer la partie qui lui a donné les instructions, par télécommunications ou, si ce n'est pas possible, par tout autre moyen rapide, des raisons de cette incapacité, et solliciter de cette partie des instructions appropriées. » GOODE, p. 60, SBS, p. 69.

¹²⁷⁶ TEKINALP, p. 383, n. 94.

¹²⁷⁷ LOMBARDINI, p. 294, n. 18.

dommages-intérêts fondés sur la « *culpa in contrahendo*¹²⁷⁸ ». Il ne faut cependant pas oublier que, dans une telle hypothèse, le contrat de mandat entre le donneur d'ordre et la banque est réputé conclu selon l'article 395 CO, car, pour une banque, l'émission d'une garantie entre dans l'exercice de sa profession.

668. Si le garant est une banque et le débiteur une personne physique qui n'est pas rompue aux affaires, le garant a dans ce cas une obligation de ne pas suivre d'instructions déraisonnables. En effet, selon le Tribunal fédéral, le mandataire spécialiste de son domaine n'est pas tenu par les instructions techniques du mandant¹²⁷⁹. Par conséquent, si la banque s'aperçoit que les instructions du débiteur principal sont déraisonnables, elle doit l'en informer et limiter l'exécution du contrat au strict nécessaire jusqu'à ce que la situation soit clarifiée¹²⁸⁰. Selon le Tribunal fédéral, si le mandant ne change pas d'avis, le mandataire n'a d'autre solution que de s'en tenir aux instructions (déraisonnables) ou de résilier le contrat (art. 404 CO)¹²⁸¹.

669. De son côté, le donneur d'ordre doit fournir tous les documents et les renseignements nécessaires à la banque qui lui servent à apprécier la situation¹²⁸². Toutefois, il est aussi possible et fréquent que le donneur d'ordre se contente de donner des renseignements généraux et de laisser une large marge d'appréciation à la banque qui peut, à son tour, rédiger une proposition. Dans ce cas-là, la banque doit soumettre le projet à son

¹²⁷⁸ DOHM, Garantie, p. 79, n. 127, p. 80, n. 130 ; DOĞAN, p. 135. Le donneur d'ordre doit avoir la possibilité de demander à un autre institut de crédit de délivrer la garantie bancaire nécessaire, dans le délai – normalement court – convenu dans le contrat de base. Voir aussi LOGOZ, p. 82.

¹²⁷⁹ ATF 91 II 438, 439, c. 6a (= rés. JdT 1966 I 190 = rés. SJ 1966 287).

¹²⁸⁰ ATF 108 II 197, 198, c. 2a (= JdT 1982 I 548, 550). Voir *infra*, n. 674.

¹²⁸¹ Voir ATF 124 III 253 (= JdT 1999 I 389). Selon Morin, la conception de l'article 397 CO défendue par le Tribunal fédéral est contradictoire à la *ratio legis* de cet article selon laquelle, à la différence du travailleur, le mandataire n'a pas à se soumettre à un rapport de subordination. Il faudrait interpréter cet article restrictivement en ce sens que cette disposition ne vise que les manifestations de volonté par lesquelles le mandant délimite l'étendue des éventuels pouvoirs du mandataire, conformément à l'article 34 I et II CO. « Toute autre déclaration du mandant quant à ce que le mandataire peut et doit faire dans le cadre du mandat vaut par conséquent comme une offre de régler ou de modifier conventionnellement l'exécution, offre que le mandataire peut librement refuser s'il l'a jugé inopportune ou irréalisable. » MORIN, p. 144. Voir aussi TERCIER, p. 674 ss, n. 4674.

¹²⁸² Le bénéficiaire n'a aucune obligation de fournir des renseignements à la banque bien que la garantie soit délivrée principalement dans son intérêt.

client et recueillir son accord pour le texte final avant de l'envoyer au bénéficiaire¹²⁸³.

670. Enfin, il convient de dire qu'à partir du moment où la garantie est émise, le donneur d'ordre ne peut plus donner de nouvelles instructions modifiant la lettre de garantie sans l'accord du garant et du bénéficiaire¹²⁸⁴.

671. Si la banque ne suit pas les instructions du donneur d'ordre, elle risque de perdre son droit au remboursement des avances et des frais¹²⁸⁵ et de devoir payer des dommages-intérêts¹²⁸⁶.

B. Cautionnement

672. Comme c'est le cas en matière de garantie indépendante, la caution doit émettre sa promesse conformément aux instructions du donneur d'ordre (art. 397 I CO). Si elle ne veut pas s'y conformer, elle doit refuser le mandat sans délai et expressément. A partir de l'émission du cautionnement, le débiteur ne peut plus modifier ses instructions.

673. De même, si la caution est une banque et le débiteur une personne physique qui n'est pas rompue aux affaires, la caution a une obligation de ne pas suivre les instructions déraisonnables.

V. Devoir de conseil vis-à-vis du donneur d'ordre

A. Garantie indépendante

674. Le garant a un devoir de conseil vis-à-vis du donneur d'ordre¹²⁸⁷. Une banque garante doit l'avertir au cas où le contrat de garantie proposé

¹²⁸³ LOMBARDINI, p. 295, n. 22.

¹²⁸⁴ SJ 1997 245, 251, c. 5a. LOGOZ, p. 82. « Il ne ressort en revanche pas du télex que la défenderesse devait aussi obtenir de la demanderesse l'autorisation d'opérer le versement sur le compte indiqué par BCCI [...] cette instruction a été émise plus d'une année après l'émission de la garantie ; elle est du surcroît postérieure d'environ quinze jours à l'appel à la garantie. » SJ 1997 245, 252, c. 5b (aa).

¹²⁸⁵ GUGGENHEIM, Bancaire, p. 327.

¹²⁸⁶ SJ 1997 245, 251, c. 5a ; TEKINALP, p. 383, n. 94 ; BATTAL, p. 256.

¹²⁸⁷ DOHM, Garantie, p. 78, n. 126. Les banques prennent souvent la précaution de se faire dispenser de ce devoir. ROSSI, Garantie, p. 122, n. 385.

par ce dernier serait défectueux ou ne permettrait pas d'atteindre le but de la garantie, car elle a une expérience particulière. Elle est tenue d'avertir le donneur d'ordre et de lui demander des éclaircissements si le texte donné par ce dernier contient des incohérences ou si ses instructions sont incomplètes. Elle doit, par exemple, lui demander à quelles conditions elle est tenue de payer ou dans quelles circonstances elle a le droit de refuser le paiement¹²⁸⁸.

675. L'obligation d'assister et de conseiller son client est cependant limitée à des questions particulières¹²⁸⁹. Pour la doctrine, le garant n'est en principe pas tenu de rendre le donneur d'ordre attentif aux risques qui peuvent être liés à l'émission de garanties indépendantes ni aux risques spécifiques pouvant exister dans certains pays¹²⁹⁰. Il n'a pas une obligation générale de conseil non plus ni d'explication au donneur d'ordre des risques qui peuvent résulter pour lui de l'émission d'une garantie ou d'une contre-garantie notamment en cas d'appel injustifié du bénéficiaire¹²⁹¹.

676. En revanche, nous ne voyons pas pourquoi la banque ayant l'obligation d'agir dans l'intérêt du donneur d'ordre n'a pas le devoir d'avertir ce dernier si elle a connaissance de l'existence de tels risques. A notre avis, négliger un tel devoir n'est pas compatible avec le contrat de mandat qui se caractérise par la relation de confiance entre les parties, à moins que l'affaire ne se passe entre deux banques ou entre une banque et une personne physique rompue aux affaires¹²⁹².

677. En revanche, pour Rossi, « il paraît peu concevable que le donneur d'ordre puisse se prévaloir d'un manquement à ce devoir de

¹²⁸⁸ En principe, « la banque insistera, dans son propre intérêt et par souci de préserver sa réputation internationale, pour que le texte de la garantie soit clair et impeccable du point de vue juridique, dans le but d'éviter des risques inutiles de procès. La banque refusera donc en particulier tous les mandats de garantie qui ne lui semblent pas offrir une sûreté suffisante à cet égard. » DOHM, Garantie, p. 78, n. 124.

¹²⁸⁹ DOHM, Garantie, p. 78, n. 126.

¹²⁹⁰ de GOTTRAU, II, p. 4 ; DOHM, Garantie, p. 78, n. 125. Voir aussi ROSSI, Garantie, p. 122, n. 383. Tout administrateur devrait connaître la différence entre un cautionnement accessoire et une garantie indépendante ; le garant ne serait donc pas tenu d'exposer les différences entre ces deux types de sûretés au donneur d'ordre ni les risques que prend le donneur d'ordre en acceptant de faire émettre une garantie à première demande. LOGOZ, p. 82. Voir aussi DOHM, Garantie, p. 78, n. 125.

¹²⁹¹ Tout exportateur connaît également très bien les risques de la garantie bancaire à première demande. DOHM, Garantie, p. 78, n. 125. Voir aussi DOĞAN, p. 133.

¹²⁹² Dans ce sens, voir GUGGENHEIM, Bancaire, p. 326.

conseil pour faire supporter à la banque les conséquences néfastes de l'émission d'une garantie bancaire à première demande. »¹²⁹³

B. Cautionnement

678. Le mandataire est tenu de donner régulièrement au mandant des conseils sur le choix des mesures à prendre dans son intérêt. Il doit en particulier le dissuader lorsque celui-ci entend donner ou maintenir des instructions qui pourraient lui être préjudiciables.

679. Si la caution est une banque, il faut admettre l'existence d'un tel devoir de conseil envers le débiteur principal. Ce qui a été dit sur le devoir de conseil vis-à-vis du débiteur principal est également applicable¹²⁹⁴.

VI. Devoir d'information du donneur d'ordre

A. Garantie indépendante

680. En règle générale, le mandataire doit tenir le mandant régulièrement au courant du développement du contrat et lui signaler tout changement déterminant qui pourrait avoir notamment une influence sur les instructions données¹²⁹⁵. C'est la nature du contrat et les circonstances du cas qui déterminent quand le client doit être informé¹²⁹⁶.

681. La banque doit informer le donneur d'ordre en cas de risque imminent d'appel à la garantie ou en cas d'appel effectif à la garantie¹²⁹⁷,

¹²⁹³ ROSSI, Garantie, p. 122, n. 384.

¹²⁹⁴ Voir *supra*, n. 674 ss.

¹²⁹⁵ Voir ATF 124 III 155, 162 ss, c. 3a (= JdT 1999 I 125, 132 ss = SJ 1998 689) ; ATF 110 II 183, 186 ss, c. 2b (= rés. JdT 1985 I 223) ; ATF 108 II 197, 198, c. 2a (= JdT 1982 I 548, 550). Le devoir d'information de la banque dépend avant tout de l'opération en cause. SJ 2005 I 164, 168, c. 3.5.

¹²⁹⁶ SJ 1984 457, 464, c. 4.3. L'information est nécessaire pour que le client puisse prendre toutes les mesures nécessaires. BÜSSER, p. 280, n. 935 ; DOHM, Garantie, p. 82, n. 139.

¹²⁹⁷ GIGER, p. 262 ss ; DOHM, Garantie, p. 83, n. 141 ; LOMBARDINI, p. 312, n. 82. En revanche, selon une partie de la doctrine, un tel devoir d'avertissement n'est pas compatible avec la nécessité du déroulement simple et régulier de la garantie bancaire, surtout en matière de garantie bancaire à première demande. Pour Zobl, la banque n'a l'obligation d'informer le client que si le caractère abusif de l'appel est évident. ZOBL, p. 45. De même, une doctrine allemande minoritaire pense que le

surtout lorsqu'elle a des doutes sur le caractère abusif de l'appel¹²⁹⁸. Si la banque dispose d'indices révélant que le bénéficiaire a agi de manière abusive, la doctrine admet qu'elle doit différer la date de paiement de quelques jours pour laisser le temps au donneur d'ordre de saisir la justice¹²⁹⁹. Si elle ne le fait pas, elle est responsable envers le donneur

caractère indépendant de la garantie ferait obstacle à cette obligation de la banque, en ce sens que le paiement de la garantie doit s'effectuer sans délai. L'admission d'une telle obligation empêcherait le bon déroulement de la garantie. Pour la doctrine allemande voir LOGOZ, p. 86 ss. Pour cet auteur, ces arguments négligent que la banque est également mandataire du donneur d'ordre. Le devoir d'information, qui découle de l'obligation de préserver les intérêts du mandant ne saurait être supprimé par le caractère autonome de la garantie et le paiement quasi immédiat qu'il postule. *Idem*, p. 86 ss. Toutefois, ce devoir de transmettre à son client toute information importante dont la banque a eu connaissance n'implique pas pour autant qu'elle doive procéder des investigations approfondies quant aux raisons pour lesquelles le bénéficiaire fait appel à la garantie. DOHM, Mesures, p. 435. Pour la responsabilité du médecin voir ATF 119 II 456 (= rés. JdT 1995 I 29).

Selon l'article 17 des RUGD, « sous réserve des dispositions de l'article 10, en cas de demande, le garant avertira sans délai le donneur d'ordre ou les cas échéant le contre-garant et, dans ce cas, ce dernier avertira le donneur d'ordre. » et selon l'article 21 des RUGD, « Le garant transmettra sans retard la demande du bénéficiaire et tous les documents connexes au donneur d'ordre ou, le cas échéant, au contre-garant pour transmission au donneur d'ordre. » GOODE, p. 86, 101, SBS, p. 70 ss. Enfin, selon l'article 25 des RUGD, le garant est également tenu d'informer le donneur d'ordre et, s'il y en a un, le contre-garant, lorsque la garantie prend fin et que le garant en a connaissance. GOODE p. 108, SBS, p. 72.

¹²⁹⁸ L'information du mandant est d'ailleurs aussi dans l'intérêt de la banque, car, si celle-ci payait sans avoir averti préalablement son client, elle courrait le risque d'être rendue responsable du paiement fait indûment en cas d'appel abusif à la garantie. SJ 1984 457, 465, c. 4.3. Vu la fonction de liquidité de la garantie, la banque doit informer son donneur d'ordre, en cas de risque imminent d'appel à la garantie, sans délai et avec les moyens les plus rapides, tels que le téléphone, le télex ou le télégramme. BÜSSER, p. 280 ss, n. 937. Sur l'appel abusif, voir *infra*, n. 699 ss.

¹²⁹⁹ SJ 1984 457, 465, c. 4.3 ; de GOTTRAU, II, p. 25 ; LOGOZ, p. 87. Voir aussi SPAINI, p. 51. « Enfin, on précisera que la banque dispose d'un délai raisonnable pour examiner la demande au titre de la garantie (ainsi que les documents joints) et décider si elle doit payer ou rejeter la demande (art. 10a RUGD) ; ce délai devrait en règle générale être d'un à trois jours ouvrables, selon les cas, dès réception de la demande et des éventuels documents joints. » de GOTTRAU, II, p. 6. Voir aussi ROSSI, Garantie, p. 123, n. 389 ; RAPP, p. 284 ; DOHM, Garantie, p. 83, n. 141 ; KAHYAOĞLU, p. 9 ; BÜSSER, p. 275, n. 923. « L'application de ce principe est particulièrement opportune dans le cas où le bénéficiaire procède par l'usage de la célèbre formule – *extend or pay* –, c'est-à-dire lorsqu'il exige tout d'abord la prolongation de la durée de la validité de la garantie, et seulement à titre subsidiaire, le paiement. Cette prétention n'implique pas nécessairement l'abus, mais elle constitue cependant dans de nombreux cas l'indice permettant de conclure au caractère frauduleux de l'appel à la garantie, si bien que la banque a déjà pour cette

d'ordre à moins qu'elle ne prouve qu'il connaissait l'appel à la garantie ou devait le connaître¹³⁰⁰.

682. En outre, « si au cours de son examen, le garant découvre une quelconque irrégularité, il peut refuser de payer la garantie. Il en a même le devoir en vertu du mandat qu'il accomplit pour le donneur d'ordre, obligation sanctionnée par l'*exceptio non adimpleti contractus* que pourrait opposer le donneur d'ordre à la prétention en remboursement du garant. »¹³⁰¹

683. En revanche, l'article 508 II CO, qui régit de façon spécifique l'obligation d'information de la caution¹³⁰², ne peut pas s'appliquer à la garantie indépendante. En effet, la sanction d'une omission de ce devoir d'information est la perte du droit de recours légal de la caution, lequel n'existe pas en matière de garantie indépendante.

B. Cautionnement

684. En matière de cautionnement également, le devoir d'information de la caution découlant du contrat de mandat existe bel et bien. En revanche, en dehors de cette règle générale qui concerne les contrats de mandat, il existe un article spécifique qui régit l'obligation d'information de la caution. Selon l'article 508 CO, la caution perd son droit de recours si elle paie en tout ou en partie¹³⁰³ le créancier en omettant, et ceci de manière fautive¹³⁰⁴, d'en avertir le débiteur¹³⁰⁵ (art. 508 I CO) et si celui-ci

seule raison l'obligation d'informer son client et de suspendre le paiement. Ceci est d'autant plus vrai que la banque n'est pas autorisée à prolonger la durée de validité de la garantie, sans l'accord exprès du donneur d'ordre. » DOHM, Garantie, p. 83, n. 142.

¹³⁰⁰ KAHYAOĞLU, p. 79.

¹³⁰¹ LOGOZ, p. 114.

¹³⁰² Voir *infra*, n. 684.

¹³⁰³ La disposition s'applique non seulement au paiement de la créance mais aussi aux intérêts. BaK-PESTALOZZI, art. 508, n. 1.

¹³⁰⁴ La faute de la caution est présumée conformément aux articles régissant la responsabilité contractuelle. Le débiteur principal doit toutefois apporter la preuve du double paiement et du lien de causalité. CR-MEIER, art. 508, n. 3 ; BaK-PESTALOZZI, art. 508, n. 3. Voir aussi de BIASIO, p. 111. La caution n'est pas fautive si l'adresse du débiteur principal est erronée et si la caution n'avait pas de raison légitime de douter de son exactitude parce que, par exemple, elle figurait dans les contrats et avait été communiquée à la caution par le débiteur lui-même. CR-MEIER, art. 508, n. 3 ; BaK-PESTALOZZI, art. 508, n. 3.

a dû payer une deuxième fois parce qu'il ignorait que le paiement avait été fait¹³⁰⁶ (art. 508 II CO). On arrive au même résultat quand la caution omet d'opposer les exceptions au créancier (art. 502 III CO)¹³⁰⁷.

685. La caution n'est pas obligée de donner cet avis si elle est d'emblé privée de droit de recours (art. 507 VI CO) ou bien si elle n'entend pas s'en prévaloir¹³⁰⁸. L'avis doit être donné dans les délais raisonnables selon la bonne foi en affaires¹³⁰⁹.

686. Le dernier alinéa de l'article 508 CO prévoit que la caution perdant son droit de recours contre le débiteur peut intenter une action en enrichissement illégitime contre le créancier qui a reçu un double paiement (art. 62 ss CO)¹³¹⁰.

VII. Obligation d'examiner les conditions, ainsi que les documents, en cas d'appel à la garantie

A. Garantie indépendante

687. Le garant doit examiner de manière stricte si toutes les conditions grevant son engagement se sont réalisées. Il doit, par exemple, vérifier si

¹³⁰⁵ Elle est obligée de donner cette information même si elle a payé sous la contrainte d'une poursuite. ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 508, n. 3. En revanche, « *die Mitteilung an den Hauptschuldner ist nicht Voraussetzung des Rückgriffes : trotz der unterlassenen Mitteilung kann der Bürge seinen vollen Rückgriffsanspruch geltend machen, <wenn er in guten Treuen annahmen durfte, dass der Hauptschuldner von der Zahlung bereits Kenntnis hatte>* ». de BIASIO, p. 111.

¹³⁰⁶ Si le débiteur a eu connaissance du paiement ou si on peut raisonnablement exiger de lui qu'il le connaisse (art. 3 II CC), cet avis n'est pas nécessaire. BaK-PESTALOZZI, art. 508, n. 3 ; BK-GIOVANOLI, art. 508, n. 3 ; de BIASIO, p. 111. En outre, il faut qu'il y ait un lien de causalité entre l'omission de la caution et le paiement double du débiteur. CR-MEIER, art. 508, n. 3 ; BaK-PESTALOZZI, art. 508, n. 3 ; BK-GIOVANOLI, art. 508, n. 3 ; BADUR, p. 148.

¹³⁰⁷ REİSOĞLU, Kefalet, p. 219. En revanche, seules les exceptions péremptoires font perdre le droit de recours de la caution.

¹³⁰⁸ CR-MEIER, art. 508, n. 1.

¹³⁰⁹ CR-MEIER, art. 508, n. 2 ; BaK-PESTALOZZI, art. 508, n. 2.

¹³¹⁰ En revanche, si la caution n'est pas subrogée aux droits du créancier, le débiteur principal dispose d'une action en répétition. CR-MEIER, art. 508, n. 4 ; BaK-PESTALOZZI, art. 508, n. 4.

l'appel à la garantie respecte la forme prévue¹³¹¹. Concrètement si l'appel à la garantie doit se faire en la forme écrite, le garant ne peut pas payer sur un appel effectué par téléphone¹³¹². Dans les affaires bancaires, surtout dans le domaine du commerce international, on voit cependant pratiquement toujours la forme écrite pour l'appel à la garantie. Dans ce cas-là, on admet suffisant l'appel fait par télex ou téléfax, ainsi que par courrier électronique pour autant que le garant puisse constater l'identité du demandeur sans aucun doute¹³¹³.

688. Le cas échéant, le garant doit encore respecter le mode de paiement prévu par le contrat de garantie¹³¹⁴ ainsi que les modalités d'une éventuelle clause de réduction¹³¹⁵. Il a l'obligation de refuser l'appel

¹³¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 16 mai 2000, 4C.449/1999, c. 3a (www.bger.ch). Surtout s'il s'agit d'une garantie documentaire, elle doit au moins contrôler la conformité des documents par référence à la lettre de garantie. ATF 122 III 273, 275 ss, c. 3a (aa) (= rés. JT 1997 I 223) ; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 57. Voir aussi BÜSSER, p. 281, n. 940 ; BÜHLER, p. 144 ; TEKINALP, p. 383, n. 95 ; DOĞAN, p. 136 ss.

Les RUGD prévoient l'appel écrit à la garantie. Selon l'article 2 (d) des RUGD, « l'expression <écrite> ou <par écrit> inclut une télétransmission authentifiée ou un message contrôlé d'échange de données informatiques (« EDI ») équivalent. » GOODE, p. 47, SBS, p. 68.

De même, selon l'article 9 des RUGD, « tout (tous) document (s) présenté (s) à un garant au titre d'une garantie, y compris la demande, sera (ont) examiné (s) par le garant avec un soin raisonnable, afin de déterminer s'il (s) est (sont) conforme (s) en apparence aux termes et conditions de la garantie. Les documents présentés aux termes de la garantie et qui, en apparence, ne sont pas conformes ou sont incompatibles entre eux, seront refusés. » GOODE, p. 63, SBS, p. 69.

¹³¹² L'appel effectué par téléphone est exceptionnellement suffisant lorsque les parties ne prévoient pas la forme écrite pour l'appel à la garantie. DOHM, Garantie, p. 100, n. 192, note. 138 ; SPAINI, p. 92.

¹³¹³ BÜSSER, p. 259, n. 864 ; SPAINI, p. 92 ; DOHM, Garantie, p. 100, n. 192 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 212, n. 21.55.

¹³¹⁴ En revanche, le donneur d'ordre, ne précisant pas le mode de paiement en temps utile, accepte tacitement que le paiement de la garantie soit exécuté par le biais d'un virement, et cela surtout en matière de relation internationale interbancaire dans lesquelles les paiements se font exclusivement à l'aide de la monnaie scripturale. SJ 1997 245, 253, c. 5b (bb).

¹³¹⁵ BÜHLER, p. 144.

manifestement abusif¹³¹⁶ et de ne pas effectuer le paiement avant que toutes les conditions ne soient réalisées¹³¹⁷.

689. Le délai de validité de la garantie doit être respecté par «le garant»¹³¹⁸. D'un point de vue temporel, l'appel à la garantie a eu lieu en temps utile lorsqu'il est fait avant la date d'expiration de cette dernière. La production des documents éventuellement exigés dans le texte de la garantie doit également intervenir avant cette date¹³¹⁹. Si l'appel parvient avec retard au garant, celui-ci a l'obligation de refuser le paiement. Le risque inhérent à la communication de l'appel est à la charge du bénéficiaire¹³²⁰.

¹³¹⁶ ZOBL, p. 48. La base juridique de ce refus trouve sa place dans le contrat de mandat entre le garant et le donneur d'ordre. LÖW, p. 52. Ce qui ressort de l'obligation de préserver les intérêts de son client conformément aux règles de la bonne foi. DOHM, Garantie, p. 84, n. 146.

¹³¹⁷ Par exemple, si les documents ne sont pas exactement conformes, par leur contenu et leur teneur, aux conditions de la clause de garantie ou si les documents ne sont qu'équivalents mais non conformes, la banque ne doit pas payer. ATF 122 III 273, 275 ss, c. 3a (aa) (= rés. JT 1997 I 223 ss). Voir aussi ATF 119 II 132 (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492) ; ZR 1987 n. 40, p. 89, 90, c. 2.1 et 91, c. 3.3. En outre, le Tribunal admet, dans cet arrêt, en suivant Dohm, qu'il faut considérer que l'appel à la garantie est irrégulier lorsque le bénéficiaire présente un jugement prononcé par un tribunal ordinaire, alors que la clause de garantie exige une sentence arbitrale. DOHM, Garantie, p. 106, n. 208. De même, si la clause de garantie ne se borne pas à exiger la présentation d'un jugement, mais précise que ce jugement doit être exécutoire, l'appel à la garantie ne sera régulier que lorsque le bénéficiaire peut prouver le caractère exécutoire du jugement par une attestation officielle. *Idem*, p. 106, n. 209. Voir aussi BÜSSER, p. 277, n. 929 ; BÜHLER, p. 145.

¹³¹⁸ ATF 122 III 273, 276, c. 3a (bb) (= rés. JT 1997 I 223 ss). Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 16 mai 2000, 4C.449/1999, c. 3a (www.bger.ch), ZR 1987 n. 40, p. 89, 91, c. 3.3.

¹³¹⁹ Voir ATF 119 II 132, 134, c. 5c (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492, 494). Une prolongation peut être demandée par le bénéficiaire au garant qui devra informer le donneur d'ordre et requérir son accord. LOGOZ, p. 100. Le contrat de garantie peut prévoir un terme de plusieurs façons : « *Wir zahlen auf ihr erstes Anfordern, wenn X die erwähnte Kaufpreisleistung bis zum 17. August dieses Jahres nicht erbringt.* » ou bien « *die Garantie ist erst abrufbar, wenn die Zahlung von X ist fällig ist.* » ou encore « *der Garantievertrag erlischt, wenn der leztmögliche Forderungstermin im Valutaverhältnis abgelaufen ist.* » Pour les exemples, voir BÜSSER, p. 236 ss, n. 791 ss. Voir aussi BÜHLER, p. 144.

¹³²⁰ LOGOZ, p. 99. En outre, elle a l'obligation de vérifier d'une manière sommaire que l'objet de la garantie corresponde au cas de garantie invoqué par le bénéficiaire. Cette condition n'est pas remplie si le bénéficiaire fait l'appel à la garantie pour couvrir l'inexécution d'un autre contrat que le contrat de base recouvert par la garantie. *Idem*, p. 112 ss. Voir aussi *infra*, n. 715.

690. Le garant doit également contrôler si le titulaire de la lettre de garantie correspond à celui qui a été désigné dans la garantie¹³²¹. Si le garant paie à une autre personne que le bénéficiaire, il perd son recours (art. 402 CO) contre le donneur d'ordre. En revanche, il peut faire un recours contre la personne qu'il a payée par faute selon les articles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) ou bien, le cas échéant, sur les actes illicites (art. 41 ss CO)¹³²². De même, toute demande de paiement adressée à une personne autre que celle mentionnée dans l'acte est irrégulière quant à sa forme et mérite, en principe, d'être rejetée¹³²³.

691. L'étendue de l'obligation d'examiner les conditions dépend du type de garantie. Le garant doit ainsi vérifier ce que le bénéficiaire doit prouver¹³²⁴. Si la garantie est une garantie à première demande, cette obligation d'examiner n'est que formelle. La banque n'est alors pas obligée d'examiner la véracité matérielle de l'appel¹³²⁵, mais doit payer sur la seule réquisition du bénéficiaire¹³²⁶, à moins que celle-ci soit

¹³²¹ LOGOZ, p. 85, 112 ; BÜSSER, p. 247 ss, n. 827 ss, p. 281, n. 940 ; BÜHLER, p. 144 ; SPAINI, p. 91. Voir aussi LOMBARDINI, p. 309, n. 70.

¹³²² BÜSSER, p. 251, n. 838 ss. Pour le droit français, voir VILLEREY, p. 273. Lorsqu'une demande formelle de paiement ne peut émaner que du bénéficiaire personnellement, la banque ne peut s'exécuter que si la demande émane de celui-ci. Il s'agit d'une application du principe de la rigueur documentaire. Pour d'autres exemples voir GUGGENHEIM, Bancaire, p. 327, note. 14.

¹³²³ ATF 122 III 273, 275, c. 3a (aa) (= rés. JT 1997 I 223 ss). Voir aussi DOHM, Garantie, p. 102, n. 196, BÜSSER, p. 248, n. 832. Selon cet auteur, l'identité du destinataire auquel la garantie doit s'adresser est apte à créer des difficultés surtout quand la banque garante a plusieurs filiales ou succursales.

¹³²⁴ DOHM, Garantie, p. 104, n. 201 ; LÖW, p. 47. Voir aussi arrêt du Tribunal fédéral non publié du 10 septembre 2003, 4C.144/2003, 2.2 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 335, r51).

¹³²⁵ TI, Tribunale di appello (II Camera civile, it.), Rép. 1992 259 ss, in : RSDA 1995, p. 31, r44, c. 2, Arrêt du Tribunal fédéral non publié, 4C.341/1990, c. 3c (cité par BÜSSER, p. 483) ; ZR 1987 n. 40, p. 89, 91, c. 3.2 ; RAPP, p. 284 ; KAHYAOĞLU, p. 58 ; LOMBARDINI, p. 308, n. 68 ; ARKAN, Teminat, p. 65 ; TEKİNALP, p. 384, n. 96 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 159, n. 17.06 ; ROESLE, p. 107 ; DOHM, Garantie, p. 103, n. 199, Construction, p. 5 ; LÖW, p. 49.

¹³²⁶ Dans le domaine des affaires internationales en particulier, si les parties ont prévu une réquisition écrite, elle est efficace lorsqu'elle est faite par télex ou téléfax. ZOBL, p. 46 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 212, n. 21. 55 ; LOMBARDINI, p. 308, n. 69. Il ne faut cependant pas perdre de vue la nouvelle loi fédérale sur la signature électronique et ses effets sur la forme écrite. Voir *supra*, n. 289 ss.

Selon l'article 11 des RUGD, « les garants et contre-garants n'assument aucune responsabilité quant à la forme, à la suffisance, à l'exactitude, à l'authenticité, à la falsification ou à la portée légale de tout document qui leur est présenté, ni quant aux déclarations générales et/ou particulières qui y figurent, ni encore quant à la bonne

abusive ou ne soit pas faite « *frist – und formgerecht* »¹³²⁷. Il est suffisant que le bénéficiaire respecte le terme et individualise son appel à la garantie si le bénéficiaire n'est tenu de respecter aucune forme pour l'appel à la garantie, parce que le garant s'est engagé, par exemple, à le payer de la façon suivante : « *Wir zahlen Ihnen..., wenn Sie die Garantie bis am... bei uns abrufen* »¹³²⁸. Le bénéficiaire n'est pas non plus obligé de chiffrer la somme dans son appel à la garantie, le garant devant alors considérer qu'il s'agit de la somme maximale indiquée dans la garantie¹³²⁹. Pour la partie de la doctrine qui est d'avis que le bénéficiaire doit rendre vraisemblable la réalisation du fait garanti lorsqu'il y a une clause d'effectivité, il faudrait également admettre que le garant ne doit s'exécuter que si cette vraisemblance est réalisée¹³³⁰.

692. En revanche, la garantie comprend un examen matériel lorsqu'il est prévu que la banque ne paie que si la réalisation du risque est prouvée¹³³¹. On peut citer la « garantie simple » à titre d'exemple¹³³².

693. Pour les garanties documentaires émises par les banques, Dohm suggère l'application du principe de « stricte observation » posé par l'article 15 des RUUCD selon lequel « les banques doivent examiner tous les documents avec un soin raisonnable pour s'assurer qu'ils présentent l'apparence de conformité avec les conditions <de la garantie bancaire>. Les documents qui, en apparence, sont incompatibles entre eux seront considérés comme ne présentant pas l'apparence de conformité avec les conditions <de la garantie> »¹³³³. Cela donne lieu à certaines conséquences : ainsi, lors de la vérification des documents, la banque doit se borner à examiner si ceux-ci correspondent d'après leur forme extérieure à ce qui est prescrit dans la clause de la garantie ; elle n'a en revanche pas à vérifier la régularité matérielle des documents¹³³⁴. En outre, la banque ne paie que lorsque les documents sont exactement conformes, par leur

foi ou aux actes et/ou omissions de toute personne quelle qu'elle soit. » GOODE, p. 73, SBS, p. 70.

¹³²⁷ LÖW, p. 47.

¹³²⁸ DOHM, Garantie, p. 103, n. 199.

¹³²⁹ BÜSSER, p. 267 ss, n. 896.

¹³³⁰ SPAINI, p. 113 ss.

¹³³¹ KAHYAOĞLU, p. 65. Voir aussi ATF 119 II 132 (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492), TI, Tribunale di appello (Il Camera civile, it.), Rép. 1992 259 ss, in : RSDA 1995, p. 31, r44, c. 3.

¹³³² SPAINI, p. 113.

¹³³³ Voir DOHM, Garantie, p. 105, n. 203.

¹³³⁴ « *Die Beurteilung des tatsächlichen Eintritts einer Leistungsstörung im Grundverhältniss liegt ausserhalb ihrer Prüfungsbefugnis.* » LÖW, p. 45.

contenu et leur teneur, aux conditions de la clause de garantie. La banque doit s'adresser au bénéficiaire chaque fois qu'elle a de bonnes raisons de croire que ce dernier peut l'aider à interpréter des questions douteuses. Enfin, s'il s'agit d'une garantie documentaire par laquelle le bénéficiaire est tenu de présenter un jugement, la banque doit vérifier, par exemple, si le procès a effectivement eu lieu entre les parties désignées par la clause de garantie, s'il s'est déroulé devant le tribunal compétent ou si le jugement prononcé est exécutoire¹³³⁵. Selon le Tribunal fédéral également, les règles qui imposent la stricte observation de la rigueur documentaire sont également valables lorsqu'il s'agit d'une condition, non pas au sens de la clause du contrat de garantie, mais au sens des articles 151 ss CO¹³³⁶.

694. La banque garante doit exécuter le devoir de vérification qui lui incombe avec une diligence appropriée, en ce sens qu'elle doit faire preuve de la diligence qu'un institut de crédit opérant dans le secteur des garanties internationales met généralement en œuvre lors de l'exécution correcte de ses obligations¹³³⁷. Il est donc responsable envers le donneur

¹³³⁵ Pour des exemples, voir ATF 122 III 273, 275 et 276, c. 3a (aa) (= rés. JT 1997 I 223 ss). Voir aussi DOHM, Garantie, p. 104 ss, n. 203 ss. Pour l'examen de régularité formelle de documents voir aussi LOGOZ, p. 112 ; BÜHLER, p. 140 ss ; SPAINI, p. 116 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 192, n. 21.25 ; KAHYAOĞLU, p. 58.

¹³³⁶ En effet, selon le Tribunal fédéral, il n'y a aucune raison objective de ne pas appliquer ces principes si ladite condition se rapporte au contrat principal. Cette circonstance ne prive en effet pas la garantie de son caractère autonome. ATF 122 III 273, 276, c. 3a (bb) (= rés. JT 1997 I 223 ss). Dans le cas examiné par le Tribunal fédéral, la garantie prévoyant une clause par laquelle le garant ne garantit qu'à condition qu'un accreditif de ... USD soit ouvert en faveur du donneur d'ordre avant le 19 juin 1988 et que ce dernier confirme au garant, par écrit, son accord avec les termes de crédit.

¹³³⁷ Dohm suggère d'appliquer les RUUCD inhérentes à l'étendue de l'obligation de diligence de la banque en rapport avec son obligation de vérification. DOHM, Garantie, p. 107, n. 211. Selon l'article 14 des RUUCD, « a- les banques doivent examiner avec un soin raisonnable tous les documents stipulés dans le crédit (la garantie) pour vérifier s'ils présentent ou non l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit (de la garantie) sera déterminée en fonction des pratiques bancaires internationales telles que reflétées dans les présents articles. Les documents qui en apparence sont incompatibles entre eux seront considérés comme ne présentant pas l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit (de la garantie).

Les banques n'examineront pas les documents non requis dans le crédit (la garantie). Si elles reçoivent de tels documents, elles les réexpédieront à celui qui les a présentés ou les transmettront sans encourir quelque responsabilité que ce soit.

b- La banque émettrice, la banque confirmante le cas échéant, ou une banque désignée agissant pour leur compte disposeront chacune d'un délai raisonnable – ne dépassant pas sept jours ouvrés (jours où la banque travaille) suivant le jour de

d'ordre si le document est falsifié. En revanche, des clauses prévoyant l'extinction de la responsabilité de la banque dans une telle éventualité sont valables (art. 100 I CO)¹³³⁸. Le Tribunal fédéral a cependant jugé que l'exploitation d'une banque doit être assimilée à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité au sens de l'article 100 II CO¹³³⁹. Le juge peut donc tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance la banque garante de toute responsabilité en cas de faute légère.

695. Dans l'hypothèse où la banque garante effectue un paiement suite à un appel à la garantie sans examiner – ou en examinant d'une manière incomplète – les conditions de sa mise en œuvre alors que celles-ci ne sont pas remplies, ou encore si elle paie suite à un appel manifestement abusif, le client peut refuser de lui rembourser ses avances et frais¹³⁴⁰. Elle perd en effet sa prétention fondée sur l'article 402 I CO¹³⁴¹. En revanche, elle peut s'en prendre au bénéficiaire sur la base de l'article 62 CO (*condictio indebiti*)¹³⁴², pour autant qu'elle n'ait pas connu le caractère abusif de l'appel au moment du paiement. Si elle a connu le caractère abusif de l'appel, selon la doctrine, elle ne pourra répéter ce qu'elle a payé (art. 63 CO)¹³⁴³; en effet, « le paiement volontaire sans erreur et sans réserve ni condition d'une dette inexistante n'ouvre pas la voie à la

réception des documents – pour examiner les documents et décider si elles les lèvent ou les refusent et pour notifier leur décision à la partie qui leur a envoyé lesdits documents.

c- Si un crédit (une garantie) contient des conditions sans indication des documents à présenter en conformité avec ces conditions comme non indiquées et n'en tiendront pas compte. »

¹³³⁸ TEKINALP, p. 384, n. 96.

¹³³⁹ ATF 112 II 450, 453 ss, c. 3 (= rés. JdT 1987 I 91, 92 ss).

¹³⁴⁰ LOGOZ, p. 86; DOĞAN, p. 137. Voir aussi GUGGENHEIM, *Bancaire*, p. 327.

¹³⁴¹ GUGGENHEIM, *Bancaire*, p. 358; ZOBL, p. 49; EGGER, p. 16; BÜSSER, p. 77; n. 262, SPAINI, p. 51; LÖW, p. 52. Ce qui est aussi applicable pour le recours du garant envers le contre-garant. KAHYAOĞLU, p. 99.

¹³⁴² Dans ce sens, SPAINI, p. 204 ss. En vertu des articles relatifs à l'enrichissement illégitime, ce n'est pas au donneur d'ordre de recourir au bénéficiaire. En effet, un paiement effectué par le garant malgré l'absence de cause valable ne lèse pas le donneur d'ordre. Celui-ci n'est lésé, et bénéficie ainsi d'un droit de recours envers le bénéficiaire, que s'il rembourse le garant selon l'article 402 CO ou s'il acquiert les droits du garant (de recourir au bénéficiaire selon les règles régissant l'enrichissement illégitime) par le biais des articles 164 ou 401 CO. *Idem*, p. 208.

¹³⁴³ KAHYAOĞLU, p. 86; SPAINI, p. 207. *Contra* SCHÖNLE, *Missbrauch*, p. 75, note. 74. Selon cet auteur, cet article n'est pas applicable si la banque effectue le paiement malgré une interdiction judiciaire de paiement. Selon Spaini, étant donné le texte clair de l'article, on ne peut pas admettre cette idée. SPAINI, p. 207.

répétition. »¹³⁴⁴ Comme le dit le Tribunal fédéral, c'est une règle capable de conduire à des résultats « choquants »¹³⁴⁵. A notre avis, dans le cas où le bénéficiaire a fait un appel abusif, le garant doit pouvoir répéter ce qu'il a payé quand bien même il savait qu'il ne devait pas la somme garantie au moment de l'exécution¹³⁴⁶.

696. Selon une partie de la doctrine, à l'opposé de cette obligation du garant, le bénéficiaire a une « incombance (*Obliegenheit*) » de suivre le mode de paiement prévu par la garantie. S'il s'agit, par exemple, d'une garantie « simple », le bénéficiaire doit prouver la réalisation du cas garanti. En revanche, s'il s'agit d'une garantie à première demande, ce dernier ne doit faire l'appel que quand le risque a lieu. Un appel effectué par le bénéficiaire est suffisant à condition que le risque ait lieu.

¹³⁴⁴ CR-PETITPIERRE, art. 63, n. 11.

¹³⁴⁵ ATF 115 II 28, 29 ss, c. 1a (= JdT 1989 I 172, 173 ss). En revanche, dans le cas d'espèce, il s'agit d'un contrat synallagmatique et, selon le Tribunal fédéral la restitution est exigible pour le motif suivant : « cette règle peut conduire à des résultats choquants lorsque l'une des parties à un contrat synallagmatique exécute volontairement sa propre prestation tout en n'ignorant pas le défaut juridique qui affecte le rapport contractuel, tandis que l'autre partie, invoquant la nullité du contrat, refuse de fournir sa contre-prestation ou, l'ayant fournie, en obtient la restitution. Dans un tel cas, si l'on refusait à la partie qui la première a fourni sa prestation le droit à la restitution, l'autre partie pourrait alors conserver ce qu'elle a reçu sans s'être exécutée elle-même. Aussi, lorsqu'un différend surgit entre partenaires à un contrat synallagmatique, n'y a-t-il pas lieu de subordonner la restitution à la condition que le demandeur se soit trouvé dans l'erreur lors de l'exécution. Il suffira que la prestation ait été fournie sans cause valable. Cette solution est conforme à la réglementation de l'art. 62 al. 2 CO. En vertu de cette disposition, une attribution patrimoniale constitue pour son bénéficiaire un enrichissement illégitime lorsque la cause censée fonder la prestation ne s'est pas réalisée (*condictio causa data non secuta*), cela même en l'absence de toute erreur chez l'auteur de la prestation (ATF 52 II 232 c. 2, JdT 1926 I 626). On peut à cet égard également considérer, comme cause de la prestation, une circonstance n'ayant pas le caractère d'un acte juridique (ATF 105 II 96 c. 3a, JdT 1979 I 614). Ainsi, le contractant qui s'exécute tout en sachant que la contre-prestation de son partenaire ne sera pas exigible s'attend-il, – et c'est là la cause de sa prestation – à ce que son cocontractant fournisse à son tour volontairement sa propre prestation. Si celle-ci n'intervient pas, la prestation fournie l'aura été sans cause valable et son auteur est habilité à en obtenir la restitution » ATF 115 II 28, 29, c. 1a (= JdT 1989 I 172, 173).

¹³⁴⁶ De même, pour von Tuhr, « ...diese Erwägung ist zutreffend, sollte aber m.E. nicht zum Ausschluss der Rückforderung führen, sondern nur dazu, den Rückforderungsschaden des Empfängers entweder bei der Bemessung seiner Bereicherung zu berücksichtigen oder nach Analogie des art. 26 dem Leistenden infolge seines fahrlässigen Irrtums aufzuerlegen. » von TUHR, PETER, p. 484.

697. Cependant, selon Spaini, la circonstance selon laquelle la condition préalable de l'appel à la garantie doit être qualifiée d'incombance n'exclut pas le fait que le bénéficiaire puisse répondre envers le garant en cas d'appel abusif à la garantie, de dommages-intérêts pour violation d'un devoir accessoire contractuel. Il s'agirait pour le bénéficiaire par exemple de devoir de payer les frais de justice et les dépens que le garant a dû investir pour éviter un appel abusif à la garantie¹³⁴⁷.

B. Cautionnement

698. Le devoir d'examiner les conditions en cas d'appel à la garantie est plus étendu en matière de cautionnement qu'en matière de garantie indépendante. En effet, si le créancier exerce cet appel avant que les conditions ne soient réalisées, par exemple avant que le débiteur principal ne soit en retard dans le paiement de sa dette (art. 496 I CO), la caution doit lui opposer cet élément et refuser de payer. Elle a l'obligation de lui opposer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur et qui ne résultent pas de son insolvabilité (art. 502 I CO). Lorsque la caution omet d'opposer les exceptions appartenant au débiteur principal, elle est déchue de son droit de recours en tant qu'elle l'aurait dispensée de payer, à moins qu'elle ne prouve qu'elle les ignorait sans qu'il y ait eu faute de sa part (art. 502 III CO)¹³⁴⁸.

VIII. Obligation de ne pas effectuer le paiement en cas d'appel abusif

A. Garantie

1. Généralités

699. En principe, le garant ne doit honorer la garantie que si la condition suspensive grevant son engagement est réalisée, à savoir que lorsque le bénéficiaire a procédé à un appel à la garantie conformément aux

¹³⁴⁷ SPAINI, p. 34 ss. Voir aussi BÜSSER, p. 403, n. 1313.

¹³⁴⁸ Le code prévoit une disposition semblable pour la reprise cumulative de dette. Selon l'article 145 II CO, le reprenant est responsable envers ses coobligés s'il ne fait pas valoir les exceptions qui leur sont communes à tous.

conditions stipulées dans celle-ci¹³⁴⁹. L'aménagement inconditionnel d'une garantie ne donne en aucun cas le droit au bénéficiaire de faire appel à la garantie si le donneur d'ordre a exécuté correctement toutes ses obligations¹³⁵⁰. En revanche, en matière de garanties à première demande, le bénéficiaire ne doit pas prouver la réalisation du risque garanti, et le garant, de son côté, n'a pas l'obligation de rechercher le bien-fondé de l'appel. Le caractère irrévocable et payable à la première demande du bénéficiaire de ce type de garantie crée un risque d'appel abusif.

700. Selon la doctrine et la jurisprudence, le bénéficiaire ne peut obtenir le paiement de la garantie si son appel est abusif (art. 2 II CC)¹³⁵¹. L'abus de droit suppose que l'obligation de prestation du garant existe, mais qu'elle se fonde sur des motifs juridiques indignes d'être retenus. En d'autres termes, le bénéficiaire doit abusivement invoquer ce qui n'est que l'apparence du droit¹³⁵². En revanche, il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire ait également l'intention de nuire au donneur d'ordre¹³⁵³.

¹³⁴⁹ de GOTTRAU, II, p. 8. Voir aussi KLEINER, Zahlungspflicht, p. 354 ; GUTZWILLER, p. Cristoph, p. 248.

¹³⁵⁰ DOHM, Garantie, p. 42, n. 34.

¹³⁵¹ ZR 1998 n. 92, p. 226, 227, c. 2a ; ATF 122 III 321, 322 ss, c. 4a (= rés. JdT 1997 I 256) ; ATF 118 Ib 100, 107, c. 4a ; ATF 117 III 76, 79 ss, c. 7a (= rés. JdT 1993 II 169 = SJ 1991 677, 680) ; RFJ 1993 296, 302, c. 2b ; BJM 1991 182, 185 ss, c. 3b ; ZR 1989 n. 60, p. 183, 184 ss, c. 2 ; ZR 1987 n. 40, p. 89, 91 ss, c. 3.4 ss ; ZR 1986 n. 23, p. 44, 47, c. III-4a ; SJ 1985 609, 614, c. 3d, SJ 1984 457, 463, c. 3 ; TD, E. 966-3008, K. 1543, T. 19.3.1968 (Tik 1970, v. 1, no. 253, p. 182.) ; de GOTTRAU, II, p. 8 ss ; LOMBARDINI, p. 313 ss, n. 88 ss ; DOHM, Garantie, p. 112 ss, n. 225 ss ; GIGER, p. 260 ss, n. 225 ss ; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 61, 74 ; ZOBEL, p. 42 ss ; HORN, p. 99 ss ; DESSEMONTET, p. 84 ; EGGER, p. 15 ; KAHYAOĞLU, p. 20 ; SPAINI, p. 141 ss, 172 ; GUGGENHEIM, Bancaire, p. 358, 367 ss ; BÜSSER, p. 363 ss, n. 1197 ss ; LÖW, p. 56, 69 ss ; BÜHLER, p. 151 ; RAPP, p. 285 ss ; LOGOZ, p. 149 ss ; KLEINER, Bankgarantie, p. 201 ss, n. 21.41 ss ; BATTAL, p. 256 ; ROSSI, Garantie, p. 142 ss, n. 492 ss ; LESGUILLONS, Conclusion, p. 517. Pour le droit français, voir VILLEREY, p. 274 ss. D'ailleurs, c'est un principe que l'on retrouve dans tous les systèmes juridiques de l'Europe et anglo-américain. HORN, p. 100. Un appel abusif n'est pas protégé par le caractère abstrait de la garantie. BJM 1991 182, 185, c. 3b. En d'autres termes, un appel abusif évident n'est pas protégé par la loi. Arrêt cantonal non publié du 13 septembre 1994, Uri, c. 2 (cité par BÜSSER, p. 499).

¹³⁵² Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour civile, 8 avril 2002, W.K.V. c. Raiffeisenbank et Crédit Suisse. 4P.5/2002, c. 5 (cité in : SJ 2003 I 95, c. 5). Voir aussi BÜSSER, p. 372, n. 1219.

¹³⁵³ LOMBARDINI, p. 316, n. 96. C'est une conception objective de la notion d'appel abusif à la garantie qui est d'ailleurs conforme aux exigences de l'article 2 II CC. de GOTTRAU, II, p. 13 ; DOHM, Garantie, p. 117, n. 240 ; ROSSI, Garantie, p. 151, n. 537 ; SPAINI, p. 145.

701. Il faut apprécier très rigoureusement l'existence d'une fraude ou d'un abus de droit car, premièrement, un donneur d'ordre fournissant une telle garantie est au courant du risque qu'il assume et, deuxièmement, le système des garanties présuppose, en tant que résultat de leur fonction de liquidité, l'adage suivant : « *Erst zahlen, dannprozessieren*¹³⁵⁴ ». L'abus de droit doit par conséquent être « manifeste », « clair, sauter aux yeux, indubitable et revêtir une certaine importance »¹³⁵⁵, il faut « qu'il crève les yeux »¹³⁵⁶.

702. Kleiner insiste sur la distinction à opérer entre « l'appel abusif » et « l'appel injustifié » au regard du contrat de base, et ce pour éviter la violation du principe de l'indépendance de la garantie¹³⁵⁷. Il n'est pas suffisant que l'appel soit injustifié¹³⁵⁸. Il y a notamment abus lorsque la preuve est faite que la prestation garantie a été exécutée de façon indiscutable ou que le bénéficiaire y a renoncé. Le seul fait que le donneur d'ordre ne doive plus exécuter sa prestation pour une cause découlant du contrat de base – même une impossibilité –, ne donne pas lieu à l'admission d'un appel abusif¹³⁵⁹. Par exemple, un débiteur ne pourrait pas avoir recours à un appel abusif, alors même qu'il est en droit de ne pas payer une marchandise défectueuse qui lui aurait été livrée.

703. Pour Lombardini aussi, l'existence d'une fraude ou d'un abus de droit doit s'apprécier rigoureusement. On ne peut l'admettre que dans les

¹³⁵⁴ DOHM ; p. 114, n. 230 ; EGGER, p. 15 ; ARKAN, Teminat, p. 63 ; BÜSSER, p. 147 ss, n. 512 ss ; DOĞAN, p. 45.

A défaut de ce principe (payer d'abord, réclamer ensuite), la garantie bancaire perdrait toute efficacité comme instrument de sûretés dans les affaires internationales car elle perdrait en même temps sa fonction de « liquidité ». de GOTTRAU, II, p. 8. Il ne faut par conséquent pas laisser le donneur d'ordre empêcher le paiement pour ses intérêts subjectifs. EGGER, p. 15. En conséquence, le donneur d'ordre peut toujours agir en justice contre le bénéficiaire pour essayer de récupérer ce qui lui a été payé par la voie de la garantie. LOMBARDINI, p. 315 ss, n. 95 ; GIGER, p. 256.

¹³⁵⁵ ZOBL, p. 44 ; de GOTTRAU, II, p. 11 ; TANDOĞAN, II, p. 858 ; KAHYAOĞLU, p. 77 ss ; KLEINER, Bankgarantie, p. 210, 21.52 ; SPAINI, p. 145 ss. Il s'agit là d'une qualification juridique, pas mathématique. EGGER, p. 16. Il faut faire une « *Einzelfalljustiz* ». GIGER, p. 261.

¹³⁵⁶ DOHM, Garantie, p. 116, n. 234.

¹³⁵⁷ KLEINER, Bankgarantie, p. 205 ss, n. 21.46 ; RAPP, p. 285.

¹³⁵⁸ « *Gemäss dem Charakter der Bankgarantie hat sich die Glaubhaftmachung jedoch auf das Vorliegen eines klaren Rechtsmissbrauches zu beziehen, so dass es nicht genügt, dass der Abruf der Garantie bloss unberechtigt erscheint.* » ZR 1998 n. 92, p. 226, 227, c. 2a.

¹³⁵⁹ BÜSSER, p. 378, n. 1234 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 207, n. 21.48, p. 197, n. 21.34.

exemples les plus flagrants. Cet auteur nous fournit un critère : on doit admettre l'existence d'une fraude ou d'un abus de droit dans les cas où l'action du donneur d'ordre contre le bénéficiaire tendant à obtenir le remboursement du montant versé sera admise sans de longues discussions juridiques ou de difficultés probatoires¹³⁶⁰.

704. En revanche, pour Dohm, qui différencie aussi l'appel « injustifié » de l'appel abusif¹³⁶¹, on peut parler d'appel abusif chaque fois que le bénéficiaire n'a aucun droit de procéder à cet appel, quel que soit le point de vue juridique adopté selon les règles de la bonne foi, car, dans ces cas, on peut conclure sans aucune hésitation que le bénéficiaire abuse de la position juridique dont il jouit formellement¹³⁶². Cet abus ne doit pas être seulement manifeste pour le donneur d'ordre, mais aussi pour le garant. Ces conditions seraient réalisées dès lors qu'il n'est pas nécessaire de faire référence à des moyens de preuve supplémentaires, de

¹³⁶⁰ LOMBARDINI, p. 316, n. 96.

¹³⁶¹ On parle de l'appel « injustifié » lorsqu'« il y a en règle générale des contestations entre les parties au contrat de base, sur la question de savoir si l'exportateur a exécuté ses obligations contractuelles de manière correcte, si par ex. la machine à livrer atteint effectivement le volume de production assuré. Dans ce cas, l'appel à la garantie peut être objectivement injustifié, parce que la machine a effectivement les qualités promises ; il n'est tout de même pas permis d'en conclure que la position juridique adoptée par le bénéficiaire est entièrement insoutenable et aberrante. » DOHM, Garantie, p. 115, n. 232.

¹³⁶² DOHM, Garantie, p. 115 ss, n. 233. BJM 1991 182, 186, c. 3b : « *Eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme einer Bankgarantie liegt somit nur dann vor, wenn dem Begünstigten unter keinem vernünftiger – und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abrufung der Garantie zustehen kann, die vom begünstigten eingenommene Rechtsposition daher völlig unvertretbar und abwegig ist* ». Il faut prendre en considération le but et la nature de la garantie. Si le bénéficiaire effectuait l'appel à la garantie pour un autre contrat que celui pour lequel la garantie a été émise, il s'agit d'un abus de droit parce que l'appel crée une contrariété par rapport au but de la garantie. ZOBL, p. 44 ; BÜSSER, p. 408 ss, n. 1331. Ce dernier auteur y voit un « *formell zweckwidrige Garantieabruf* ». Voir également ATF 122 III 321, 322 ss, c. 4a (= rés. JdT 1997 I 256). Dans les « garanties de soumission », l'appel est abusif lorsque le bénéficiaire a adjugé le marché à un exportateur autre que le donneur d'ordre de la garantie, ou qu'il s'abstient d'adjuger le marché après l'échéance du délai de soumission pour des raisons tenant à des risques qu'il doit seul supporter. Quant aux « garanties d'acomptes », l'appel est manifestement abusif dès que le bénéficiaire exige le paiement sans avoir préalablement payé l'acompte convenu au donneur d'ordre. DOHM, Garantie, p. 116, n. 236 ss. Voir aussi LOGOZ, p. 151 ; BÜSSER, p. 377, n. 1232. Pour Horn également, l'appel à la garantie constitue un abus de droit si le risque garanti n'a pas eu lieu et que cette condition est notoire ou peut être prouvée facilement, et, en plus, que le bénéficiaire connaît cette situation ou aurait dû connaître. HORN, p. 99.

procéder à l'administration d'autres preuves ou d'appeler en cause des tiers. Selon Rossi aussi, une demande de paiement équivaut à un abus de droit lorsque la garantie a perdu toute raison d'être, soit lorsque le risque assuré ne peut plus se réaliser¹³⁶³.

705. De même, pour Büsser, si le bénéficiaire fait son appel à la garantie sans pouvoir faire valoir aucun droit contre le donneur d'ordre selon les règles de la bonne foi, il y a appel abusif¹³⁶⁴. En revanche, cet auteur ajoute une condition : « *Der Begünstigte kann das Fehlen eines eigenen klagbaren Anspruches auf die gesicherte Leistung oder deren Wert im Valutaverhältnis nach Treu und Glauben dann nicht bestreiten, wenn er den Grund für das Nichtbestehen eines solchen Anspruches bzw. für dessen Unklagbarkeit im Abrufszeitpunkt mit Bestimmtheit kennt oder kennen muss.* » C'est notamment le cas lorsque le bénéficiaire a lui-même causé cet état de fait dans le contrat de base ou qu'il l'a reconnue de façon explicite ou par actes concluants. Tel est par exemple le cas lorsqu'il a renoncé à la prestation garantie avant de faire appel à la garantie, lorsqu'il a fait échouer son exécution ou lorsqu'il a lui-même fait valoir la nullité du contrat de base¹³⁶⁵.

706. Pour Rossi, il sied d'examiner avant tout les objectifs des parties au contrat. La finalité d'une garantie est la couverture d'un risque particulier qu'il s'agit de délimiter à la lumière des règles de bonne foi. Une demande de paiement, malgré l'absence de la réalisation du risque, sera donc abusive¹³⁶⁶.

707. En doctrine turque aussi, les auteurs admettent que la banque doit refuser le paiement chaque fois que le donneur d'ordre lui prouve que le risque n'est pas survenu ou n'existe plus¹³⁶⁷. Cependant, Reisoğlu estime

¹³⁶³ ROSSI, Garantie, p. 127, n. 410.

¹³⁶⁴ BÜSSER, p. 370 ss, n. 1216.

¹³⁶⁵ BÜSSER, p. 371, n. 1217. « ... ein bloss vermeintliches Recht in Wirklichkeit nicht oder nicht wirksam – weil es gar nie oder nur bedingt entstanden ist oder weil es vor seiner Ausübung untergegangen ist –, kommt eine missbräuchliche Rechtsausübung schon begrifflich gar nicht in Frage. Dementsprechend ist auch ein rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf nur denkbar, wenn der Begünstigte tatsächlich ein formal bestehendes, unbedingtes Garantieabrufsrecht besitzt. » BÜSSER, p. 368, n. 1210, 1211.

¹³⁶⁶ Lorsque c'est le cas, il s'agit d'une perversion ou dénaturation du droit formateur par son titulaire et, par conséquent, d'un comportement auquel le donneur d'ordre ne peut en aucun cas s'attendre et qui appelle un correctif destiné à restaurer la justice matérielle. ROSSI, Garantie, p. 151, n. 535 ss, p. 275, n. 1016.

¹³⁶⁷ KAHYAĞLU, p. 81 ; REİSOĞLU, Taahhüt, p. 74 ; TD, E. 1494, K. 2414, T. 12.5.1972 (cité par TANDOĞAN, II, 872, note, 45a).

qu'il ne s'agit pas d'un abus de droit car en l'absence de risque, on ne peut pas parler d'un droit et par conséquent encore moins d'un abus. Selon cet auteur, la raison pour laquelle le garant doit refuser le paiement est l'inexistence du risque assumé par ce dernier¹³⁶⁸.

708. Enfin, s'il y a une contre-garantie, le contre-garant ne peut refuser consciemment et volontairement le paiement contre le garant que si ce dernier a participé à la « fraude » du bénéficiaire¹³⁶⁹. « Dans l'hypothèse d'une garantie indirecte, il n'y a fraude manifeste que lorsqu'on peut dire sans hésitation que la deuxième banque, bénéficiaire de la contre-garantie, soutient en fait des machinations frauduleuses de l'importateur. »¹³⁷⁰

¹³⁶⁸ REİSOĞLU, Taahhüt, p. 89. Dans son exposé, cet auteur arrive cependant aux mêmes solutions que celles de la doctrine suisse.

¹³⁶⁹ LOMBARDINI, p. 316, n. 98 ; DOHM, Garantie, p. 136, n. 293 ; RAPP, p. 286 ss ; LOGOZ, p. 92 ss, 157. Cette condition est réalisée lorsque la seconde banque est obligée, au regard de sa propre loi, de refuser le paiement au bénéficiaire. DOHM, Garantie, p. 136, n. 294. « La spécificité de contre-garantie a pour conséquence que ce n'est pas parce que le maître d'ouvrage/importateur aurait abusé de ses droits en faisant appel à la garantie émise par la deuxième banque que l'appel à la contre-garantie serait lui-même abusif. Encore faudrait-il que le donneur d'ordre rende vraisemblable l'existence d'une collusion entre le maître d'ouvrage/importateur et la deuxième banque dans le pays de ce dernier. Ceci découle nécessairement du fait que la contre-garantie donnée par la banque suisse est indépendante de la garantie donnée au bénéficiaire par la deuxième banque, qui est elle-même indépendante du contrat commercial de base. » DOHM, Mesures, p. 432. La doctrine parle de « *doppelter Rechtsmissbrauch* ». EGGER, p. 15. Voir aussi BJM 1991 182, 186, c. 6b, ZR 1989 n. 60, p. 183, 185, c. 2c, ZR 1986 n. 23, p. 44, 47, c. III-4a. La jurisprudence genevoise, à l'encontre de la jurisprudence vaudoise et zurichoise, refuse de distinguer les garanties directes et les garanties indirectes, et se borne à examiner si le comportement du bénéficiaire est abusif ou non. Pour les exemples, voir LOGOZ, p. 159 ss.

¹³⁷⁰ DOHM, Observations sur l'Arrêt de la Cour de justice de Genève, 1^{ère} Section, du 24 juin 1983 dans l'affaire UBS SA c. X SA et Banque Melli Iran, Arrêt non publié, in : SAS 1984 p. 175, 177 ss. Selon cet auteur, « l'on ne saurait oublier en effet qu'il y a deux garanties distinctes, soumises – pratiquement sans exceptions – à deux ordres juridiques différents : tout d'abord, la garantie émise par la banque dans le pays de l'importateur en faveur de celui-ci, et, ensuite la contre-garantie ou <indemnity> émise pas la banque dans le pays de l'importateur en faveur de la banque étrangère. Les deux garanties sont inconditionnelles et abstraites. Il convient de rappeler aussi qu'il n'y a aucun rapport juridique entre le donneur d'ordre et la deuxième banque. Par conséquent, si le donneur d'ordre informe sa banque suisse qu'à son avis, l'importateur commet une fraude en appelant la garantie, cet abus du bénéficiaire final ne peut avoir des répercussions sur la contre-garantie que dans la mesure où la banque suisse a connaissance du fait que la deuxième banque commet une fraude elle-même, comme par exemple, en cas de collusion. Ce n'est que dans de telles hypothèses que l'on peut conclure, sur la base du droit de la banque suisse en tant

709. Tout comme Reisoğlu, nous pensons que l'appel à la garantie ne peut être considéré comme un « appel abusif » uniquement parce qu'une de ses conditions fait défaut. Cependant, si, tout comme la doctrine, nous reprenons ce terme, il faut tout de même faire la distinction entre le caractère abusif de l'appel et l'appréciation de la preuve de l'appel abusif, laquelle donnera lieu, si l'appel abusif est constaté, à un refus de paiement de la banque.

710. A notre avis, il n'est pas nécessaire d'être très strict dans l'appréciation du caractère abusif de l'appel. En effet, le garant promet d'effectuer un paiement pour le cas où un risque déterminé se réaliserait. Une garantie présuppose donc qu'aussi longtemps que le risque ne survient pas, le garant n'est pas obligé d'effectuer le paiement, et cela même en cas de garantie à première demande. On ne peut admettre que le garant doit payer une dette qu'il ne doit pas, car la garantie n'est pas une obligation « abstraite »¹³⁷¹. De même, la garantie crée une obligation conditionnelle de la part du garant. Le garant n'a aucune obligation tant que toutes les conditions suspensives ne se sont pas réalisées et un appel effectué avant leur réalisation demeure abusif. En revanche, le simple fait que l'appel à la garantie peut ne pas être justifié dans les rapports entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire ou qu'un litige existe entre eux quant à l'exécution parfaite des prestations découlant du contrat de base n'est pas suffisant pour refuser le paiement pour cause de fraude¹³⁷². En cas de doute sur le caractère abusif de l'appel à la garantie, il faut admettre que le garant a l'obligation de payer.

711. En revanche, il faut être strict dans l'appréciation de la preuve de l'appel abusif. Autrement dit, il faut admettre que la non-réalisation du risque doit être évidente pour que le garant refuse d'effectuer le paiement. Ce dernier peut refuser le paiement s'il sait d'une manière « indubitable »

que contre-garante, que la banque étrangère commet elle-même un abus de droit en demandant le remboursement. » Voir aussi DOHM, Conservatoire, p. 61.

¹³⁷¹ Voir *supra*, n. 255 ss.

¹³⁷² DOHM, Garantie, p. 114, n. 229 ; EGGGER, p. 16 ; LÖW, p. 81. « Quant à savoir si la force majeure empêchant l'exécution du contrat entre le donneur et le bénéficiaire peut être constitutive d'une fraude et empêcher le paiement de la garantie, il s'agit d'une question qui peut difficilement avoir une réponse claire. » LOMBARDINI, p. 314ss, n. 91. Le Tribunal fédéral a refusé d'accorder une libération au garant pour cause de force majeure. ATF 46 II 157, 162 ss, c. 6 (= JT 1920 I 489, 494). Voir aussi ATF 75 II 49 (= JdT 1949 I 298). KLEINER, Bankgarantie, p. 197, n. 21.34. Par exemple, pour Egger, un vice affectant la qualité de la marchandise ou l'exécution imparfaite d'une dette de livraison ne peuvent pas empêcher l'appel à la garantie pour cause d'appel abusif. EGGGER, p. 16.

que le risque n'est pas survenu ou n'existe plus. On peut ainsi éviter que le donneur d'ordre n'empêche le paiement de la garantie pour ses propres intérêts.

712. Il faut ajouter que c'est au donneur d'ordre d'apporter une preuve « univoque » et « dépourvue de toute ambiguïté » au garant pour que celui-ci puisse et doive refuser le paiement¹³⁷³. La banque garante n'a aucune obligation de vérifier auprès du bénéficiaire ou, le cas échéant, auprès de la seconde banque étrangère si l'appel reflète un caractère abusif¹³⁷⁴. En cas de doute, il faut toutefois d'admettre que la banque garante a l'obligation de payer. En revanche, si elle a connaissance du caractère abusif de l'appel d'une manière ou d'une autre, sans que le donneur d'ordre lui apporte la preuve du caractère abusif de l'appel, elle peut refuser le paiement¹³⁷⁵. En pratique, il est toutefois rare que la banque

¹³⁷³ « L'expérience a montré que, lorsque les affaires ont mal tourné pour lui, le donneur d'ordre fera grief à la banque non seulement d'avoir exécuté l'engagement qu'il lui avait demandé de prendre, mais aussi de ne pas l'avoir conseillé, ou de l'avoir mal conseillé, au moment de l'émission de la garantie, sur la portée de cet engagement et que, dans l'expression de ces griefs, le donneur d'ordre témoignera souvent d'une hargne extraordinaire à l'égard de son banquier. » SIMONT, p. 477.

Pour Schönle, l'abus de droit est manifeste si le donneur d'ordre arrive à démontrer au garant que le bénéficiaire n'a pas (plus) de prétention et cela sans aucun doute, sans que la banque doive faire des interprétations subtiles. Il voit un parallélisme entre les articles 966 II et 1030 III CO du droit cambiaire. SCHÖNLE, Missbrauch, p. 74. En outre, pour cet auteur, la banque a le droit de refuser le paiement s'il y a une décision juridique qui lui empêche d'effectuer le paiement. p. 75. La doctrine parle de « preuves liquides ». ZOBL, p. 44 ; KAHYAOĞLU, p. 78 ; ARKAN, Teminat, p. 82 ss ; MAZZONI, p. 301 ; TEKİNALP, p. 384 ss, n. 97 ; ROESLE, p. 102 ; DOĞAN, p. 183. Voir aussi EGGGER, p. 15 ss. Ce sont des preuves qui ne laissent aucun doute au garant sur le caractère abusif de l'appel. Par exemple, si une dette fiscale envers l'Etat est garantie par une banque, une quittance émise par l'autorité fiscale attestant le paiement est une preuve liquide et la banque qui le reçoit a l'obligation de refuser le paiement. 11. HD, E. 3236, K. 4977, T. 11.11.1983 (cité par TANDOĞAN, II, p. 860 ss) Voir aussi *idem*, p. 863, note. 25b.

¹³⁷⁴ DOHM, Garantie, p. 117 ss, n. 241, Mesures, p. 435 ; ZOBL, p. 44 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 211, n. 21.53 ; REİSOĞLU, Taahhüt, p. 76 ; BÜSSER, p. 282, n. 940, p. 289 ss, n. 966 ss ; LÖW, p. 112 ss. Tout ce que nous venons de citer est aussi valable pour les garanties indirectes. C'est au donneur d'ordre d'apporter la preuve de l'abus par la seconde banque.

¹³⁷⁵ Par exemple, si la banque a accordé une garantie pour une dette incorporée dans une lettre de change et si elle, en tant que tirée, a déjà payé cette somme au bénéficiaire, elle aura le droit de refuser le paiement. REİSOĞLU, Teminat, p. 75 ; KAHYAOĞLU, p. 20. Voir aussi BATTAL, p. 256.

dispose des éléments factuels qui lui permettent de prendre elle-même la décision de refuser le paiement¹³⁷⁶.

713. Dans l'hypothèse où un tel abus de droit serait évident, le garant a non seulement le droit, mais aussi l'obligation envers le donneur d'ordre de refuser le paiement¹³⁷⁷. Le juge doit en tenir compte d'office¹³⁷⁸. Pour certains auteurs, cet abus entraîne la dérogation au principe de l'abstraction et, par voie de conséquence, l'admissibilité limitée des exceptions fondées sur le rapport contractuel de base pour protéger le donneur d'ordre¹³⁷⁹. En revanche, selon nous, il ne s'agit pas d'une dérogation au principe « d'indépendance ». En effet, dans la plupart des exemples fournis par la doctrine sur l'appel abusif, l'exception d'appel abusif que le garant a le droit et l'obligation d'opposer au créancier n'est pas une exception qui découle du contrat de base, mais de la garantie elle-même¹³⁸⁰.

714. Si le garant effectue le paiement malgré un appel abusif, il perd son droit de se faire rembourser les frais par le donneur d'ordre (art. 402 CO)¹³⁸¹. Le cas échéant, il peut être obligé de lui payer des dommages-intérêts (art. 398 II CO)¹³⁸². Cependant, le bénéficiaire doit restituer au

¹³⁷⁶ LOMBARDINI, p. 315, n. 94.

¹³⁷⁷ DOHM, Garantie, p. 84, n. 146. La banque ne peut pas renoncer à l'avance à son droit d'invoquer l'abus. LOMBARDINI, p. 313, n. 88 ; ZOBL, p. 43, 45. *Contra* ROSSI, Garantie, p. 152, n. 539. Selon cet auteur, « l'interdiction de l'abus de droit n'est pas un principe de droit impératif et les contractants demeurent libres d'exclure ou de restreindre le recours aux règles de la bonne foi pour l'interprétation de leur convention. »

¹³⁷⁸ SJ 1984 457, 463, c. 3 ; ATF 86 II 223, 232, c. 6 (= JdT 1961 I 203, 208 ss). ZOBL, p. 43.

¹³⁷⁹ DOHM, Garantie, p. 85, n. 146 ; ZOBL, p. 43.

¹³⁸⁰ Voir *supra*, n. 709, *infra*, n. 715.

¹³⁸¹ SPAINI, p. 208 ; REİSOĞLU, Taahhüt, p. 75 ss. Voir aussi Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 4P.5/2002, c. 5 ; in : SJ 2003 I 95, 96, c. 5 ; Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 9 décembre 1983, c. 3f (bb) (cité par NOBEL, 1984, p. 227, 229 ss). Yargıtay a admis que le garant ne doit pas payer s'il sait que le risque n'est pas survenu. HGK, E. 1990/6-1, K. 1990/141, T. 28.2.1990 (www.kazanci.com.tr) ; 11. HD, E. 5093, K. 4856, T. 28.9.1987 (Yasa 1988, v. 11, no. 275) ; 11. HD, E. 3236, K. 4977, T. 11.11.1983 (cité par TANDOĞAN, II, p. 861) ; 15. HD, E. 1616, K. 1715, T. 3.7.1980 (Yasa 1980, p. 1447 ss) ; TD, E. 69/1977, K. 1429, T. 7.4.1970 (cité par AKYAZAN, Ticaret, p. 186) ; TD, E. 966-3008, K. 1543 T. 19.3.1968 (TİK 1970, C.1, p. 182, n. 253). Cela est valable même si la garantie est une garantie à première demande. ARKAN, Teminat, p. 79.

¹³⁸² BÜSSER, p. 398, n. 1298.

garant le paiement effectué¹³⁸³ et, s'il y a lieu, lui payer des dommages-intérêts provenant du « *Garantievertrag* »¹³⁸⁴.

2. Cas d'appel abusif

715. Sans vouloir ni pouvoir faire une liste exhaustive, on peut citer quelques cas où les refus de paiement sont admis par la doctrine et la jurisprudence¹³⁸⁵ :

- L'appel est abusif si le bénéficiaire sait qu'il n'a aucune pré-tention découlant de la dette garantie¹³⁸⁶. La doctrine admet également qu'on est en présence d'un appel abusif à la garantie de

¹³⁸³ Dans un arrêt, Yargıtay a admis, sans toutefois parler des articles sur l'enrichissement illégitime, que la banque peut demander au bénéficiaire le remboursement du montant payé, la restitution de la lettre de garantie, ainsi que le remboursement des frais qu'elle a dû payer pour cause de retard de remboursement de la lettre. TD, E. 66/2436, K. 4351, T. 28.11.1967 (cité par AKYAZAN, Ticaret, p. 173).

¹³⁸⁴ BÜSSER, p. 383 ss, n. 1249 ss. Voir aussi SPAINI, p. 211.

¹³⁸⁵ LOMBARDINI, p. 314, n. 89 ; DOHM, p. 42 ss, n. 35 ss.

¹³⁸⁶ BÜSSER, p. 373, n. 1222. Parce que, par exemple, l'obligation principale a été parfaitement exécutée par le donneur d'ordre, la garantie est expirée, « *die Inanspruchnahme bei Zahlungsverzug des Begünstigten* », la dette principale n'est pas encore exigible, c'est le bénéficiaire qui a violé le contrat, « *die Inanspruchnahme durch den Begünstigten der ein Dokumentenakkreditiv in vertragswidriger Weise nicht eröffnet* », une force majeure (qui n'est pas couverte par la garantie) a eu lieu, le contrat de base n'est pas légal pour contrariété à l'ordre public, les parties au contrat de base ont donné fin conventionnellement à ce dernier. BÜHLER, p. 151 ss. Voir aussi LÖW, p. 81.), le bénéficiaire a renoncé à son droit provenant du contrat de base (LÖW, p. 89. Voir aussi ZR 1987, n. 40, p. 89, 91 ss, c. 3.4) ou, tout simplement, le « *Garantifall also nicht eingetreten ist* ». HORN, p. 99. Dans un arrêt, Yargıtay a admis, sans parler d'un appel abusif, que la banque n'a pas l'obligation de payer si la prestation a été conformément exécutée et que ce fait est prouvé d'une manière indubitable. 11. HD, E. 3236, K. 4977, T. 11.11.1983 (cité par TANDOĞAN, II, p. 861). En matière de garantie de bonne exécution, le bénéficiaire peut demander par exemple le paiement, malgré la livraison convenable des marchandises. En matière de garantie d'acomptes, l'appel à la garantie est utilisé de manière abusive pour que le donneur d'ordre accorde au bénéficiaire des remises de prix, des rabais ou des avantages analogues. « L'expérience apprend également que l'importateur peut changer d'avis et vouloir résilier le contrat de base après l'avoir conclu, soit parce que cette opération ne présente plus d'intérêt pour lui, soit qu'il désire finalement attribuer le marché à un autre exportateur. Dans ce cas, l'importateur essaiera souvent d'obtenir le remboursement des acomptes qu'il a déjà versés en faisant abusivement appel à la garantie. » DOHM, Garantie, p. 43 ss, n. 37 ss. Voir aussi SJ 1985 609, 618, c. 7b.

la part du bénéficiaire si le contrat de base était nul pour cause de contrariété aux bonnes mœurs (art. 20 I CO), ou bien si les parties manifestaient que l'acte était simulé¹³⁸⁷. Pour Bühler, il en va de même « *obwohl eine Gerichtsurteil oder ein Schiedsgerichtsurteil vorliegt, das entweder die Vertragserfüllung bestätigt oder die Garantie ungültig erklärt.* »¹³⁸⁸

- L'appel est abusif si la garantie ne correspond pas au but convenu¹³⁸⁹ ou s'il n'a pas lieu pour le risque qu'elle a couvert, mais pour un autre risque¹³⁹⁰. En d'autres termes, il se peut que le bénéficiaire fasse appel à la garantie non en raison du contrat de base, pour lequel la garantie a été émise, mais en raison d'un autre contrat existant entre le même bénéficiaire et le donneur d'ordre.
- En matière de garantie documentaire, l'appel est abusif s'il est effectué bien que la survenance du risque ne ressort pas claire-

¹³⁸⁷ DOHM, Garantie, p. 113, n. 227.

¹³⁸⁸ BÜHLER, p. 152. « Il ne serait nullement justifié d'obliger la banque à effectuer le paiement, et ce, dans le seul intérêt de sauvegarder le principe de l'abstraction de la garantie bancaire, alors qu'il est manifeste que le bénéficiaire agit de manière abusive, dès lors qu'il ne peut raisonnablement pas prétendre avoir une créance contre le donneur d'ordre, pour quelque raison juridique que ce soit. » DOHM, Garantie, p. 113, n. 227. La doctrine fait une différence entre « *unberechtigt* » et « *rechtsmissbräuchlich* » appel selon l'article 2 CC et voit dans les exemples cités un caractère « *rechtsmissbräuchlich* ». GIGER, p. 261 ss. Voir aussi SCHÖNLE, Missbrauch, p. 74 ; EGGER, p. 16 ; LÖW, p. 100 ; LOGOZ, p. 151. Dans l'hypothèse où la garantie n'est pas valable, nous ne voyons pas comment on peut parler d'un appel abusif.

¹³⁸⁹ ZR 1987, n. 40, p. 89, 92, c. 3.4. Cependant, pour le Tribunal fédéral, « lorsque l'appel à garantie est abusif, le cas de garantie est formellement réalisé et le bénéficiaire pourrait demander au garant de s'exécuter, si une cause tirée du rapport de valeur et manifestement reconnaissable pour ce dernier ne s'y opposait. Cette situation doit être distinguée de l'appel à garantie contraire au but pour lequel cette dernière est stipulée ; dans ce cas, la garantie n'est pas due, car le motif qui justifierait son appel n'existe pas – ou plus –, le défaut découlant directement du contrat de garantie passé entre le donneur d'ordre et le garant (rapport de couverture ou de provision), et non pas du rapport de valeur. » Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour civile, 8 avril 2002. W.K.V. c. Raiffeisenbank et Crédit Suisse. 4P.5/2002, c. 5 (SJ 2003 I 95, 96, c. 5).

¹³⁹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 19 mai 2003, 4C.25/2003, c. 2.1 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 335, r50) ; 15. HD, E. 1988/2318, K 1988/2412, T. 23.6.1988 (YKD 1989, v. 15, no. 3, p. 388) ; 11. HD, E. 5497, K. 280, T. 28.1.1982 (BATIDER 1987, v. 14, no. 1, p. 121 ss) ; TD, E. 3749, K. 5628, T. 23.9.1971 (RKD 1972, p. 205) ; HORN, p. 99 ; REİSOĞLU, Teminat, p. 72 ss, Taahhüt, p. 76 ; BÜHLER, p. 152, LÖW, p. 102 ss ; LOMBARDINI, p. 314, n. 89.

ment du document (par exemple du rapport d'expert) ou si le document est falsifié¹³⁹¹.

- L'appel est abusif lorsqu'il a lieu malgré la remise de dette de la part du bénéficiaire ou quand il s'effectue avant le terme octroyé au garant par ce dernier¹³⁹². Pour le Tribunal fédéral aussi « ...le bénéficiaire qui appelle une garantie assortie d'un terme suspensif non encore échu ou une garantie nulle a un comportement abusif, lequel justifie un refus de payer fondé sur les caractéristiques objectives du contrat. »¹³⁹³

L'appel est « à proprement dit » abusif lorsque :

- le montant exigé par le bénéficiaire excède manifestement le dommage subi. En revanche, « le simple fait que la créance du bénéficiaire soit moins importante que le montant de la garantie ne suffit pas à soutenir qu'appeler la garantie représente un abus puisque les parties peuvent prévoir un mécanisme de réduction automatique et doivent supporter les conséquences du fait qu'ils ne l'ont pas prévu. »¹³⁹⁴
- le bénéficiaire a causé la défaillance du débiteur lui permettant l'appel à la garantie¹³⁹⁵ ou s'il lui a empêché l'exécution de l'obligation garantie¹³⁹⁶ ou encore s'il refuse sans raison légitime la prestation du donneur d'ordre (art. 91 CO)¹³⁹⁷.

¹³⁹¹ SPAINI, p. 149 ss. La Cour civile du Tribunal cantonal a admis que la production d'un document falsifié est constitutive de l'abus de droit. Cour civile de canton de Vaud, 5 août 1986, Vortex international Corporation c/CBT Corp et CBC Bank (Arrêt non publié, cité par LOGOZ, p. 152, note. 684).

¹³⁹² BÜSSER, p. 345 ss, n. 1148. « ... *Dass ist z.B. denkbar, wenn der Begünstigte sein Interesse an der garantiesichersten Leistung verloren hat, weil ihm von dritter Seite ein besseres Angebot gemacht worden ist und er die Garantiezahlung zur <Rückholung> der seinerseits bereits erbrachten Gegenleistung oder anderer Investitionen missbraucht.* » BÜSSER, p. 373 ss, n. 1223.

¹³⁹³ ATF 122 III 273, 277, c. 3a (bb) (= rés. JT 1997 I 223).

¹³⁹⁴ LOMBARDINI, p. 314, n. 89. Voir aussi LOGOZ, p. 156 ; BÜHLER, p. 152.

¹³⁹⁵ ARKAN, Teminat, p. 81 ; LOMBARDINI, p. 314, n. 89 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 15. Toutefois, le garant peut néanmoins s'engager à répondre pour une faute légère du bénéficiaire, mais pas pour une faute lourde, car cette stipulation serait nulle en vertu de l'article 100 I CO. SCYBOZ, p. 20 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 171 ; REUSSER, p. 73 ss. De même, si le risque est survenu par faute d'un auxiliaire du bénéficiaire, le garant peut refuser le paiement. KAHYAOĞLU, p. 80.

¹³⁹⁶ KLEINER, Bankgarantie, p. 208, n. 21.49 ; BÜSSER, p. 375, n. 1226. Voir aussi LÖW, p. 85 ; SCYBOZ, p. 20. Il s'agit aussi d'une application de l'article 156 CO. BÜSSER, p. 375, n. 1226 ; PETER, p. 156. Si le contrat de base prévoit par exemple

- le contrat de base est conclu suite à un dol ou une crainte fondée commis par le bénéficiaire, ou encore si celui-ci avait connaissance de l'invalidité du contrat pour cause de dol ou de crainte fondée commis par un tiers¹³⁹⁸. En revanche, le seul fait que le contrat de base soit entaché d'une erreur, d'un dol ou d'une crainte fondée ne suffit pas pour admettre l'existence d'un appel abusif¹³⁹⁹.

716. Pour la doctrine, l'appel effectué suivant la condition « *extend or pay* » n'est pas frauduleux de soi¹⁴⁰⁰. D'après Löw, « *mit einem solchen sogenannten <extend or pay> – Begehren erfüllt der Begünstigte den Missbrauchstatbestand nicht. Ein <extend or pay> – Begehren stellt je nach den Umständen des Einzelfalls einzig ein Indiz für eine miss-*

que le débiteur (donneur d'ordre) ne livrera les marchandises qu'après l'ouverture d'un accreditif par le créancier (le bénéficiaire), celui-ci ne peut pas faire appel au garant avant d'avoir fourni cet accreditif. ARKAN, Teminat, p. 81.

1397

SCYBOZ, p. 20 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 15.

1398

BÜSSER, p. 376, n. 1231.

1399

LÖW, p. 99 ; DOHM, Garantie, p. 114, n. 229 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 197, n. 21.34.

1400

« Les motifs pour lesquels le bénéficiaire se comporte de la sorte peuvent être variés. Il peut vouloir sauvegarder ses droits ou exercer une pression sur le donneur d'ordre pour résoudre un litige commercial. La fraude ne peut pas non plus être retenue du seul fait que des rapports étroits existent entre bénéficiaire et banque émettrice. » LOMBARDINI, p. 314, n. 90. De même, pour Dohm, si les parties ne sont pas d'accord sur la conformité au contrat des biens d'exportation, l'appel effectué avec une telle clause ne constitue pas un appel abusif. DOHM, Garantie, p. 116, n. 238. Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 186, n. 21.13 ; BÜSSER, p. 244, n. 818 ; LÖW, p. 105. Sur ce sujet, voir aussi SPAINI, p. 97. Cet auteur affirme cette idée en disant qu'un tel appel est abusif si le cas garanti n'a pas eu lieu de manière « *offensichtlich* ». SPAINI, p. 144. A notre avis, cette question ne concerne pas le caractère abusif de la clause « *extend or pay* », mais celui de l'appel lui-même. En d'autres termes, si l'appel est déjà clairement abusif, il n'est pas nécessaire de discuter le caractère abusif de l'appel avec la formule « *extend or pay* ». La question se pose plutôt en cas d'appel non abusif.

Pour Kleiner, un tel appel est efficace s'il s'agit d'une garantie à première demande. En revanche, s'il s'agit d'une garantie qui prévoit d'autres conditions, l'appel effectué avant la réalisation de toutes les conditions n'est pas suffisant. KLEINER, Bankgarantie, p. 186, n. 21.13. En revanche, Kahyaoğlu y voit un appel abusif. Le garant ne doit pas effectuer le paiement si le donneur d'ordre prouve le caractère abusif de l'appel. KAHYAOĞLU, p. 81. Pour Arkan, s'il s'agit d'une garantie à première demande, il faut l'admettre comme une offre conditionnelle pour la prolongation de la garantie. Si la banque ne l'accepte pas, elle doit payer. En revanche, s'il s'agit d'une garantie qui n'est pas à première demande, un tel appel est inopérant et la banque doit refuser le paiement. ARKAN, Teminat, p. 73.

bräuchlich Inanspruchname dar. »¹⁴⁰¹ Giger y voit un appel qu'on peut situer entre « *unberechtigt* » et « *rechtsmissbräuchlich* »¹⁴⁰².

B. Cautionnement

717. Comme nous l'avons dit, le devoir d'examiner les conditions en cas d'appel à la garantie est très étendu en matière de cautionnement. Tout comme en matière de garantie documentaire, un appel abusif à la garantie n'est donc guère imaginable en matière de cautionnement¹⁴⁰³.

¹⁴⁰¹ LÖW, p. 105. De même, « cette prétention n'implique pas nécessairement l'abus, mais elle constitue cependant dans de nombreux cas, l'indice permettant de conclure au caractère frauduleux de l'appel à la garantie, si bien que la banque a déjà pour cette seule raison l'obligation d'informer son client. » DOHM, p. 83, n. 142.

¹⁴⁰² En cas de doute, il faut admettre que l'appel n'est pas abusif.

¹⁴⁰³ Voir *supra*, n. 123.

CHAPITRE DEUXIEME :
DIFFÉRENCES QUANT AUX DROITS DU
GARANT

§1 DROITS DU GARANT ENVERS LE
CREANCIER

718. Dans cette partie de notre travail, nous examinerons les droits du garant envers le créancier. Dans ce but, nous allons analyser tout d'abord le droit du garant d'opposer des exceptions sur la demande de paiement et ensuite les obligations du créancier vis-à-vis de celui qui fournit la sûreté personnelle.

I. Droit d'opposer des exceptions envers le créancier

719. Comme il y a un rapport triangulaire entre le garant et les parties au contrat de base, on peut imaginer l'opposition des exceptions par le garant sur trois bases juridiques : la garantie, le contrat de base et le contrat de couverture. En examinant les exceptions résultant du contrat de couverture, nous n'allons pas faire deux sous-parties dans la mesure où n'y a aucune différence en la matière entre le cautionnement et la garantie indépendante.

A. Exceptions résultant du contrat de couverture

720. Le garant ne peut en aucun cas opposer au créancier les exceptions qu'il a vis-à-vis du débiteur principal¹⁴⁰⁴. En d'autres termes, les aléas affectant le rapport entre le débiteur principal et le garant ne

¹⁴⁰⁴ En matière de garantie indépendante, la doctrine admet que le garant peut opposer certaines exceptions si celles-ci sont réservées par la garantie elle-même. CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 16 ; DOHM, p. 110, n. 218.

permettent pas à ce dernier de remettre en question son engagement vis-à-vis du créancier, car il est un tiers à la relation entre les parties au rapport de couverture. En effet « *res inter alios acta tertiis nec prodest, nec nocet*¹⁴⁰⁵ ». Le garant ne peut donc pas refuser le paiement en alléguant que le contrat de couverture (mandat d'émission de garantie) était invalide pour cause d'immoralité ou d'illicéité (art. 20 CO), ou parce qu'il a été conclu suite à une erreur essentielle (art. 24 I 4 CO) ou à un dol de la part du donneur d'ordre (art. 28 I CO), ou encore parce qu'il était incapable de discernement à l'époque de la conclusion du contrat de mandat. De même, il ne peut pas refuser le paiement en faisant valoir, par exemple, que le donneur d'ordre est en faillite, que ses comptes font l'objet d'une saisie ou encore que le remboursement de la somme de la garantie sera impossible pour cause de restrictions étatiques de devises¹⁴⁰⁶.

721. Cependant, selon la doctrine, si le créancier a connu ou aurait dû connaître le dol (ou la menace) du donneur d'ordre affectant le contrat de couverture, la banque peut contester le paiement¹⁴⁰⁷. Le garant peut donc opposer au bénéficiaire le fait qu'il a été amené à émettre une garantie à la suite d'un dol (ou d'une menace) du donneur d'ordre qui l'aurait par exemple trompé sur sa situation financière, alors que le bénéficiaire connaissait ou aurait dû connaître le dol affectant la garantie (art. 28 II CO)¹⁴⁰⁸. A notre avis, il ne faut pas admettre que la libération du garant suite au dol du donneur d'ordre constitue une exception à la règle générale. Comme le dit Büsser, il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception, parce que le garant prétend que le contrat de garantie n'a pas force obligatoire non pas tant en soutenant que le mandat d'émission de la garantie n'aurait pas eu force obligatoire, mais en prétendant que le bénéficiaire a eu connaissance, respectivement aurait dû avoir connaissance, de l'intention de tromper dont a fait preuve le garant à l'encontre du donneur d'ordre dans le rapport de couverture. En d'autres termes, l'objection du garant à l'encontre du bénéficiaire pour cause de tromperie est fondée sur la seule règle de l'art. 28 al. 2 CO et ne constitue

¹⁴⁰⁵ SCHULTHESS, p. 118. Voir aussi CR-MEIER, art. 502, n. 4 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 3 ; TERCIER, Contrats, p. 882, n. 6132 ; LOMBARDINI, p. 607, n. 134 ; BECK, art. 502, n. 7 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 502, n. 7 ; de GOTTRAU, Standby, p. 9ss.

¹⁴⁰⁶ SCHÖNLE, Missbrauch, p. 59.

¹⁴⁰⁷ de GOTTRAU, I, p. 21, note. 109 ; BÜSSER, p. 360, n. 1190, 1192 ; TEKINALP, p. 393, n. 111. Voir aussi SCHÖNLE, Missbrauch, p. 59.

¹⁴⁰⁸ de GOTTRAU, I, p. 21, note. 109 ; BÜSSER, p. 360 ss, n. 1190 ss. En outre, en ce qui concerne la menace, le garant peut également se départir du contrat en indemnisant le bénéficiaire même si ce dernier ne l'a connue, ni dû connaître.

dès lors pas une objection « découlant du rapport de couverture », mais une objection du garant provenant de son propre droit, objection qui repose sur les circonstances entourant le rapport de couverture¹⁴⁰⁹.

B. Exceptions résultant du contrat de base

1. Cautionnement

722. Le caractère particulier de l'institution, et surtout le fait qu'elle soit accessoire¹⁴¹⁰, permet à la caution d'opposer les exceptions appartenant au créancier ou à ses héritiers (art. 502 I, 1 CO), car la caution est responsable de la dette dans la mesure où le débiteur principal est lui-même obligé¹⁴¹¹.

723. Selon l'article 502 CO, la caution a le droit et l'obligation d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui ne résultent pas de l'insolvabilité de ce dernier. Pour la doctrine, bien que le code ne parle que des exceptions, il s'agit là d'exceptions au sens technique du terme (*Einrede*) et d'objections (*Einwendung*)¹⁴¹², ainsi que « tous les moyens, résultant de la loi ou de l'obligation, qui permettent au débiteur principal de refuser, temporairement ou définitivement, l'exécution de la dette principale. »¹⁴¹³ En pratique, lorsque les parties parlent, par exemple, de « toutes les exceptions », elles évoquent les deux en même temps¹⁴¹⁴.

724. L'article précité apporte deux exceptions à ce principe. En premier lieu, en vertu de l'article 502 I 1^{ère} phrase CO, la caution ne peut pas opposer au créancier l'insolvabilité du débiteur principal, ce qui est

¹⁴⁰⁹ BÜSSER, p. 360 ss, n. 1191.

¹⁴¹⁰ La caution a le droit d'opposer au créancier les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et cela est conforme au caractère accessoire du cautionnement. ATF 60 II 294, 304, c. 4a (= JdT 1935 I 72, 78).

¹⁴¹¹ TERCIER, Contrats, p. 879, n. 6114.

¹⁴¹² SCYBOZ, p. 68 ; CR-MEIER, art. 502, n. 8 ; de BIASIO, p. 65 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 169 ; GRASSINGER, p. 17 ss ; KLEINER, Bankgarantie, p. 31, n. 5.09 ; BECK, art. 502, n. 9 ; VELIDEDEOGLU, OZDEMIR, p. 701 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 4 ; BK-GIOVANOLI, art. 502, n. 2 ; OLGAC, Kefalet, p. 41 ss. En droit allemand aussi le cautionnement est accessoire, car, dans ce domaine-là également, la caution a le droit d'opposer les exceptions.

¹⁴¹³ CR-MEIER, art. 502, n. 8.

¹⁴¹⁴ KLEINER, Bankgarantie, p. 49, n. 5.36 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 4.

logique vu la *ratio legis* de l'institution¹⁴¹⁵. La caution dispose de toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur et qui ne résultent pas de son insolvabilité¹⁴¹⁶, et d'« autres restrictions mises à sa recherche¹⁴¹⁷ ».

725. En deuxième lieu, la caution ne peut se prévaloir de l'erreur et de l'incapacité du débiteur principal ou de la prescription de la dette garantie si elle l'a garantie en toute connaissance de cause (art. 492 III, 502 I 2^{ème} phrase CO)¹⁴¹⁸. Il s'agit du « Cautionnement-garantie¹⁴¹⁹ », qui est une

¹⁴¹⁵ SCYBOZ, p. 70 ; CR-MEIER, art. 502, n. 12 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 9 ; BK-GIOVANOLI, art. 502, n. 14. En droit turc, on admet le même résultat malgré l'absence de cette disposition. REİSOĞLU, Kefalet, p. 170 ; BİLGE, Hüküm, p. 595 ; GRASSINGER, p. 54 ss. Voir aussi 19 HD, E. 1484, K. 8486, T. 1.10.1996 (cité par KARAHASAN, p. 1249, note. 81). Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 596 I PCOtr. En droit italien, selon l'article 1945 du Code civil, « la caution (*fideiussione*) peut opposer aux créanciers toutes les exceptions appartenant au débiteur principal, sauf celle découlant de l'incapacité (de ce dernier) » MAZZONI, p. 282.

¹⁴¹⁶ GILLIERON, Pierre André, p. 106.

¹⁴¹⁷ CR-MEIER, art. 502, n. 12 ; TERCIER, Contrats, p. 880, n. 6120 ss. La caution reste toujours liée malgré la libération du débiteur principal par suite d'un concordat judiciaire auquel le créancier a adhéré (art. 293 ss LP, 114 III CO). Cependant, le concordat extra-judiciaire profite à la caution de même qu'un sursis extra-judiciaire accordé au débiteur principal par le créancier. CR-MEIER, art. 502, n. 12 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 9, 10. Elle ne peut pas non plus opposer au créancier les exceptions du débiteur principal et de ses héritiers fondées notamment sur la suspension des poursuites pendant l'inventaire (art. 586 I CC), la responsabilité limitée à l'émolument en cas de dévolution de la succession au canton (art. 592 CC) et l'absence de responsabilité personnelle des héritiers en cas de liquidation officielle de la succession (art. 593 III CC). CR-MEIER, art. 502, n. 13.

¹⁴¹⁸ Voir *supra*, n. 63. En droit turc, cette solution est admise pour l'erreur et l'incapacité, mais pas pour la prescription (art. 485 COtr). TD, E. 395, K. 210, T. 15.4.1968 (cité par KARAHASAN, p. 1212, note. 15) ; GRASSINGER, p. 33, 58 ss ; TANDOĞAN, II, 724. Voir cependant *supra*, n. 44 et les articles 587 II et 596 I PCOtr. Cet article ne peut s'appliquer ni en cas de dol ou de crainte fondée (von TUHR, Bemerkungen, p. 227 ; KARAHASAN, p. 1212) ni pour d'autres causes d'invalidité du contrat de base. Voir BJM 1994 38, 41, c. 1 : « ...die Unterstellung einer Garantiepflichtung unter das Bürgschaftsrecht aufgrund dieser Bestimmung nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Ungültigkeit eines Geschäftes auf einen in der Person des Schuldners begründeten rechtlichen Mangel zurückzuführen. » Il n'est donc pas applicable si le contrat de base n'est pas valable pour cause de simulation ou pour cause de contrariété aux mœurs ou aux lois (art. 20 CO). Le fardeau de la preuve concernant la connaissance que la caution a du vice affectant le contrat de base incombe au créancier. BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 80.

¹⁴¹⁹ TERCIER, Contrats, p. 880, n. 6123 ; CR-MEIER, art. 502, n. 14 ; BECK, art. 502, n. 42.

garantie indépendante¹⁴²⁰ par lequel le garant n'a pas le droit d'invoquer le vice résultant du contrat de valeur qu'il connaissait au moment où il s'est engagé¹⁴²¹.

726. La caution fait valoir ses exceptions en vertu d'un droit propre et non pas à titre dérivé¹⁴²². L'article 502 CO prévoit que « si le débiteur renonce à une exception qui lui appartient, la caution peut néanmoins l'opposer au créancier. » Par cela, il faut entendre les exceptions abandonnées par le débiteur. « Si les exceptions dont jouissait le débiteur se trouvent périmées par suite de l'écoulement du temps, cette péremption est opposable à la caution. »¹⁴²³

727. En conséquence, la caution peut et doit se prévaloir des exceptions résultant¹⁴²⁴ de la naissance de l'obligation principale¹⁴²⁵, de son

¹⁴²⁰ BECK, art. 492, n. 120, art. 502, n. 42, International, p. 514 ; de BIASIO, p. 6, 117 ; BaK-PESTALOZZI, art. 492, n. 25 ; BK-GIOVANOLI, art. 492, n. 80 ; von TUHR, Bemerkungen, p. 226 ; TANDOĞAN, II, p. 722 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 114 ; HUGUENIN, Besonderer, p. 189, n. 1236 ; REIN, p. 57 ; STAEHELIN, Adrian, p. 329. Avec cette disposition, le législateur a voulu appliquer les règles concernant la forme et le montant du cautionnement à ces contrats de garantie. Il n'a pas voulu l'existence d'un certain cautionnement, car si on admet que la personne qui donne la sûreté est une caution, cela revient à dire que, après avoir payé, elle peut recourir au débiteur qui n'est pas obligé pour cause d'erreur ou d'incapacité. REİSOĞLU, Kefalet, p. 21. Cela n'est pas admissible quand on admet qu'une personne peut se porter caution à l'insu de la volonté du débiteur. Voir *supra*, note. 242, 260.

¹⁴²¹ CR-MEIER, art. 502, n. 14 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 10.

¹⁴²² TERCIER, Contrats, p. 879, n. 6115 ; CR-MEIER, art. 502, n. 6 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 4 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 170 ss ; GRASSINGER, p. 18.

¹⁴²³ TERCIER, Contrats, p. 879, n. 6116. Voir aussi REİSOĞLU, Kefalet, p. 179. Malgré l'absence d'une telle disposition, le droit turc reconnaît également que le droit d'opposer les exceptions de la caution n'est pas à titre dérivé. 4. HD, E. 8713, K. 2769, T. 24.3.1969 (cité par KARAHASAN, p. 1250, note. 83a). En revanche, la caution ne peut pas opposer les exceptions que le débiteur principal non plus ne peut pas opposer. 4. HD, E. 1158, K. 2343, T. 20.4.1950 (cité par ÖZTÜRK, ERULUÇ, AKÇOLLU, ŞENTÜRK, p. 368.) Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 596 II PCOtr.

¹⁴²⁴ CR-MEIER, art. 502, n. 9 ; BK-GIOVANOLI, art. 502, n. 4 ; TANDOĞAN, II, p. 781 ss ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 171 ss ; GRASSINGER, p. 19 ss ; de BIASIO, p. 104 ss ; SCHULTHESS, p. 107 ss ; GUT, p. 68 ss ; BECK, art. 502, n. 12 ss ; KARAHASAN, p. 1149.

¹⁴²⁵ Par exemple, le défaut de capacité du débiteur principal (art. 17 ss CC), le vice de forme de l'obligation principale (art. 11 II CO) [13. HD, E. 1984/458, K. 1984/2118, T. 20.3.1984 (YKD 1984, v. X, no. 10, p. 1544)], la simulation (art. 18 II CO), la nullité (art. 20 CO), le vice de consentements (art. 23 ss CO), la lésion (art. 21 CO) ou le défaut de représentation (art. 32 CO).

contenu et de ses effets¹⁴²⁶, de son extinction¹⁴²⁷, des droits des héritiers du débiteur principal¹⁴²⁸, ainsi que du droit de procédure¹⁴²⁹.

728. En revanche, la caution ne peut se prévaloir des droits formateurs du débiteur principal¹⁴³⁰. Elle peut, et elle doit seulement refuser le paiement dans la mesure où celui-ci peut exercer son droit¹⁴³¹. Si le débiteur principal a laissé le temps s'écouler sans invalider le contrat ou

¹⁴²⁶ Par exemple, le défaut d'exigibilité (art. 501 CO), l'*exceptio non adimpleti contractus* (art. 82 CO) et la demeure du créancier (art. 91 ss CO). Si le créancier a créé le dommage, la caution peut le lui opposer. 11. HD, E. 1715, K. 3508, T. 15.5.1986 (cité par REİSOĞLU, Kefalet, p. 172, note. 10).

¹⁴²⁷ La caution est libérée lorsque l'obligation principale est éteinte qu'elle qu'en soit la cause (art. 509 I CO) ; par exemple, pour cause de la remise conventionnelle de la dette principale (art. 115 CO), de la novation (art. 116 CO), de la confusion entre les qualités de débiteur principal et de créancier (art. 118 I CO), de l'impossibilité subséquente (art. 119 CO) et de la prescription (art. 127 ss CO). 12. HD, E. 11483 K. 11776, T. 27.12.1973 (YKD 1975, v. 1, no. 5, p. 71) ; HGK, E. 18, K. 39, T. 25.12.1963 (cité par OLGAC, Akit, p. 583) ; TD, E. 958-545, K. 1032, T. 8.4.1958 (TİK 1958, v. I-II, no. 458, p. 303). Elle est également libérée lorsque la qualité du débiteur et celle de la caution se trouvent réunies dans la même personne (art. 509 II CO).

Selon GRASSINGER, lorsque la caution cause l'impossibilité subséquente de la dette principale, elle est libérée avec le débiteur principal si elle n'a pas agi volontairement pour endommager le créancier (art. 41 II CO). GRASSINGER, p. 22. Quant à la prescription, il ne faut pas oublier que si la dette est garantie en même temps par un gage immobilier, elle ne se prescrit pas. La caution ne peut donc jamais opposer l'exception de prescription de la dette principale (art. 807 CC). GRASSINGER, p. 35. Pour plus de détails sur ce sujet, voir également HEMMELER, p. 22 ss.

¹⁴²⁸ Par exemple, la responsabilité limitée des héritiers en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire (art. 589 CC) ou l'exception résultant d'une liquidation officielle de la succession, puisqu'elles sont liées à l'insolvabilité du débiteur (art. 593, 597 CC).

¹⁴²⁹ Par exemple, l'exception de *res iudicata*. BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 8 ; BK-GIOVANOLI, art. 502, n. 9 ; CR-MEIER, art. 502, n. 9 ; GRASSINGER, p. 49. *Contra* 4. HD, E. 931, K. 1154, T. 30.3.1931 (cité par TUĞSAVUL, ÖZOGUZ, p. 239). Cependant, une condamnation totale ou partielle du débiteur principal demeure *res inter alios acta* pour la caution. ATF 57 II 518, 521 ss, c. 1 (= JdT 1932 I 430, 434) ; SCYBOZ, p. 70 ; CR-MEIER, art. 502, n. 9, not. 17 ; GRASSINGER, p. 50. Voir aussi 4. HD, E. 8713, K. 2769, T. 24.3.1969 (cité par KARAHASAN, p. 1250, note. 83a).

¹⁴³⁰ Voir *supra*, n. 306. L'obligation de la caution est une obligation de sûreté ; en d'autres termes, c'est une obligation passive. ([...] *dass der Bürge eben nur zur Sicherung da ist und rein passiv abzuwarten hat, wie sich die Hauptschuld gestalten wird.*) SCHULTHESS, p. 112.

¹⁴³¹ C'est l'application par analogie de l'article 121 CO. GRASSINGER, p. 36.

s'il a ratifié le contrat, la caution n'a plus la possibilité de refuser le paiement¹⁴³². Elle est toutefois libérée si le débiteur a invalidé le contrat.

729. Quant à la compensation, l'article 121 CO dispose, dans un souci d'équité et de protection de la caution, que celle-ci peut refuser de payer le créancier tant que le débiteur principal a le droit d'invoquer la compensation¹⁴³³. En l'absence d'une telle disposition, la caution ne pourrait pas refuser le paiement, car le droit à la compensation ne résulte pas de l'obligation principale et elle ne serait donc pas protégée par le principe de l'accessoriété¹⁴³⁴.

730. Le code octroie à la caution le droit d'opposer au créancier les exceptions appartenant au débiteur principal, même si ce dernier renonce à se prévaloir de tout ou partie de ces exceptions¹⁴³⁵ (art. 502 II CO), à

¹⁴³² Par exemple, en cas de vices de consentement du débiteur principal ou bien en cas de lésion. GRASSINGER, p. 41 ss. Voir aussi ATF 45 II 568, 571 ss, c. 2 (= JdT 1920 I 124, 127 ss) ; SCYBOZ, p. 53, 69 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 5 ; BK-GIOVANOLI, art. 502, n. 11 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 177. La doctrine ne voit pas une aggravation de la dette garantie dans le fait que la caution doit respecter la décision du débiteur. CR-MEIER, art. 502, n. 10. La caution ne peut pas opposer au créancier-vendeur la résiliation de la vente ou la réduction du prix pour cause de défaut de la chose (art. 205 CO). REİSOĞLU, Kefalet, p. 178. En revanche, pour von TUHR, on peut appliquer l'article 121 CO par analogie quand il s'agit d'un droit de résiliation légale (art. 107 CO, par exemple), « *nicht jedoch bei verabredetem Rücktritt, weil dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, auf die Leistung zu warten, bis der Schuldner über die Ausübung seines Rücktrittsrechts einen Entschluss gefasst hat.* » von TUHR, Bemerkungen, p. 246.

¹⁴³³ ATF 126 III 25, 28, c. 3b (= rés. JdT 2000 I 610) ; CR-MEIER, art. 502, n. 11 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 7 ; BK-GIOVANOLI, art. 502, n. 5 ss ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 178. Voir aussi HEMMELER, p. 32 ss. L'article est applicable à tous les types de cautionnement. GRASSINGER, p. 38.

¹⁴³⁴ CR-MEIER, art. 502, n. 11. Lorsque le débiteur refuse la compensation, la caution ne doit payer sur la demande du créancier que si elle s'est engagée en connaissant le refus ou si elle a consenti à cette renonciation par la suite. BECK, art. 502, n. 19 ss ; CR-MEIER, art. 502, n. 11 ; SCYBOZ, p. 69 ; BK-GIOVANOLI, art. 502, n. 5b. Il faut réserver les cas dans lesquels la compensation ne peut être imposée au débiteur. CR-MEIER, art. 502, n. 11, note. 23. Lorsque le débiteur ne veut pas exercer son droit, la caution ne saurait être libérée par l'effet de l'article 121 CO, malgré sa lettre. SCYBOZ, p. 69.

¹⁴³⁵ 4. HD, E. 8713, K. 2769, T. 24.3.1969 (cité par KARAHASAN, p. 1250, note. 83a). C'est le résultat du fait que ces moyens ne sont pas des moyens dérivés mais des moyens propres au cautionnement. BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 4. En outre, il est aussi le résultat du principe selon lequel le débiteur principal ne peut pas aggraver la situation de la caution. BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 11. Ce droit reconnu à la caution par le législateur suisse et par Yargitay a ses limites dans les règles de la bonne foi. GRASSINGER, p. 63.

moins qu'elle ne connût déjà la renonciation à l'époque de son engagement et qu'elle y ait consenti postérieurement¹⁴³⁶. La disposition ne concerne pas la renonciation du débiteur aux exceptions par omission¹⁴³⁷.

731. La doctrine majoritaire admet qu'une renonciation à opposer au bénéficiaire les exceptions appartenant au débiteur principal change le caractère de l'engagement. Si la caution renonce au moment de l'émission de la garantie à faire valoir les exceptions appartenant au débiteur principal, on est en présence d'un contrat de garantie ou d'une reprise cumulative de dette¹⁴³⁸. Pour une autre partie de la doctrine, cette renonciation ne donnera pas toujours lieu à l'admission d'un engagement indépendant. Si on peut déterminer la volonté des parties de conclure un engagement accessoire, il faudra admettre que la clause de renonciation est nulle¹⁴³⁹. Dans une relation de cautionnement, une telle renonciation n'est donc pas valable (art. 492 IV CO)¹⁴⁴⁰.

732. Le code parle non seulement d'un droit mais aussi d'une obligation pour la caution d'opposer les exceptions au créancier, dans le but de sauvegarder les intérêts du débiteur. Il s'agit ici plutôt d'incombances « dont la sanction est la déchéance du droit de recours¹⁴⁴¹ ». En d'autres termes, une caution qui n'oppose pas les exceptions va non seulement payer sa dette envers le créancier, mais elle sera également déchu de son droit de recours dans la mesure où ces exceptions l'auraient dispensée de payer, à moins qu'elle ne prouve qu'elle les ignorait sans sa faute (art. 502 III CO, 8 CC)¹⁴⁴².

¹⁴³⁶ CR-MEIER, art. 502, n. 15 ; BK-GIOVANOLI, art. 502, n. 5b. Voir aussi l'article 141 III CO au sujet de la prescription.

¹⁴³⁷ « Lorsque le débiteur omet de faire valoir un moyen qui est soumis à un délai de péremption et qu'il s'en trouve forclos, la caution n'est pas admise à le faire valoir non plus. » CR-MEIER, art. 502, n. 15. Voir aussi PESTALOZZI, art. 502, n. 15 ; ATF 45 II 568, 571, c. 2 (= JdT 1920 I 124, 127).

¹⁴³⁸ CR-MEIER, art. 502, n. 16 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, 12. « C'est d'ailleurs l'un des critères utilisés pour distinguer le cautionnement du porte-fort ou de la garantie indépendante, dans lesquels le garant renonce de manière anticipée au droit d'opposer les exceptions du débiteur. » CR-MEIER, art. 502, n. 1.

¹⁴³⁹ REİSOĞLU, Kefalet, p. 180 ; TANDOĞAN, II, p. 783 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 502, n. 33.

¹⁴⁴⁰ CR-MEIER, art. 502, n. 16 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 12.

¹⁴⁴¹ CR-MEIER, art. 502, n. 7. Le débiteur principal doit prouver, sur le recours de la caution, que celle-là n'a pas opposé les exceptions ou ne l'a pas fait convenablement. de BIASIO, p. 65 ss.

¹⁴⁴² GRASSINGER, p. 35 ; BECK, art. 502, n. 49. La caution doit prouver (art. 8 CC) qu'elle ne connaissait pas les exceptions et qu'elle ne devait pas les connaître.

733. A notre avis, dès que le débiteur principal renonce à se prévaloir de tout ou partie des exceptions, la caution ne doit pas être obligée de les opposer au créancier. En d'autres termes, dans une telle hypothèse, une caution négligeant d'opposer les exceptions en question au créancier garde toujours son droit de recours envers le débiteur principal.

734. Enfin, pour éviter de transformer une dette imparfaite en un droit de créance pouvant être invoqué en justice par le détournement de la garantie personnelle fournie par la caution¹⁴⁴³, la loi octroie à la caution la possibilité de soulever l'exception résultant des dettes de jeu et de pari malgré sa connaissance de la nature de la dette au moment de son engagement (art. 502 IV CO)¹⁴⁴⁴.

2. Garantie indépendante

735. En principe, le garant ne peut pas opposer au bénéficiaire les exceptions résultant du contrat de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, car la garantie est indépendante de ce rapport¹⁴⁴⁵. A défaut de

Lorsque la caution s'engage à titre gracieux, il faut être moins exigeant en ce qui concerne la diligence requise d'elle (art. 99 CO). TERCIER, Contrats, p. 892 ss, n. 6223 ; CR-MEIER, art. 502, n. 18. Voir aussi BK-GIOVANOLI, art. 502, n. 18. Si la caution effectue le paiement en négligeant d'opposer les exceptions et si la dette est inexistante, elle pourra demander au créancier la restitution de ce qu'elle a payé (art. 62 ss CO, 86 LP). CR-MEIER, art. 502, n. 19 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, 14. Cette disposition ne résulte pas seulement de l'obligation d'information du débiteur principal sur les exceptions dont dispose la caution, mais aussi de l'incombance de la caution de se renseigner elle-même. BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 14. Elle est aussi applicable aux relations entre plusieurs cautions. BK-GIOVANOLI, art. 502, n. 20. En outre, si elle paye en connaissant, par exemple, la nullité du contrat de base, elle perd également son droit de recours basé sur l'enrichissement illégitime envers le créancier (art. 63 CO). von TUHR, Bemerkungen, p. 225.

¹⁴⁴³ CR-MEIER, art. 502, n. 21.

¹⁴⁴⁴ En Turquie aussi, la doctrine admet la même solution. Selon GRASSINGER, la caution peut bel et bien s'engager pour une dette de jeu et de pari. En effet, la caution qui paie malgré sa connaissance du caractère de la dette ne peut pas demander la restitution de la chose. Elle ne peut pas non plus faire un recours au débiteur principal. GRASSINGER, p. 68.

¹⁴⁴⁵ 11. HD, E. 1976/3878, K. 1976/4025, T. 30.9.1976 (YKD 1978, v. 4 ; no. 8, p. 1317) ; SPAINI, p. 123 ss ; ZOBL, p. 39 ; RAPP, p. 263 ; ROESLE, p. 112 ss ; de GOTTRAU, I, p. 22 ; BÜSSER, p. 362, n. 1195 ss ; KLEINER, Bankgarantie, p. 196 ss, n. 21, 33 ss ; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 59 ss ; KOSTAKOĞLU, p. 930 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 781 ; REİSOĞLU, Taahhüt, p. 72.

stipulation contraire¹⁴⁴⁶, le garant ne peut pas opposer¹⁴⁴⁷ le fait que le contrat de base n'a jamais été parfait pour cause d'impossibilité initiale, de vices de consentement¹⁴⁴⁸ ou que le contrat a été invalidé postérieurement pour cause d'impossibilité subséquente¹⁴⁴⁹, de force majeure, de cas fortuit, ou de prescription de l'obligation du donneur d'ordre¹⁴⁵⁰ ou encore que l'obligation principale n'est pas exigible.

736. En revanche, il existe certaines exceptions que le garant a le droit d'opposer au bénéficiaire. Premièrement, la doctrine admet que le garant est en droit de refuser le paiement en cas d'appel abusif manifeste (art. 2 CC)¹⁴⁵¹. Il ne faut cependant pas oublier, à notre avis, que la plupart des exemples d'appel abusif fournis par la doctrine ne donnent pas lieu à un abus de droit proprement dit¹⁴⁵². Il ne s'agit dès lors pas d'une exception à l'indépendance de la garantie. Cette opinion est défendue par de Gottrau également¹⁴⁵³ : « il ne s'agit alors pas d'un cas où l'engagement de la banque devient dépendant du rapport de valeur, mais d'une situation dans laquelle la prestation de la banque en exécution de sa propre dette n'est en réalité pas due, la créance du bénéficiaire n'étant qu'apparente ou même inexistante. » Il faut admettre l'exception de l'appel abusif non pas en tant qu'exception résultant du contrat de base, mais bel et bien de la garantie¹⁴⁵⁴.

737. Deuxièmement, la doctrine est unanime quant au droit qu'a le garant d'opposer au bénéficiaire le fait que le contrat de base est illicite ou contraire aux mœurs (art. 20 CO). En effet, la doctrine majoritaire considère que les contrats de garantie sont nuls si la prestation garantie est

¹⁴⁴⁶ En revanche, les parties peuvent bel et bien convenir que le garant aura le droit d'opposer certaines exceptions. On parle de la « *teil-akzessorische* » garantie. BÜSSER, p. 192 ss, n. 652 ss.

¹⁴⁴⁷ Sur ce sujet, voir également SPAINI, p. 123 ss ; ZOBL, p. 39.

¹⁴⁴⁸ Il ne peut pas alléguer par exemple le dol du bénéficiaire envers le donneur d'ordre. ARKAN, Teminat, p. 70.

¹⁴⁴⁹ Voir *supra*, n. 369. Pour Kahyaoğlu, bien que le garant ne puisse pas se libérer si la prestation garantie est impossible pour une cause qui n'est pas due au donneur d'ordre, il pourra être empêché d'effectuer le paiement si l'« action constatatoire négative » est ouverte par le donneur d'ordre. KAHYAOĞLU, p. 107.

¹⁴⁵⁰ Voir *infra*, n. 945. Il ne peut pas opposer non plus le droit de compensation que le donneur d'ordre a envers le bénéficiaire. SPAINI, p. 125.

¹⁴⁵¹ Voir *supra*, n. 699 ss.

¹⁴⁵² Voir *supra*, n. 709 ss.

¹⁴⁵³ de GOTTRAU, I, p. 22. Voir aussi FLURY-SCHMITT, p. 159.

¹⁴⁵⁴ Dans le même sens, voir BÜSSER, p. 189, n. 644.

illicite ou immorale¹⁴⁵⁵. Le garant peut objecter une « *Gültigkeits-einwendung* » à la demande de paiement.

738. En définitive, selon Kostakoğlu, les parties à la garantie peuvent convenir que le garant peut, comme la caution, opposer les exceptions provenant du contrat de base¹⁴⁵⁶. En revanche, dans une telle hypothèse, il faudrait toujours se demander si l'on est toujours dans le domaine de la garantie indépendante ou si les exceptions que le garant a gardé le droit d'opposer transforment la garantie en une garantie accessoire.

C. Exceptions résultant de la garantie

1. Généralités

739. Le garant a le droit d'opposer au créancier toutes les exceptions provenant de la garantie. Ceci est valable tant en matière de cautionnement qu'en matière de garantie.

740. En revanche, la doctrine différencie le cautionnement de la garantie indépendante en ce qui concerne la renonciation aux exceptions qui résulte de la garantie même. Selon la doctrine, la caution peut valablement renoncer aux exceptions qui ne résultent pas du contrat de base, mais du cautionnement lui-même¹⁴⁵⁷. S'il s'agit d'une garantie indépendante, la doctrine admet que le droit du garant d'opposer certaines exceptions apparaît, d'un autre point de vue, comme une obligation de ce dernier envers le donneur d'ordre, parce que le garant doit sauvegarder les intérêts de celui-ci. Si le garant n'oppose pas ces exceptions, le cas échéant, il perd son droit de recours découlant du contrat de mandat¹⁴⁵⁸ (art. 402 CO). Le garant peut¹⁴⁵⁹ (et doit¹⁴⁶⁰) donc opposer au bénéficiaire

¹⁴⁵⁵ Voir *supra*, n. 353 ss.

¹⁴⁵⁶ KOSTAKOĞLU, p. 931.

¹⁴⁵⁷ ATF 57 II 518, 521 ss, c. 1, (= JdT 1932 I 430, 434 ss) ; ATF 40 III 51, 56, c. 2. TERCIER, Contrats, p. 892, n. 6223 ; CR-MEIER, art. 502, n. 2, 20 ; BaK-PESTALOZZI, art. 502, n. 3, 14 ; KARAHASAN, p. 1251. En revanche, selon GRASSINGER, la caution ne peut pas renoncer au droit qui lui est reconnu par l'article 501 III CO. GRASSINGER, p. 231 ss. Par conséquent, si l'exigibilité de la dette est subordonnée à un avertissement préalable de la part du créancier ou du débiteur, le délai ne peut courir avant qu'elle ne reçoive cet avertissement.

¹⁴⁵⁸ Cette obligation du garant dépend de sa connaissance sur l'existence des exceptions. En d'autres termes, il est responsable envers le donneur d'ordre s'il les connaît ou s'il aurait dû les connaître. BÜSSER, p. 284, n. 948.

¹⁴⁵⁹ HGK, E. 11/1941, K. 560, T. 21.7.1981 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 931).

les exceptions résultant du contrat de garantie¹⁴⁶¹. A notre avis, ces arguments sont aussi pertinents en matière de cautionnement qu'en matière de garantie dans la mesure où on admet que le rapport entre le débiteur principal et la caution est un contrat de mandat. La caution qui omet d'opposer les exceptions découlant du cautionnement même ne doit pas avoir de droit recours légal.

741. Les exceptions résultant de la garantie peuvent être examinées sous trois angles : les exceptions résultant de la conclusion de la garantie, de la réalisation des conditions d'appel à la garantie et de l'extinction de la garantie.

2. Exceptions résultant de la conclusion de la garantie

a) Cautionnement

742. Comme exceptions résultant de la conclusion du cautionnement, la caution invoquera :

¹⁴⁶⁰ KLEINER, Bankgarantie, p. 189, n. 21.16. « La banque mandataire a l'obligation d'opposer au bénéficiaire toutes les exceptions et objections à sa disposition pour protéger les intérêts de son mandant, dans les limites du caractère accessoire de son engagement. » de GOTTRAU, I, p. 22, note. 115 ; BÜSSER, p. 282, n. 943, p. 285, n. 952. Cette obligation n'est pas une simple « *Obliegenheit* » et découle du contrat de mandat, plus précisément de l'obligation de protection et de fidélité du mandataire envers son mandant. Si le garant (le mandataire) ne la respecte pas, il perd son droit au remboursement des frais envers le donneur d'ordre (art. 402 CO). *Idem*, p. 286 ss, n. 960 ss. Cependant, il n'est pas obligé par le contrat de couverture d'opposer les exceptions découlant de la garantie, comme l'illicéité ou la contrariété aux moeurs de la garantie ou les vices de consentement. *Idem*, p. 285, n. 954 ss. Il n'est pas obligé non plus d'objecter les exceptions qui ne sont pas dans l'intérêt du donneur d'ordre parce que l'opposition n'a plus d'influence sur sa demande de remboursement des frais vis-à-vis de ce dernier ; par exemple, « *die Einwendung der bereits getilgten Garantieforderung* » ou bien « *die Einwendung der eingetretenen Verrechnungswirkung*. » *Idem*, p. 286, n. 957.

¹⁴⁶¹ En revanche, une renonciation générale à opposer des exceptions, sans préciser si ces exceptions sont celles qui découlent du contrat de base ou celles qui découlent de la garantie, doit être interprétée dans le sens d'une renonciation du garant à faire valoir toutes les exceptions provenant du contrat de base. BÜSSER, p. 77, n. 263. Voir aussi ZOBL, p. 41.

- Qu'elle n'avait pas le plein exercice des droits civils à l'époque de la conclusion du contrat de la garantie (art. 12 ss, 395 I, 408 CC)¹⁴⁶².
- Que le contrat n'a jamais été parfait (art. 1 CO).
- Que son engagement est impossible, illicite ou contraire aux moeurs (art. 20 CO).

Cette possibilité n'est guère imaginable, car l'engagement de la caution consiste en une dette d'argent. On peut toutefois admettre que l'engagement de la caution est contraire aux moeurs quand il restreint excessivement la liberté économique de ce dernier (art. 27 CC)¹⁴⁶³.

- Que le cautionnement n'est pas valablement émis en raison d'un vice de forme (art. 16, 493 CO)¹⁴⁶⁴.
- Que le cautionnement est entaché d'un vice du consentement (art. 23 ss CO)¹⁴⁶⁵.
- Que le consentement du conjoint fait défaut (art. 494 CO)¹⁴⁶⁶.

b) Garantie indépendante

743. Tout comme la caution, le garant a le droit d'opposer les exceptions résultant de la conclusion de la garantie avec les différences suivantes :

- Le garant ne peut opposer que la garantie n'est pas valablement émise en raison d'un vice de forme que si les parties ont convenu

¹⁴⁶² Ni un interdit ni un mineur sous tutelle ni leur tuteur en tant que représentant légal ne peuvent cautionner valablement (art. 408 CC). De même, selon l'article 304 III CC, les mineurs sous autorité parentale ne peuvent cautionner. Une personne placée sous conseil légal coopérant ne peut non plus se porter caution sans le consentement de celui-ci (art. 395 CC). Le bénéficiaire d'un sursis concordataire ne peut cautionner, même avec l'accord du commissaire de sursis (art. 298 II LP). En outre, le juge du concordat peut empêcher, en accordant un sursis extraordinaire, que le débiteur se porte caution sans le consentement du commissaire (art. 337 ss LP). Enfin, le juge peut ordonner que les cautionnements du débiteur qui bénéficie d'un sursis bancaire doivent être validés par le commissaire au sursis (art. 32 III LB).

¹⁴⁶³ GRASSINGER, p. 69 ss.

¹⁴⁶⁴ Voir *supra*, n. 274 ss.

¹⁴⁶⁵ Voir *supra*, n. 374 ss.

¹⁴⁶⁶ Voir *supra*, n. 337 ss.

de donner une forme spéciale à la garantie (art. 16 I CO), car il n'y a aucune exigence de forme pour les contrats de garantie¹⁴⁶⁷.

- Le consentement du conjoint n'est pas une condition de validité de la garantie. Le garant ne peut en aucun cas opposer cette exception.

3. Exceptions résultant de la réalisation des conditions de l'appel à la garantie

a) Cautionnement

744. Comme nous l'avons vu¹⁴⁶⁸, il faut que certaines conditions relatives au cautionnement soient remplies. La première condition est que l'obligation de la caution ne soit pas sujette à exception, et la deuxième que cette obligation soit exigible pour que la caution puisse être recherchée.

745. La caution peut donc opposer :

- Que sa dette n'est pas encore exigible¹⁴⁶⁹.
- Que le bénéficiaire lui a octroyé un délai pour effectuer le paiement¹⁴⁷⁰.
- Que l'avertissement ne lui est pas signifié bien que l'exigibilité de la dette principale soit subordonnée à un avertissement préalable de la part du débiteur ou du créancier (art. 501 III CO)¹⁴⁷¹.

746. A côté des exceptions citées, la loi prévoit certaines autres exceptions pour la caution, telles que le bénéfice de discussion personnelle, le bénéfice de discussion réelle et le bénéfice de division, lesquels sont des exceptions au sens technique¹⁴⁷². Elles sont dilatoires et

¹⁴⁶⁷ Voir *supra*, n. 300 ss.

¹⁴⁶⁸ Voir *supra*, n. 631 ss.

¹⁴⁶⁹ Si exceptionnellement l'exigibilité de l'obligation de la caution est postérieure à celle de la dette principale, la caution peut l'opposer si le créancier la recherche avant cette date. Cependant, cette dernière est une exception qui découle du contrat de base.

¹⁴⁷⁰ KARAHASAN, p. 1251.

¹⁴⁷¹ Voir *supra*, n. 636.

¹⁴⁷² BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 11 ; BECK, art. 495, n. 14 ; CR-MEIER, art. 495, n. 4 ; SCYBOZ, p. 99. En revanche, selon Umar, ce ne sont pas des exceptions au

indépendantes. La caution ne peut refuser le paiement que provisoirement¹⁴⁷³. Elle peut renoncer conventionnellement aux deux bénéfices¹⁴⁷⁴, ce qui est d'ailleurs très fréquent dans le monde des affaires¹⁴⁷⁵, car l'article 495 IV CO (art. 492 IV CO) a un caractère dispositif¹⁴⁷⁶. Les parties peuvent même modifier les conditions d'exercice des bénéfices¹⁴⁷⁷. La renonciation doit respecter les règles de forme prévues par l'article 493 CO, dans la mesure où il s'agit d'un élément subjectivement essentiel¹⁴⁷⁸.

747. La jouissance de ces bénéfices n'est pas la même en matière de cautionnement simple qu'en matière de cautionnement solidaire. La caution simple jouit entièrement de tous les bénéfices tandis que la caution solidaire n'a qu'un bénéfice de discussion réelle limité.

sens technique. Les faits prévus par l'article 495 CO ne sont que des présuppositions (*Voraussetzungen*) de l'admissibilité de la demande du créancier. C'est à ce dernier d'alléguer et de prouver la réalisation de ces faits de manière à faire accepter sa demande au juge. Et le juge doit prendre en considération d'office leur inexistence. UMAR, p. 81 ss. Selon cet auteur, si on admet qu'il s'agit d'exceptions, il faut aussi admettre que le juge ne peut pas les prendre en considération d'office et que la caution doit prouver le fait négatif selon lequel il n'existe aucune poursuite préalable. De plus, en ce qui concerne les actions contre une personne dont la responsabilité est subsidiaire, cette nature de responsabilité est en général prise en considération d'office par le juge. [Par exemple, la responsabilité subsidiaire du Canton/de l'Etat turc (art. 427 CC ; 410 CCtr), la responsabilité subsidiaire des membres de l'autorité titulaire (art. 429 CC ; 412 CCtr).]

¹⁴⁷³ SCYBOZ, p. 99 ; CR-MEIER, art. 495, n. 4.

¹⁴⁷⁴ En revanche « on distinguera la renonciation anticipée à tout ou partie des bénéfices de la renonciation de la caution à faire valoir ses exceptions, lesquelles ne doivent pas être suppléées d'office par le juge, au moment où elle est recherchée. Une telle renonciation n'est soumise à aucune forme et peut se faire par actes concluants. La caution pourra alors être poursuivie comme une caution solidaire. » CR-MEIER, art. 495, n. 21.

¹⁴⁷⁵ Malgré son refus, elle peut toutefois recourir à l'article 501 II CO et demander au juge de suspendre la poursuite dirigée contre elle. CR-MEIER, art. 495, n. 4.

¹⁴⁷⁶ Cela n'est pas valable uniquement pour le cautionnement simple, mais aussi pour le cautionnement pour le découvert. BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 10.

¹⁴⁷⁷ Elles peuvent notamment supprimer certains des cas mentionnés à l'article 495 I CO en y ajoutant d'autres. CR-MEIER, art. 495, n. 20.

¹⁴⁷⁸ Voir *supra*, n. 281. CR-MEIER, art. 495, n. 20. En droit turc, la caution peut valablement renoncer à ses droits découlant des bénéfices et cela même de manière tacite. Malgré l'absence d'une telle renonciation, la caution peut effectuer le paiement sans opposer les bénéfices. REİSOĞLU, Kefalet, p. 115.

aa) Bénéfice de discussion personnelle (Einrede der Vorausklage)

aaa) Cautionnement simple

748. C'est un bénéfice qui permet à la caution simple de n'intervenir que lorsque le créancier n'a pas été désintéressé en tout ou en partie par le débiteur principal ou qu'il n'a plus de chance de l'être (art. 495 I CO)¹⁴⁷⁹. Le créancier doit faire tout ce qu'on peut attendre de lui contre le débiteur principal pour se retrouver satisfait.

749. Il y a six situations dans lesquelles la caution simple perd son bénéfice de discussion envers le créancier et doit exécuter immédiatement son propre engagement¹⁴⁸⁰ : la faillite du débiteur (art. 175, 189, 190 ss LP)¹⁴⁸¹, l'obtention d'un sursis concordataire par le débiteur principal (art. 295 LP)¹⁴⁸², l'existence d'un acte de défaut de biens définitif délivré contre le débiteur principal pour la dette cautionnée (art. 149, 265 LP)¹⁴⁸³, le transfert de domicile du débiteur qui se trouvait dans le pays à la conclusion du cautionnement à l'étranger et l'impossibilité de le

¹⁴⁷⁹ CR-MEIER, art. 495, n. 3 ; GRASSINGER, p. 204 ss.

¹⁴⁸⁰ Le droit turc ne prévoit que trois situations (art. 486 I COtr) : la faillite du débiteur principal (art. 165 I LPtr), l'existence d'un acte de défaut de biens définitif délivré contre le débiteur principal pour la dette cautionnée (art. 143, 251 LPtr) et l'impossibilité de le rechercher en Turquie pour cause de changement de domicile. Dans la doctrine turque, on admet cependant que la caution ne peut pas soulever le bénéfice de discussion si le débiteur a obtenu un sursis concordataire (art. 287 LPtr). GRASSINGER, p. 209 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 116. Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 590 I PCOr.

¹⁴⁸¹ Le fait déterminant est la déclaration de faillite entrée en force. Il n'est pas nécessaire d'attendre que la faillite soit liquidée ou qu'un acte de défaut de biens ait été délivré. CR-MEIER, art. 495, n. 8 ; BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 3 ; BECK, art. 495, n. 27 ; KARAHASAN, p. 1226 ; TANDOĞAN, II, p. 763 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 116 ; GRASSINGER, p. 207 ; BK-GIOVANOLI, art. 495, n. 11 ; YAVUZ, p. 779 ss. Il ne faut pas oublier que, selon l'article 505 II CO, le créancier doit porter la faillite à la connaissance de la caution dès qu'il en est lui-même informé, sinon, la caution peut lui opposer le bénéfice de discussion. BK-GIOVANOLI, art. 495, n. 11.

¹⁴⁸² L'octroi du sursis est le fait déterminant. En effet, il n'est pas nécessaire d'attendre la conclusion d'un concordat-dividende ou par abandon d'actif. Les devoirs du créancier dans la procédure concordataire ne modifient en rien son droit de rechercher la caution dès l'octroi du sursis. CR-MEIER, art. 495, n. 9. Voir aussi REİSOĞLU, Kefalet, p. 116 ; BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 5.

¹⁴⁸³ Un acte de défaut de biens provisoire ou un certificat d'insuffisance de gage ne suffisent pas. CR-MEIER, art. 495, n. 10 ; BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 6. Voir aussi TANDOĞAN, II, p. 764 ss ; KARAHASAN, p. 1227 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 116 ; YAVUZ, p. 780.

rechercher en Suisse (art. 23 CC, art. 20 LDIP)¹⁴⁸⁴, le transfert de domicile du débiteur qui se trouvait à l'étranger à la conclusion du contrat (soit à l'intérieur de l'Etat étranger, soit dans un autre Etat étranger), l'entrave de l'exercice des droits du créancier¹⁴⁸⁵ et, enfin, la faillite de la caution (art. 215 LP)¹⁴⁸⁶.

750. Pour que ces exceptions soient valables, il faut encore que ces cas se réalisent après l'engagement de la caution. En effet, s'ils sont antérieurs à l'engagement de la caution et que le créancier les connaissait ou devait les connaître, il est présumé avoir renoncé à se prévaloir des faits et la caution conserve son bénéfice de discussion personnelle¹⁴⁸⁷.

bbb) Cautionnement solidaire

751. La caution solidaire ne peut en aucun cas opposer au bénéficiaire le bénéfice de discussion personnelle.

752. Le Tribunal fédéral a admis que si la caution renonce entièrement au bénéfice de discussion personnelle, il s'agit d'un cautionnement solidaire, à condition que les exigences de forme y relatives soient respectées¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁴ « Le bénéfice de discussion subsiste tant qu'un for existe en Suisse où agir contre le débiteur principal (en dépit des difficultés que cela peut représenter), même après qu'il ait transféré son domicile à l'étranger ». CR-MEIER, art. 495, n. 11.

¹⁴⁸⁵ Par exemple, quand il y a un système juridique entièrement différent dans le nouvel Etat de celui de l'Etat de provenance et que cela rend la poursuite quasiment impossible. CR-MEIER, art. 495, n. 12 ; BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 7. L'exercice du droit du créancier peut être sensiblement entravé pour une cause juridique ou pour un fait (*die Erschwerung kann rein tatsächlicher oder rechtlicher sein*). BECK, art. 495, n. 34.

¹⁴⁸⁶ Le créancier peut immédiatement rechercher la caution dès que celle-ci tombe en faillite, mais il ne peut toutefois pas réclamer la distribution du dividende. La masse a alors le droit d'exercer le bénéfice de discussion. SCYBOZ, p. 105 ; CR-MEIER, art. 495, n. 13 ; TANDOĞAN, II, p. 766. En cas de faillite du débiteur principal ou d'un coobligé, les articles 216 et 217 LP sont applicables. SCYBOZ, p. 105.

¹⁴⁸⁷ CR-MEIER, art. 495, n. 6. « A l'inverse, si la caution connaissait ou devait connaître la situation et s'est tout de même engagée, mais que le créancier l'ignorait pour sa part, la caution est censée avoir renoncé d'emblée à son bénéfice de discussion. »

¹⁴⁸⁸ ATF 47 II 341, 349, c. 2 ; CR-MEIER, art. 495, n. 20 ; BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 10.

bb) Bénéfice de discussion réelle (*Einrede der vorausgehenden Verwertung der Pfänder*)

aaa) Cautionnement simple

753. Il s'agit du bénéfice par lequel la caution simple refuse d'effectuer le paiement pendant que le créancier ne tente pas de se faire payer sur les gages¹⁴⁸⁹ éventuels qui garantissent la dette principale à côté du cautionnement (art. 495 II CO).

754. Le créancier doit commencer par une poursuite en réalisation de gage afin d'avoir un certificat d'insuffisance de gage, puis continuer par la voie de poursuite ordinaire contre le débiteur principal, et détenir un acte de défaut de biens définitif avant de pouvoir rechercher la caution¹⁴⁹⁰.

755. Les gages peuvent être constitués aussi bien par le débiteur que par la caution ou encore par un tiers¹⁴⁹¹. La date de leur constitution n'a pas d'importance¹⁴⁹², mais les gages constitués ultérieurement doivent garantir spécialement la dette cautionnée pour que la caution puisse exiger leur réalisation¹⁴⁹³.

756. Le bénéfice de discussion réelle n'existe plus lorsque le débiteur est en faillite ou qu'il obtient un sursis concordataire ou encore lorsque la réalisation des gages est impossible (art. 127 LP)¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁸⁹ Quand on parle de gage, il s'agit notamment des gages mobiliers, des gages immobiliers, des gages sur les créances et autres droits, qu'ils soient conventionnels ou légaux. CR-MEIER, art. 495, n. 14. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 8.

¹⁴⁹⁰ CR-MEIER, art. 495, n. 15.

¹⁴⁹¹ BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 8 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 119.

¹⁴⁹² SCYBOZ, p. 102. En revanche, selon l'article 486 II du Code des obligations turc, le bénéfice de discussion réelle présuppose que les gages sont constitués avant ou simultanément au cautionnement. Voir aussi l'article 590 II PCotr.

¹⁴⁹³ Voir l'article 503 I CO. CR-MEIER, art. 495, n. 14 ; BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 8 ; BK-GIOVANOLI, art. 495, n. 23. En revanche, si le débiteur principal a fourni les gages, le créancier va se faire payer d'abord sur eux bien qu'ils sont constitués ultérieurement. REİSOĞLU, Kefalet, p. 119. Voir aussi TANDOĞAN, II, p. 766 ss ; GRASSINGER, p. 216. Si le bien en gage est perdu, le bénéfice de discussion ne peut être opposé par la caution, à moins que celle-ci prouve que cette perte est imputable au créancier. ATF 47 II 341, 351 ss, c. 3 ; CR-MEIER, art. 495, n. 14.

¹⁴⁹⁴ CR-MEIER, art. 495, n. 16 ; BK-GIOVANOLI, art. 495, n. 21 ; BaK-PESTALOZZI, art. 495, n. 8.

bbb) Cautionnement solidaire

757. La caution solidaire n'a qu'un bénéfice de discussion réelle limité. Selon les termes de l'article 496 I CO, le créancier peut poursuivre la caution avant de réaliser ses gages immobiliers. En revanche, il ne peut la poursuivre avant de réaliser les gages mobiliers que si, selon l'appréciation du juge, ces gages ne couvrent probablement pas la dette ou encore si le débiteur est en faillite ou a obtenu un sursis concordataire (art. 496 II CO).

cc) Bénéfice de division (*Einrede der Teilung*)

aaa) Cautionnement conjoint simple

758. Si le cautionnement est un cautionnement conjoint simple, chaque cocautions est tenue pour sa part comme la caution simple et subsidiairement comme certificateur de caution pour la part des autres cocautions. Si le créancier recherche l'une des cocautions au-delà de sa part, celle-ci peut donc opposer le bénéfice de division jusqu'à ce que les conditions de l'article 495 CO soient remplies.

bbb) Cautionnement conjoint solidaire

759. Si le cautionnement est un cautionnement conjoint solidaire, une cocautions peut refuser de payer au-delà de sa part tant que la poursuite n'a pas été introduite contre toutes les autres cocautions qui se sont engagées avec elle, avant ou en même temps, et qui peuvent être recherchées dans le pays (art. 497 II CO). De même, elle peut refuser de payer en opposant cette exception si les autres cautions ont payé leur part ou ont fourni des sûretés d'ordre réel (art. 497 II, 501 II CO).

b) Garantie indépendante

760. A défaut d'une convention contraire, le garant ne peut pas opposer l'inexigibilité de l'obligation principale. Il est obligé de payer selon les conditions de la garantie, et ce malgré le fait que l'obligation principale ne soit pas exigible ou que l'exigibilité de l'obligation principale dépende d'un avertissement qui ne lui a pas été signifié. Il ne

dispose donc pas de l'exception reconnue à la caution par l'article 501 III CO.

761. De même, le garant, y compris dans le cas de l'article 492 III CO¹⁴⁹⁵, ne peut opposer aucun des bénéfices prévus pour la caution dans le Code des obligations. Bien qu'on puisse admettre que la garantie est aussi subsidiaire¹⁴⁹⁶, le paiement du garant ne dépend que des conditions prévues par les parties. Il ne peut ni demander la réalisation des conditions prévues par l'article 495 I CO ni exiger que le créancier se paie d'abord sur les gages (art. 495 II CO). Enfin, lorsqu'il y a plusieurs garants pour la même dette, il ne peut pas se prévaloir du bénéfice de division.

762. Le garant n'est pas tenu de payer avant la survenance de toutes les conditions grevant la garantie. Le garant peut notamment opposer au bénéficiaire :

- Que celui-ci n'a pas respecté la forme prévue pour l'appel à la garantie¹⁴⁹⁷.
- Que l'appel à la garantie est fait dans un but qui ne correspond pas à celui visé par le contrat¹⁴⁹⁸.
- Que l'appel à la garantie n'a pas été effectué dans les délais convenus¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹⁵ Voir *supra*, n. 63.

¹⁴⁹⁶ Voir *supra*, n. 197 ss.

¹⁴⁹⁷ BÜSSER, p. 341, n. 1133. Voir *supra*, n. 687.

¹⁴⁹⁸ ATF 122 III 321, 322 ss, c. 4a (= rés. JdT 1997 I 256) ; ZR 1987 n. 40, p. 89, 92, c. 3.4 ; ZOBL, p. 42 ; SPAINI, p. 136. Ou qu'il a été fait pour un autre risque que celui désigné dans la garantie. Pour des exemples voir BÜSSER, p. 407 ss, n. 1325 ss. Ou encore qu'il a été fait pour « *nicht vereinbarten Sicherungsumfang* », notamment, lorsque l'appel a été effectué pour cause de force majeure bien que la garantie ne couvrait que la « *vertragsgemässe Erfüllung* ». SPAINI, p. 138.

¹⁴⁹⁹ HORN, p. 98 ; BÜSSER, p. 341, n. 1132 ; SPAINI, p. 135, 136 ; ZOBL, p. 42. Ou, que la garantie prévoit la clause de 110 II COtr (Voir *infra*, n. 910). Dans ce cas, il faut que le bénéficiaire fasse la demande avant cette date. S'il n'y a pas une telle clause dans la lettre de garantie à durée limitée, la banque peut refuser le paiement si le risque n'est pas survenu dans cette durée. ARKAN, Teminat, p. 72. Si les parties n'ont pas prévu de délais, mais que le bénéficiaire peut chercher le garant à condition qu'il n'y ait pas d'exécution de la part du donneur d'ordre après l'échéance du contrat de base, le garant peut opposer, comme la caution, cette exception au bénéficiaire, si ce dernier le recherche avant l'exigibilité du contrat de base. En revanche, cette exception ne découle pas de l'article 501 I CO, mais de la convention des parties et de l'article 151 II CO.

- Qu'il (le bénéficiaire) lui a octroyé un délai pour effectuer le paiement¹⁵⁰⁰.
- Que l'appel à la garantie a été fait par une personne qui n'est pas titulaire de la lettre de la garantie ou à une personne qui n'apparaît pas comme garant dans la lettre de garantie¹⁵⁰¹.
- Que le risque est survenu par sa faute (la faute du bénéficiaire)¹⁵⁰².
- Que le risque n'est pas survenu¹⁵⁰³.

Dans la doctrine turque, Reisoğlu admet que, si le risque n'existe pas (encore) ou s'il n'existe plus, le garant peut l'opposer au bénéficiaire en tant qu'exception résultant du contrat de garantie, car le risque est l'élément essentiel d'un contrat de garantie. Selon cet auteur, si les exceptions du débiteur principal sont en même temps des exceptions qui mettent fin à la possibilité de la survenance du risque, par exemple lorsque le donneur d'ordre a convenablement exécuté la prestation garantie, le garant peut également les opposer au bénéficiaire. En revanche, si la possibilité de la survenance du risque existe toujours malgré l'opposition d'une exception du débiteur principal, il s'agit d'une exception que le garant ne peut pas opposer au bénéficiaire¹⁵⁰⁴.

- Que l'appel est effectué par une lettre falsifiée¹⁵⁰⁵.

¹⁵⁰⁰ En outre, le bénéficiaire qui fait l'appel malgré l'octroi d'un délai de paiement fait un appel « *offenbar rechtsmissbräuchlich* ». BÜSSER, p. 357, n. 1183.

¹⁵⁰¹ 19. HD, E. 93/3421, K. 94/3567, T. 11.4.1994 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 952) ; BÜSSER, p. 341, n. 1133. Voir *supra*, n. 690.

¹⁵⁰² HGK, E. 11/1941, K. 560, T. 21.7.1981 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 931).

¹⁵⁰³ KOSTAKOĞLU, p. 931. C'est également le cas quand la dette principale est reprise par un tiers. Voir *infra*, n. 991.

¹⁵⁰⁴ REİSOĞLU, Taahhüt, p. 74. Yargıtay a admis que la banque qui paye en sachant que le risque n'existait plus n'a pas le droit de faire un recours envers le débiteur principal. 11. HD, E. 3236, K. 4977, T. 11.11.1983 (cité par TANDOĞAN, II, p. 861 ss). Voir aussi BARLAS, Teminat, p. 66. Selon Büsser, il s'agit d'un « *materiell zweckwidrigen Garantieabruf* ». BÜSSER, p. 446 ss, n. 1461 ss. L'exception basée sur l'appel abusif n'est pas une exception provenant du contrat de base, mais du contrat de garantie lui-même. *Idem*, p. 448, n. 1468. Pour cet auteur, s'il s'agit d'une garantie à première demande, le garant doit prouver immédiatement les causes de son exception. Sinon, il est obligé d'effectuer le paiement. *Idem*, p. 447, n. 1465.

¹⁵⁰⁵ Le garant peut également contester le paiement si la lettre de garantie est une fausse lettre. HGK, E. 1990/6-1, K. 1990/141, T. 28.2.1990 (www.kazanci.com.tr).

4. Exceptions résultant de l'extinction de la garantie

a) Cautionnement

763. La caution peut opposer au créancier en tant qu'exception résultant de l'extinction du cautionnement :

- Que son obligation est éteinte par le paiement, par la novation (art. 116 CO), par une convention de remise de dette entre la caution et le créancier (art. 115 CO)¹⁵⁰⁶ ou encore par la compensation de sa dette avec la créance qu'elle a envers le créancier (art. 120 CO).
- Que son consentement sur la reprise de dette principale fait défaut (art. 178 II, 493 V CO)¹⁵⁰⁷.
- Que le créancier a refusé indûment de remplir ses devoirs découlant de l'article 503 IV CO¹⁵⁰⁸.
- Qu'elle s'est engagée en supposant que la créance serait garantie par d'autres cautions mais que cette supposition ne s'est pas vérifiée (art. 497 III CO)¹⁵⁰⁹.
- Que le créancier n'a pas accepté le paiement bien que les conditions de l'article 504 CO soient réalisées (art. 504 II CO)¹⁵¹⁰.
- Que la durée maximale de validité du cautionnement s'est écoulée (art. 509 III, IV, V, VI)¹⁵¹¹.
- Que les conditions des articles 510 et 511 CO se sont réalisées¹⁵¹².
- Que son obligation est prescrite (art. 127 ss CO)¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁶ En revanche, une extinction sur l'impossibilité subséquente de l'obligation de la caution est inimaginable, car la caution s'engage à payer une somme d'argent (art. 119 CO). GRASSINGER, p. 138 ; HEMMELER, p. 14 ss.

¹⁵⁰⁷ Voir *infra*, n. 985.

¹⁵⁰⁸ Voir *infra*, n. 796.

¹⁵⁰⁹ Voir *supra*, n. 410 ss.

¹⁵¹⁰ Voir *infra*, n. 805.

¹⁵¹¹ Voir *infra*, n. 920 ss.

¹⁵¹² Voir *infra*, n. 897 ss, 912 ss.

¹⁵¹³ Voir *infra*, n. 937 ss.

b) Garantie indépendante

764. Tout comme la caution, le garant peut notamment opposer au bénéficiaire :

- Que la garantie est éteinte soit par paiement¹⁵¹⁴, soit par novation (art. 116 CO), soit par une convention de remise de dette entre lui et le créancier (*Aufhebungsvertrag*) (art. 115 CO)¹⁵¹⁵.
- Que le terme de la garantie de durée déterminée est échu¹⁵¹⁶.
- Que la garantie est prescrite (art. 127 ss)¹⁵¹⁷.

765. En outre, la garantie est éteinte si le risque ne peut plus avoir lieu, car elle vise à couvrir un risque. C'est notamment le cas lorsque la prestation garantie est convenablement exécutée par le donneur d'ordre.

766. Cependant, les articles suivants ne trouvent pas application pour les garanties indépendantes : les articles 178 II, 493 V CO (sur le consentement de la caution à la reprise de dette principale), l'article 503

¹⁵¹⁴ Il s'agit de la « *Tilgungseinrede* ». ZOBL, p. 41 ; KLEINER, *Bankgarantie*, p. 198, n. 21.36. En principe, les contrats de garantie prévoient des clauses de réduction sur un paiement partiel ; en effet, si le garant n'effectue le paiement que partiellement, le bénéficiaire peut faire un autre appel pour la somme non payée. BÜSSER, p. 344, n. 1142 ss. Il est aussi possible qu'une garantie prévoie une clause selon laquelle le bénéficiaire peut faire juste un seul appel. Si c'est le cas, le garant est libéré même après un paiement partiellement effectué. *Idem*, p. 345, n. 1144.

¹⁵¹⁵ Ce contrat peut être conclu sans respecter une forme spécifique (voir aussi art. 115 CO), même d'une manière tacite (art. 6 CO). BÜSSER, p. 345, n. 1146. Selon une partie de la doctrine turque, si les parties au contrat de base ont conclu une remise de dette et si le donneur d'ordre en a informé le garant en lui transmettant l'acte du contrat de remise de dette par exemple, le garant ne doit pas payer la garantie ; un appel effectué par le bénéficiaire malgré un tel accord entre les parties serait abusif. KAHYAOĞLU, p. 75 ; BARLAS, *Teminat*, p. 88 ; BÜSSER, p. 345 ss, n. 1145 ss, p. 373, n. 1223, p. 374, n. 1225. Cependant, « *ein Verzicht des Begünstigten auf die gesicherte Leistung im Valutaverhältnis bedeutet deshalb aber nicht auch einen gleichzeitigen Garantieschulderlass. Dies, zumal die Garantieforderung grundsätzlich unabhängig von der Anspruchslage im Valutaverhältnis besteht und die Verzichtserklärung im Valutaverhältnis besteht nicht aus an den Garanten gerichtet ist.* » Mais, dans une telle hypothèse, l'appel effectué par le bénéficiaire se révèle abusif. *Idem*, p. 345 ss, n. 1148.

¹⁵¹⁶ Voir *infra*, n. 902 ss. SPAINI, p. 152. Selon l'auteur, lorsque la garantie prévoit un terme, il y a lieu de qualifier ce terme de délai de déchéance à défaut de stipulation contraire des parties.

¹⁵¹⁷ BÜSSER, p. 357 ss, n. 1184 ss ; SPAINI, p. 151. La prescription de la créance en paiement de la somme de garantie est de 10 ans. de GOTTRAU, I p. 23, note. 120 ; SPAINI, p. 151.

CO (qui prescrit les devoirs du créancier), l'article 509 (sur la durée maximale du cautionnement), les articles 510 et 511 CO (sur le droit de résiliation de la caution). De même, l'article 504 II CO qui régit la libération de la caution au cas où le bénéficiaire refuserait indûment d'accepter le paiement n'est pas applicable.

767. La doctrine n'admet pas non plus l'application analogique des articles 497 III, 510 I CO à la garantie. A notre avis, on peut les appliquer, surtout quand le garant est un particulier, car ces articles ne concernent pas le caractère accessoire du cautionnement mais tendent à sauvegarder les intérêts de la caution, partie réputée faible¹⁵¹⁸.

768. La doctrine est cependant partagée pour savoir si le garant peut opposer la compensation d'une créance qu'il a contre le bénéficiaire. Selon la jurisprudence, la compensation peut être refusée seulement si elle n'est pas conciliable avec le but suivi par la garantie¹⁵¹⁹ ou si elle est expressément exclue par les parties¹⁵²⁰.

769. Selon Dohm¹⁵²¹, vu la nature et le but de la garantie bancaire, il faut admettre que l'exception de compensation est tacitement exclue dans le cas où la banque dispose directement d'une créance propre contre le bénéficiaire. En effet, la fonction de sûreté de la garantie bancaire serait compromise si l'on admettait que la banque a la possibilité de compenser. De plus, la fonction de liquidité¹⁵²² de la garantie indépendante ainsi que

¹⁵¹⁸ Voir aussi *supra*, n. 415.

¹⁵¹⁹ « Si, d'une manière générale, la finalité d'une garantie bancaire est de mettre un montant déterminé à la disposition du bénéficiaire, il ne saurait en être de même d'une garantie bancaire directe destinée à garantir un crédit bancaire [...]. On ne peut pas présumer qu'une banque, en sa qualité de bénéficiaire d'une telle garantie, doit recevoir des liquidités. La fonction de sûreté n'est pas altérée par la possibilité qu'a le garant de compenser des créances. Il n'est pas nécessaire de rechercher ici les moyens dont une banque bénéficiaire dispose pour empêcher la banque émettrice de compenser. » SJ 1997 245, 256, c. 6b (bb). C'est le cas notamment lorsque la garantie vise à procurer des fonds au bénéficiaire pour lui permettre de faire face à l'inexécution ou à la mauvaise exécution des obligations du donneur d'ordre. de GOTTRAU, I p. 23.

¹⁵²⁰ Il arrive que le garant renonce expressément à la compensation conformément à l'article 126 CO. Voir Arrêt non publié de la première Cour civile du Tribunal fédéral du 29 septembre 1987, C.440/1986 (cité par THEVENOZ, p. 195 ss).

¹⁵²¹ DOHM, Garantie, p. 119, n. 248, p. 120, n. 249. Pour les mêmes raisons, le garant n'a aucun droit de rétention à la réquisition du paiement du bénéficiaire. *Idem*, p. 120, n. 250. Voir aussi LOMBARDINI, p. 312, n. 84.

¹⁵²² De même, en matière d'accréditif, « l'obligation de la banque émettrice d'un crédit documentaire à l'égard du bénéficiaire est une dette en paiement effectif qui fait

la répartition des risques telle qu'elle est convenue entre les parties confirmerait encore l'exclusion tacite du droit de la banque de faire valoir des exceptions (art. 125 I 2 CO)¹⁵²³.

770. De même, pour Lombardini, compte tenu de la finalité de la garantie indépendante qui consiste à mettre le bénéficiaire dans la même situation que s'il avait des liquidités, le garant ne peut compenser la garantie avec une créance qu'il a contre le bénéficiaire que si la créance dont il dispose provient d'un jugement définitif ou exécutoire¹⁵²⁴.

771. D'après Peter, la compensation n'est pas possible aussi longtemps que la créance du bénéficiaire est conditionnelle (art. 120 ss CO). Elle est en revanche admissible dès que les deux dettes sont exigibles ou même si la dette de celui qui déclare compenser n'est qu'exécutable mais pas encore exigible¹⁵²⁵.

772. En revanche, selon de Gottrau, il faut accepter la compensation lorsque la garantie a pour objet l'extinction d'une dette. Elle doit être refusée lorsqu'elle est inconciliable avec le but poursuivi par la garantie ; par exemple lorsque celle-ci a pour objet de procurer des fonds au bénéficiaire afin de lui permettre de faire face à l'inexécution ou à la mauvaise exécution de l'obligation principale¹⁵²⁶.

l'objet d'une convention expresse ou tacite de non-compensabilité. » SCHÖNLE, Compensation, p. 319.

¹⁵²³ Voir aussi BÜSSER, p. 349, n. 1158 ; ZOBL, p. 41. En matière d'accréditif, la cour de justice n'a pas admis la compensation. Selon la cour, c'est souvent par hasard et en dehors de toute influence du bénéficiaire que le choix de la banque chargée de payer le bénéficiaire s'effectue. La compensation dépendrait alors d'un pur hasard. SJ 1990 109, 112, c. 5. Cette exclusion de l'exception de compensation ne découle pas du but de la sûreté de garantie, mais de sa fonction de liquidité. BÜSSER, p. 350 ss, n. 1160 ss. En matière de crédit documentaire, Schönle admet qu'il y a une renonciation tacite à la compensation si l'accréditif a été soumis aux RUUCD. En effet, si l'accréditif n'est pas désigné comme transférable, le crédit ne peut pas être transféré (voir art. 48 ss RUUCD). En outre, selon cet auteur, la situation juridique n'est pas différente en ce qui concerne le crédit documentaire non soumis aux RUUCD, car il convient de se référer alors aux usages commerciaux internationaux, usages opposables aux banques. SCHÖNLE, Compensation, p. 316 ss.

¹⁵²⁴ LOMBARDINI, p. 312, n. 84.

¹⁵²⁵ PETER, p. 319.

¹⁵²⁶ GOTTRAU, I, p. 23, Standby, p. 10 ss. Voir aussi de LOGOZ, p. 116. La compensation ne devrait en revanche pas être admise lorsque le garant se prévaut d'une créance qui lui a été cédée par le donneur d'ordre. de GOTTRAU, I, p. 23, Standby, p. 11. Voir aussi LOMBARDINI, p. 312, n. 84 ; SPAINI, p. 132 ; ZOBL, p. 41. Arkan l'admet sans entrer dans une discussion. ARKAN, Teminat, p. 75.

773. Pour Spain, qui admet cette possibilité, « *es gilt, dass ein Verrechnungsverbot nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht und deshalb eine stillschweigende oder konkludente Verzichtserklärung nicht leithin angenommen werden kann.* »¹⁵²⁷

774. A notre avis, il ne faut pas accepter une exclusion tacite de la compensation pour chaque garantie en question. L'article 125 CO régit les créances non compensables. Selon le chiffre deux de cet article, les créances dont la nature spéciale exige le paiement effectif entre les mains du créancier ne peuvent être éteintes par compensation contre la volonté du créancier. Les exemples cités par la loi, soit l'alimentation et le salaire absolument nécessaire à l'entretien du débiteur et de sa famille, ne sont pas exhaustifs. En revanche, pour savoir si la garantie peut faire partie du domaine d'application de cet article, il faut connaître sa *ratio legis*. Selon le Tribunal fédéral, le législateur veut que la partie économiquement faible reçoive effectivement les prestations qui lui sont nécessaires et ces exemples cités par la loi comprennent les indemnités pour perte de soutien et pour frais de traitement¹⁵²⁸. Seul un cas extrême permettrait d'admettre que le paiement de la garantie rentre dans le domaine d'application de cet article.

775. Il sied d'ajouter que, comme la garantie est indépendante et étant donné que la condition de réciprocité fait défaut (art. 120 I CO), le garant ne peut en aucun cas compenser la créance du donneur d'ordre contre le bénéficiaire avec la créance que de ce dernier a contre lui (le garant)¹⁵²⁹.

II. Devoirs du créancier envers le garant

A. Généralités

1. Cautionnement

776. En tant que contrat unilatéral, le créancier n'assume pas d'obligation envers la caution. L'élément essentiel de ce contrat est la promesse de

¹⁵²⁷ SPAINI, p. 131 ss.

¹⁵²⁸ ATF 88 II 299, 312, c. 6b (= SJ 1963 I, 12).

¹⁵²⁹ DOHM, Garantie, p. 119, n. 247 ; SPAINI, p. 132 ; BÜSSER, p. 351, n. 1164.

garantir l'exécution d'engagements assumés par le débiteur principal envers le créancier. Il s'agit d'une promesse sans contre-prestation¹⁵³⁰.

777. En revanche, dans la partie relative au cautionnement, le Code des obligations impose au créancier un certain nombre d'incombances que l'on appelle « devoirs particuliers de diligence »¹⁵³¹, ceux-ci ressortent d'ailleurs aussi de l'article 2 du Code civil¹⁵³². On peut citer ici le devoir de sauvegarder les sûretés (art. 503 I CO), le devoir de délivrer les sûretés et les justifications utiles à la caution (art. 503 III, IV CO), le devoir d'accepter le paiement (art. 504 CO), les devoirs d'information (art. 505 CO), le devoir de poursuivre juridiquement l'exécution de ses droits lorsque la caution ne s'est engagée que pour un temps déterminé (art. 510 III CO), le devoir de poursuivre juridiquement l'exécution de ses droits et de continuer les poursuites sans interruption notable dans un certain délai lorsque le cautionnement a été donné pour une durée indéterminée (art. 511 CO) et le devoir de diligence dans les poursuites dirigées contre le débiteur principal jusqu'à la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif (art. 495 I CO)¹⁵³³.

778. Cependant, « le droit du cautionnement n'impose pas au créancier, dans ses rapports avec la caution, une obligation générale de diligence mais seulement une série d'obligations particulières dont le contenu et la portée doivent être fixés dans chaque cas particulier, compte

¹⁵³⁰ CAVIN, Nature, p. 280.

¹⁵³¹ TERCIER, Contrats, p. 883, n. 6145 ; CR-MEIER, art. 503, n. 2 ; HENRY, p. 204a ss. En tant qu'incombances, ces devoirs ne transforment pas le contrat de cautionnement en un contrat bilatéral. TERCIER, Contrats, p. 883, n. 6146 ; CR-MEIER, art. 503, n. 2 ; CAVIN, Nature, p. 304 ss. Voir aussi SCYBOZ, p. 89 ss. Le droit romain classique ne connaissait pas de tels devoirs du créancier, « *weil bei der fidejussio der Bürge die Stellung eines correus oder eines quasi correus einnahm.* » STOOSS, p. 474. Pour Wiegand, ces devoirs ne sont pas toujours des incombances, mais parfois des obligations. En effet, selon l'article 503 I CO, le créancier perd son droit même en l'absence de faute de sa part. En revanche, la caution n'est libérée en vertu de l'article 503 IV qu'en cas de faute du créancier. WIEGAND, Bürgschaft, p. 190.

¹⁵³² D'ailleurs, cela ressort de la philosophie des modifications de 1941 sur les articles du cautionnement. Selon Henry, la conception traditionnelle selon laquelle le créancier de la caution avait tous les droits et aucune obligation devait être abandonnée. Le créancier, qui était le seul bénéficiaire du cautionnement, devrait avoir le devoir légal d'user envers la caution d'un minimum d'égards afin de ménager, dans toute la mesure possible, sa situation financière. HENRY, p. 154a.

¹⁵³³ C'est au juge d'apprécier si ces devoirs de diligence sont respectés. SCYBOZ, p. 93. On peut encore citer le devoir de surveillance à l'endroit du débiteur principal dans les cautionnements d'officiers publics et de fonctionnaires (art. 503 II CO), mais cela ne fait pas partie de notre travail.

tenu des circonstances. »¹⁵³⁴ Selon la doctrine, le créancier n'a pas un devoir général de sauvegarder les intérêts de la caution¹⁵³⁵ ni un devoir de surveillance quant à la situation financière du débiteur, à moins qu'il ne s'y engage spécialement dans le contrat. Il n'a pas non plus l'obligation d'aviser la caution d'une dégradation de la situation économique du débiteur s'il en a connaissance¹⁵³⁶, puisque c'est justement cette insolvabilité qu'on garantit grâce au cautionnement¹⁵³⁷. Dans certaines situations, il faut cependant admettre qu'une telle obligation existe pour le créancier, et qu'il y a par conséquent inexécution si celui-ci, de mauvaise foi, n'avise pas la caution¹⁵³⁸. C'est le cas lorsqu'un créancier, ayant conscience qu'un élément de fait est important et déterminant pour la caution et que celle-ci l'ignore ne le lui signale pas. Il en va de même pour un créancier qui fournit des renseignements inexacts à la caution lors de la négociation du cautionnement sur l'interpellation de celle-ci. « Dans ces cas, on ne peut admettre une responsabilité du créancier vis-à-vis de la caution qui permet à cette dernière de demander à être indemnisée du préjudice subi du fait de l'engagement assumé. »¹⁵³⁹

¹⁵³⁴ ATF 78 II 258, 260, c. 5 (= JdT 1953 I 296, 298). GUT, p. 98 ss.

¹⁵³⁵ BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 5. Seule la caution doit apprécier l'étendue de ses engagements. En effet, le créancier n'est obligé ni de lui fournir les informations relatives au débiteur principal et à sa solvabilité dont il dispose, ni d'examiner dans l'intérêt de la caution si l'engagement est justifiable, raisonnable et proportionné à ses moyens financiers. Voir ATF 95 II 55, 57 ss, c. 2b (= JdT 1970 I 85, 86 ss). LOMBARDINI, p. 609, n. 140. Pour Cavin, il existe un devoir général de diligence incombant de par la loi au créancier dont le contenu est suivant : « le créancier a le devoir de veiller, dans ses relations avec le débiteur, à ne pas compromettre les intérêts et les droits éventuels de la caution, ce dans la mesure où cette dernière ne peut intervenir elle-même pour sauvegarder ses droits. » CAVIN, Nature, p. 295.

¹⁵³⁶ BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 3. Voir aussi BELSER, Freiheit, p. 434 ; GUT, p. 100 ss.

¹⁵³⁷ CR-MEIER, art. 503, n. 4. Même son devoir de diligence constitue une exception. BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 4.

¹⁵³⁸ BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 5.

¹⁵³⁹ LOMBARDINI, p. 609, n. 141 ss. D'après cet auteur, « le fait que les obligations du créancier vis-à-vis de la caution soient limitées peut être difficile à accepter, surtout lorsque le créancier est une banque, en général mieux à même que la caution d'apprécier la situation du débiteur principal et son risque de défaillance. L'engagement de la caution bénéficie d'ailleurs directement à la banque. Parfois, la banque est consciente d'entrée de cause du fait qu'elle sera remboursée exclusivement par la caution et que le droit de recours de la caution contre le débiteur aura une portée uniquement symbolique. Par ailleurs, dans certains cas, les rapports entre caution et débiteur principal peuvent être tels que la caution n'est pas en mesure de refuser le service que le débiteur principal lui demande ou d'appréhender la portée réelle et les conséquences de son engagement. » *Idem*,

2. Garantie indépendante

779. Pour la garantie indépendante, il n'y a aucune règle dans le Code qui régit les obligations du créancier vis-à-vis du garant. Les devoirs du créancier envers le garant ne découlent que de la convention des parties, de la nature de l'affaire et de l'article 2 CC.

780. Dans ce sens, on peut dire que le bénéficiaire doit faire appel à la garantie si, et seulement si le cas garanti s'est effectivement réalisé¹⁵⁴⁰ et ceci malgré l'indépendance de la garantie par rapport au contrat de base et la possibilité pour le bénéficiaire de faire appel sans prouver le bien-fondé de son droit¹⁵⁴¹. Si le contrat de garantie prévoit certaines formes d'appel ou la production de certains documents par le bénéficiaire, comme en matière de garantie documentaire, le créancier doit également les respecter¹⁵⁴². La forme est en général prévue dans le contrat de garantie. On exerce en principe l'appel par un document écrit, signé par le bénéficiaire ou son représentant¹⁵⁴³. En outre, le bénéficiaire doit effectuer un appel à la garantie « ferme et non équivoque »¹⁵⁴⁴.

781. Quand il s'agit d'une garantie à première demande avec « *Effektivklauseln* », la doctrine admet que le bénéficiaire devrait joindre à

p. 610, n. 144. Dans le même sens, voir WIEGAND, Bürgschaft, p. 190 ss. De même, « dans chaque espèce, c'est par l'examen du rapport juridique particulier créé par le contrat de cautionnement que l'on doit chercher à déterminer la diligence incombant au créancier. Ces contrats créent des obligations le plus souvent unilatérales à la charge de la caution, qui ne peut pas intervenir pour éviter les risques que comporte pour elle sa responsabilité, alors que, souvent, le créancier peut exclure ou du moins réduire ce risque. » ATF 64 II 208, 217 ss, c. 5 (= JdT 1939 I 465, 472).

¹⁵⁴⁰ GUTZWILLER, p. Cristoph, p. 248.

¹⁵⁴¹ DOHM, Garantie, p. 102 ss, n. 198. Et cela dans les limites de l'engagement quant au montant et à la monnaie choisie par les parties. LOGOZ, p. 108.

¹⁵⁴² Selon Tandoğan, si ce n'est pas une garantie à première demande, le bénéficiaire doit prouver la survenance du risque ; ce qui n'est pas une obligation pour lui mais une incombance. TANDOĞAN, II, p. 854. Voir aussi REİSOĞLU, Garanti, p. 159.

¹⁵⁴³ de GOTTRAU, II, p. 8. Voir aussi LOGOZ, p. 106.

¹⁵⁴⁴ « A ce titre, il convient de remarquer que la jurisprudence française ne considère pas la demande du bénéficiaire de prolonger ou payer la garantie, selon la formule *<extend or pay>*, comme un appel à la garantie ferme et non équivoque. A ses yeux, en effet, le paiement ne serait qu'une alternative au refus d'exécuter la demande principale de prolonger la garantie. Un changement de jurisprudence pourrait toutefois intervenir, dans la mesure où la Cour d'appel de Paris a reconnu la formule *<extend or pay>* comme un appel valable en la forme, en cas de refus de proroger la garantie. Les auteurs allemands et suisses estiment à l'opposé qu'un tel appel serait valable. » LOGOZ, p. 106 ss.

sa réquisition de paiement une simple confirmation par laquelle celui-ci déclare que le dommage s'est produit ou que le donneur d'ordre n'a pas exécuté son obligation¹⁵⁴⁵. « Une telle attestation du bénéficiaire, à laquelle celui-ci sera lié dans un procès au fond se déroulant par la suite entre lui-même et l'exportateur, est nécessaire et surtout justifiée ; car dans le cas contraire la banque serait inévitablement attirée dans le rapport contractuel de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, et ce, en dépit du fait qu'elle doit tout d'abord justement payer <à première demande>. »¹⁵⁴⁶

782. Pour Kleiner, une simple affirmation du bénéficiaire ne suffirait pas car la garantie aurait été conclue à première demande ou payable sur la simple déclaration du bénéficiaire. Selon cet auteur, le devoir d'examen du garant est libre et ce dernier pourrait imposer au bénéficiaire la production de documents probatoires qui attestent l'inexécution de la prestation¹⁵⁴⁷.

783. En outre, l'appel à la garantie doit être fait par le bénéficiaire lui-même ou, s'il est une personne morale, par un organe ou une personne habilitée à l'engager ou encore par un mandataire titulaire d'un mandat exprès et parvenir à la banque émettrice de la garantie, et non à l'une de ses succursales¹⁵⁴⁸. Il doit faire son appel avant la date d'expiration indiquée dans la garantie, à moins qu'une prolongation de délai n'ait été convenue¹⁵⁴⁹.

784. Il convient d'ajouter que le garant qui paye la garantie ne peut en principe pas faire valoir directement une prétention en répétition de l'indu contre le bénéficiaire, et cela même s'il existe des vices dans le rapport de couverture qui les lie. Il peut le faire uniquement dans deux hypothèses : s'il a payé malgré l'appel abusif du bénéficiaire¹⁵⁵⁰ ou s'il a effectué le

¹⁵⁴⁵ Voir *supra*, n. 112 ss.

¹⁵⁴⁶ DOHM, Garantie, p. 103 ss, n. 200.

¹⁵⁴⁷ KLEINER, Bankgarantie, p. 192, n. 21.26.

¹⁵⁴⁸ LOGOZ, p. 107. « Nur diese Geschäftsstelle ist in der Lage, die Erfüllung der Zahlungsbedingungen zu prüfen. » Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 213, n. 21.56. Les filiales ou succursales du même institut bancaire ne sont en principe pas des représentants aux termes des articles 32 ss CO. DOHM, Garantie, p. 102, n. 196.

¹⁵⁴⁹ de GOTTRAU, II, p. 8. C'est à la charge du bénéficiaire de communiquer des documents dans les délais prévus. LOGOZ, p. 106.

¹⁵⁵⁰ DOHM, Garantie, p. 120 ss, n. 251 ss. La banque a un droit de recours direct contre le bénéficiaire lorsque ce dernier exige et reçoit le paiement bien qu'il sache l'existence d'une décision du juge attestant qu'il n'a plus aucune prétention ; en d'autres termes, quand l'appel est abusif. La situation juridique est identique à celle d'une banque qui paye sur la présentation de documents falsifiés par le bénéficiaire.

paiement malgré l'existence d'une exception liée à la garantie. En revanche, si seul le rapport de base est vicié, l'action en répétition de l'indu doit être effectuée par le donneur d'ordre contre le bénéficiaire, le garant n'ayant toujours pas la possibilité de le faire¹⁵⁵¹. Celui-ci pourra cependant recourir au donneur d'ordre pour le remboursement de ce qu'il payé en vertu de l'article 402 CO lorsqu'il existe un contrat de mandat entre eux¹⁵⁵².

785. Enfin, le garant a le droit d'avoir la lettre de la garantie pour empêcher un éventuel appel abusif en utilisant la même lettre ; le bénéficiaire a donc l'obligation de restituer la lettre de garantie dès l'échéance de

Dans ce cas, elle n'a pas le droit de remboursement envers son donneur d'ordre (art. 402 CO). En outre, dans l'hypothèse où la banque bloque le compte du donneur d'ordre, celui-ci peut exiger d'elle qu'elle le lui rende (art. 400 I CO). Enfin, toujours dans la même hypothèse, le donneur d'ordre peut demander à sa banque des dommages-intérêts (art. 398 I, 321e I, 97 I CO). SCHÖNLE, Missbrauch, p. 75. Voir aussi HORN, p. 98. Si la banque apprend que la garantie n'était pas valable pour cause d'immoralité, elle peut également faire un recours direct contre le bénéficiaire selon l'article 62 I CO. ARKAN, Teminat, p. 69 ss. En revanche, si elle n'a pas eu de connaissance de la décision juridique sur l'interdiction de prétention du bénéficiaire, elle peut toujours recourir au donneur d'ordre (art. 402 CO) après avoir payé la garantie. SCHÖNLE, Missbrauch, p. 75. En droit italien, on admet également que le garant a un recours direct envers le bénéficiaire lorsque l'appel est abusif ou si la garantie est invalide. MAZZONI, p. 305.

¹⁵⁵¹ Ces règles découlant de l'indépendance de la garantie sont applicables au cas où le vice affecterait le contrat de base et le contrat de couverture simultanément. Dans ce cas de double vice, le garant ne peut non plus faire valoir une prétention en répétition de l'indu contre le bénéficiaire selon l'article 62 CO (*Durchgriffskondition*). En effet, à l'égard du bénéficiaire, l'engagement valable du garant constitue une cause juridique aux termes de l'article 62 CO. DOHM, Garantie, p. 112, n. 223 ss ; SCHÖNLE, Missbrauch, p. 60 ss. « Toujours est-il que la banque peut, au moyen d'une action en double répétition de l'indu (*Doppelkondition*), réclamer d'abord du donneur d'ordre que celui-ci lui cède son action en répétition de l'indu à l'égard du bénéficiaire selon l'art. 62 al. 1 CO, pour ensuite faire valoir cette action – en son nom propre, en tant que cessionnaire – vis-à-vis du bénéficiaire, conformément à l'article 62 al. 2 deuxième variante CO. Or dans ce cas, et par opposition à l'hypothèse de la prétention en répétition de l'indu directement contre le bénéficiaire (*Durchgriffskondition*), la banque ne supporte pas seulement le risque d'insolvabilité du bénéficiaire, mais à la fois le risque d'insolvabilité du bénéficiaire et du donneur d'ordre. » DOHM, Garantie, p. 112, n. 224. Sur ce sujet, voir aussi CR-PETITPIERRE, art. 62, n. 21. Le Tribunal fédéral admet la même solution en matière d'assignation. ATF 121 III 109, 113 ss, c. 4a (= rés. JdT 1996 I 52).

¹⁵⁵² Voir *infra*, n. 851 ss. En outre, si le mandat d'émission de la garantie est nulle toutes les conditions posées par l'article 62 I CO pour l'action en répétition de l'indu doivent être considérées comme réalisées dans la mesure où le paiement du garant libère le donneur d'ordre d'une dette qu'il a envers le bénéficiaire. SCHÖNLE, Missbrauch, p. 59 ; DOHM, Garantie, p. 111, n. 220. Voir cependant *infra*, n. 865.

l'engagement de la banque (art. 88 CO)¹⁵⁵³. Le donneur d'ordre et la banque disposent à ce sujet chacun d'une action en restitution du document à la banque¹⁵⁵⁴. Cependant, selon Yargıtay, ni le bénéficiaire ni un tiers ne peuvent avoir d'autre prétention envers le garant avec la même lettre, bien qu'elle ne soit pas rendue par le bénéficiaire au garant, car la lettre de garantie n'est pas un papier-valeur¹⁵⁵⁵.

786. Une question se pose : les articles 503–505 CO s'appliqueraient-ils par analogie aux contrats de garantie ? Ce devrait être le cas puisque que leur but est de sauvegarder les droits de la caution conformément au principe général selon lequel le créancier ne peut pas rendre la position de la caution plus difficile et puisque, selon la doctrine, les devoirs du créancier émanent des règles de la bonne foi (art. 2 CC)¹⁵⁵⁶. Cependant, les devoirs du créancier régis dans les articles 503 et 504 CO sont en relation avec le droit de recours légal de la caution, droit de recours dont le garant ne dispose pas. Il n'est donc pas possible de les appliquer en matière de garantie indépendante. De même, dans la plupart des cas, les devoirs d'information du créancier envers la caution ne sont pas compatibles avec la fonction de liquidité de la garantie. On peut cependant admettre l'application analogique de la première phrase de l'article 505 I CO sur le devoir d'information du créancier concernant l'état de la dette.

B. Devoir de sauvegarder les sûretés et devoir de délivrer celles-ci ainsi que les justifications utiles à la caution

1. Cautionnement

787. Le créancier, qui est tenu de remettre les droits de gage et les sûretés garantissant la dette principale à la caution qui s'exécute (sous réserve des articles 507 II et 503 III CO), a le devoir de sauvegarder ces droits et sûretés pour ne pas porter de préjudice à la position de celle-ci

¹⁵⁵³ TD, E. 69/3138, K. 2407, T. 4.6.1970 (cité par AKYAZAN, Ticaret, p. 187).

¹⁵⁵⁴ LOGOZ, p. 110 ss.

¹⁵⁵⁵ İBK, E. 1966/16, K. 1967/7, T. 13.12.1967 (RG 5.4.1968 12867). Voir en outre TD, E. 71/1339, K. 71/4007, T. 18.5.1971 (RKD 1972, v. II, no. 2, p. 61) ; İİD, E. 10795, K. 10869, T. 3.11.1966 (RKD, 1967, v. II, no. 2, p. 20) ; İİD, E. 4527, K. 4542, T. 25.6.1960 (AD 1960, no. 8, p. 592) ; İİD, E. 5812, K. 5891, T. 23.11.1956 (cité par REİSOĞLU, Teminat, p. 55, note. 100) ; İİD, E. 4060, K. 3820, T. 25.6.1956 (cité par REİSOĞLU, Teminat, p. 55, note. 100) ; İİD, E. 5366, K. 5502, T. 20.10.1955 (cité par REİSOĞLU, Teminat, p. 55, note. 100).

¹⁵⁵⁶ CR-MEIER, art. 503, n. 1.

(art. 503 I CO)¹⁵⁵⁷. Ce devoir a une connexité avec la subrogation légale de la caution aux droits du créancier (art. 507 CO). En d'autres termes, c'est parce que la caution est subrogée aux droits du créancier que la loi impose au créancier de sauvegarder les sûretés relatives à la créance cautionnée et de les céder à la caution. Si la caution n'était pas subrogée aux droits du créancier, on ne pourrait pas parler de tels devoirs de la caution¹⁵⁵⁸.

788. Selon l'article 503 I CO, « lorsque le créancier diminue les sûretés au préjudice de la caution des droits de gage, sûretés et droits de préférence existant lors du cautionnement ou obtenus plus tard du débiteur pour la garantie spéciale de la créance, la responsabilité de la caution se réduit d'une somme correspondante, à moins qu'il ne soit prouvé que le dommage est moins élevé. »

789. L'article ayant un caractère impératif, les parties ne peuvent pas convenir que la caution supportera les conséquences d'un défaut de surveillance sous peine de nullité de plein droit¹⁵⁵⁹.

790. Le terme « sûreté » comprend¹⁵⁶⁰ non seulement les sûretés d'ordre réel¹⁵⁶¹, mais également les sûretés d'ordre personnel¹⁵⁶² et les droits découlant de la saisie ou du séquestre, ainsi que les droits de préférence ou privilèges de poursuite¹⁵⁶³. Ces termes ne sont pas limitatifs¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁵⁷ CR-MEIER, art. 503, n. 5 ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 4 ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 6. Le but de l'article est de sauvegarder les droits de la caution tout comme le principe général par lequel le créancier ne peut pas aggraver la position juridique de la caution. BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 12. Sur ce sujet, dans l'ancien droit du cautionnement, voir aussi STOOS, p. 482 ss.

¹⁵⁵⁸ On peut dire la même chose pour le devoir créancier de délivrer les sûretés et les justifications utiles à la caution (art. 503 III, IV CO). Voir *infra*, n. 795 ss.

¹⁵⁵⁹ CR-MEIER, art. 503, n. 5. Voir aussi BECK, art. 503, n. 7.

¹⁵⁶⁰ BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 10 ; CR-MEIER, art. 503, n. 6 ; GUT, p. 109 ss.

¹⁵⁶¹ Voir 11. HD, E. 2000/4704, K. 6136, T. 29.6.2000 (İKİD, Mart 2001, no. 483, p. 166) ; 11. HD, E. 1998/5557, K. 1998/5215, T. 7.7.1998 (www.kazanci.com.tr). Tous les types de droits de gages, par exemple, le droit de rétention, les droits résultant d'une annotation au registre foncier ainsi que la réserve de propriété. CR-MEIER, art. 503, n. 6, REİSOĞLU, Kefalet, p. 189 ss. Parmi les droits de gage, on peut citer le droit de rétention du bailleur aussi. ATF 64 III 147, 156 ss, c. 5 (= JdT 1939 II 19, 26) ; ATF 26 II 248, 250 ss, c. 2. SCYBOZ, p. 93.

¹⁵⁶² Par exemple, autres cautionnements ou engagements solidaires.

¹⁵⁶³ 19. HD, E. 1998/1670, K. 1998/2470, T. 2.4.1998 (www.kazanci.com.tr). A savoir les qualités de créance qui lui confèrent un rang privilégié dans la saisie ou dans la poursuite (art. 146, 219 LP). CR-MEIER, art. 503, n. 6 ; BK-GIOVANOLI, art. 503,

791. Si la sûreté est fournie sur la base d'une clause de garantie générale selon laquelle la sûreté est fournie pour toutes les prétentions que le créancier pourrait avoir contre le débiteur principal, cet article ne s'applique pas. Selon la doctrine, « le but de la réglementation veut que la condition de spécialité s'applique non seulement aux sûretés obtenues ultérieurement, mais également à celles fournies d'emblée ; la responsabilité du créancier est donc engagée uniquement pour les sûretés fournies spécialement pour la dette cautionnée. Cette solution permet à la banque et au débiteur de conclure d'autres contrats en utilisant les clauses générales de garantie sans avoir à se préoccuper des intérêts de la caution, tiers à ces rapports, et d'éviter un devoir général de surveillance sur les gages fournis, qu'il n'est pas raisonnable d'imposer à la banque. »¹⁵⁶⁵

792. Le devoir du créancier de sauvegarder les droits de la caution porte sur les sûretés existant lors du cautionnement¹⁵⁶⁶ ou obtenues plus tard du débiteur, mais uniquement pour la garantie spéciale de la créance¹⁵⁶⁷.

n. 10 ; TERCIER, Contrats, p. 884, n. 6155. Voir ATF 66 II 123, 128ss, c. 2 (= JdT 1940 I 453, 458 ss = rés. SJ 1940 607).

¹⁵⁶⁴ BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 11.

¹⁵⁶⁵ CR-MEIER, art. 503, n. 8. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 9 ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 8 ss. *Contra* TERCIER, Contrats, p. 884, n. 6156 ; BECK, art. 503, n. 20 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 503, n. 14.

¹⁵⁶⁶ Le moment déterminant est celui de la déclaration de l'engagement de la caution. La personne qui les fournie est sans importance (le débiteur principal, la caution elle-même ou un tiers). CR-MEIER, art. 503, n. 8 ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 6 ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 7.

¹⁵⁶⁷ Le terme de « garantie spéciale » ne signifie pas « garantie exclusive », dans ce sens que le devoir du créancier subsiste même si la sûreté fournie ultérieurement garantit la dette qui a été cautionnée à côté de plusieurs autres. On peut donc admettre que les intéressés peuvent, dès l'origine ou seulement plus tard, constituer cette sûreté dans l'idée de garantir les deux créances ensemble. « Aussi ne voit-on pas pourquoi, en pareil cas, le créancier serait dispensé de l'obligation (*Diligenzpflicht*) qui lui est imposée par l'art. 509 (a) CO, simplement parce que la sûreté n'était pas constituée exclusivement pour l'une ou pour l'autre créance. » ATF 48 II 196, 213 ss, c. 11 (= JdT 1923 I 354, 369). Voir aussi CR-MEIER, art. 503, n. 9 ; GIOVANOLI, art. 503, n. 7 ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 8. Le devoir du créancier ne concerne pas les sûretés fournies par un tiers ultérieurement à l'engagement de la caution. Dans ce sens, on admet qu'une caution conjointe est un tiers « si elle apporte une sûreté pour son obligation uniquement, les autres cautions n'ont pas le droit à sa conservation. » CR-MEIER, art. 503, n. 9. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 10 ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 16. La diminution des droits de gage, sûretés et droits de préférence peut avoir lieu non seulement à travers l'abandon ou la négligence du créancier, mais aussi quand ce dernier les utilise à son gré, arbitrairement ou différemment par rapport à leur utilisation, ou encore pour couvrir d'autres créances.

793. Les sûretés peuvent être diminuées par suite d'un acte positif¹⁵⁶⁸ ou d'une omission¹⁵⁶⁹. La caution qui les reçoit a les mêmes incombances envers les autres personnes contre lesquelles elle va exercer des recours, telles que l'arrière-caution et cocauton¹⁵⁷⁰.

794. En cas de violation des devoirs de diligence du créancier, la responsabilité de la caution est réduite d'une somme correspondante, à moins qu'il ne soit prouvé que le dommage est moins élevé. Il appartient au créancier de prouver que le dommage est inexistant ou moins élevé que le montant de la diminution (art. 97 CO)¹⁵⁷¹. S'il ne peut rien prouver, la sanction est la réduction de plein droit de l'obligation de la caution, et non pas la naissance d'une créance d'indemnité¹⁵⁷².

ATF 48 II 196, 210, c. 10 ad c (= JdT 1923 I 354, 366) ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 13. Voir aussi ATF 64 II 25 (= JdT 1938 I 366).

En droit turc aussi, l'article 500 I COtr prévoit que si le créancier diminue au préjudice de la caution les sûretés existant lors du cautionnement ou obtenus plus tard, il est responsable envers elle. 11. HD, E. 1998/5557, K. 1998/5215, T. 7.7.1998 (www.kazanci.com.tr). Pour Tandoğan, il s'agit d'une obligation au sens propre du terme, mais pas d'une obligation étant donné que le créancier est responsable envers la caution. TANDOĞAN, II, p. 785.

¹⁵⁶⁸ Voir ATF 64 II 25 (= JdT 1938 I 366). Selon le Tribunal fédéral, le créancier diminue les sûretés non seulement lorsqu'il les abandonne ou les néglige (*preisgibt oder vernachlässigt*), mais aussi lorsqu'il les emploie arbitrairement et sans droit, notamment pour garantir d'autres créances qu'il a contre le débiteur principal. ATF 49 II 196, 210, c. 10c (= JdT 1923 I 354, 366).

¹⁵⁶⁹ Voir ATF 66 II 123 (= JdT 1940 I 453 = rés. SJ 1940 607) ; ATF 64 III 147 (= JdT 1939 II 19). Par exemple, en négligeant d'intervenir dans la faillite d'une autre caution ou de prendre des mesures conservatoires en matière de gages immobiliers. CR-MEIER, art. 503, n. 10 ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 12. C'est le cas notamment lorsque le créancier n'empêche pas la dépréciation de l'immeuble en gage (art. 808 CC). OLGAC, Kefalet, p. 46.

¹⁵⁷⁰ ATF 94 III 1, 3, c. 1 (= JdT 1968 II 67, 69, SJ 1969 59, 61) ; CR-MEIER, art. 503, n. 15 ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 12 ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 17. « [...] la caution qui paie le créancier en tant qu'elle n'a pas reçu de lui à cet effet un mandat exprès – agit pour le compte des autres cautions comme un gérant d'affaires. » ATF 66 II 123, 128, c. 1 (= JdT 1940 I 453, 457 = rés. SJ 1940 607).

¹⁵⁷¹ Voir ATF 78 II 258 (= JdT 1953 I 296). Dans un arrêt plus ancien, le Tribunal fédéral a exprimé cette idée plus clairement : « la caution doit faire la preuve que le créancier a violé son devoir de diligence et qu'il en a résulté un découvert pour lui. Mais le créancier, de son côté, peut faire la preuve qu'aucune faute ne lui est imputable. » ATF 64 II 25, 28 ss, c. 3 (= JdT 1938 I 366, 369).

¹⁵⁷² La caution qui s'est déjà acquittée de son obligation dans l'ignorance de ses droits peut agir en restitution selon les articles 62 ss CO. CR-MEIER, art. 503, n. 14 ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 12 ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 15.

795. Selon l'article 503 III CO, le créancier est en outre tenu de remettre à la caution qui le paie (et qui est d'ailleurs subrogée aux droits du créancier à concurrence de ce qu'elle lui a payé selon l'article 507 I 1 CO) les titres pouvant l'aider à exercer ses droits¹⁵⁷³ et lui donner les renseignements nécessaires. Il doit aussi remettre les gages et autres sûretés existant au moment du cautionnement ou constitués par la suite par le débiteur spécialement pour la créance, ou remplir les formalités prescrites pour leur transfert¹⁵⁷⁴. Le transfert des gages et des autres sûretés doit se faire trait pour trait sauf convention contraire¹⁵⁷⁵. En d'autres termes, à chaque fois que la caution s'exécute, le créancier doit lui rendre la partie correspondante des gages.

796. La caution peut opposer une exception dilatoire « *exceptio non adimpleti contractus* » au créancier qui réclame le paiement et qui n'a pas rempli ou n'est pas prêt à remplir son devoir (art. 82 CO)¹⁵⁷⁶. En outre, lorsque le créancier refuse indûment¹⁵⁷⁷ de s'exécuter ou s'il s'est dessaisi de mauvaise foi ou par négligence grave des preuves existantes ou des gages et autres sûretés dont il est responsable, la caution est libérée

¹⁵⁷³ Ces moyens de preuve sont, par exemple, l'acte de cautionnement, les titres de gages, le certificat d'insuffisance de gage, les actes de poursuites, les jugements, la correspondance juridiquement pertinente, les bien-trouvés bancaires, les reconnaissances de dette du débiteur principal, le contrat de base entre créancier et débiteur principal, tous les titres qui permettent d'établir l'existence et l'étendue de la dette principale, des droits accessoires et en particulier les sûretés. CR-MEIER, art. 503, n. 21 ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 19 ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 26. De plus, le créancier doit rendre les titres originaux sauf en cas de paiement partiel. En cas de paiement partiel, il peut exiger une remise partielle des documents ou tout au moins des copies légalisées. ATF 78 II 258, 262, c. 6 (= JdT 1953 I 296, 299) ; CR-MEIER, art. 503, n. 22, BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 19.

¹⁵⁷⁴ Ces sûretés sont transférées *ex lege* à la caution (art. 507 II). L'accomplissement du devoir de transfert n'a donc pas d'effet constitutif. CR-MEIER, art. 503, n. 24 ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 21. Pour une éventuelle perte de droit par suite d'acquis d'un tiers de bonne foi, la caution doit avoir la possession effective (art. 884, 900, 869 CC ; 967 I, II CO). ATF 45 II 664, 670, c. 1 (= JdT 1920 I 578, 583) ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 30.

¹⁵⁷⁵ ATF 78 II 258, 262, c. 7 (= JdT 1953 I 296, 299) ; CR-MEIER, art. 503, n. 25 ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 22 ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 34. En outre, si la caution se prévaut des droits conférés par l'article 504 CO, le créancier, qui est d'ailleurs obligé d'accepter le paiement, doit les lui transférer au moment du paiement. 19. HD, E. 1993/181, K. 1993/8484, T. 10.12.1993 (www.kazanci.com.tr). CR-MEIER, art. 503, n. 25, 26.

¹⁵⁷⁶ La notion de refus indu est la même dans cet article que dans les articles 91 CO et 504 II CO. ATF 78 II 258, 262 ss, c. 7a (= JdT 1953 I 296, 300) ; CR-MEIER, art. 503, n. 26 ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 23 ; BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 35.

(art. 503 IV CO). Elle peut également exiger la restitution de ce qu'elle a déjà payé (art. 62 ss, 503 IV 2 CO), mais ne recevra de réparation pour le dommage supplémentaire que si le créancier est fautif¹⁵⁷⁸.

2. Garantie indépendante

797. Les devoirs de sauvegarder les sûretés et de les délivrer à la caution qui sont imposés au créancier pour sauvegarder les intérêts celle-ci ont une connexité avec la subrogation légale de la caution aux droits du créancier (art. 507 CO)¹⁵⁷⁹. Le garant ne profite pas de l'article 507 CO, donc de la subrogation légale. Après avoir payé la garantie, il peut se faire rembourser en faisant appel, le cas échéant, au contre-garant. S'il n'y a pas de contre-garant, le garant peut se retourner contre le donneur d'ordre selon l'article 402 CO. Enfin, s'il n'y a aucun contrat entre lui et le donneur d'ordre, il peut rechercher ce dernier en se fondant sur les articles 62 ss et 419 ss CO¹⁵⁸⁰. Aucune de ces possibilités ne fournit pour le garant de droit à une subrogation. En conséquence, le bénéficiaire n'a envers le garant ni le devoir de sauvegarder les sûretés ni celui de les lui délivrer après le paiement effectif qui ressortent des articles 501 et 503 CO¹⁵⁸¹.

798. Il est cependant possible que la garantie prévoie une clause de cession de créance qui oblige le bénéficiaire à céder sa créance issue du contrat de base au garant après un paiement effectué par ce dernier. Dans ce cas, le bénéficiaire a des devoirs semblables. Selon l'article 170 CO, « la cession d'une créance comprend les droits de préférence et autres droits accessoires, sauf ceux qui sont inséparables de la personne du cédant. Le cédant doit fournir les moyens de preuve existants, ainsi que les renseignements nécessaires pour faire valoir ses droits. » Les termes « droits de préférence » et « droits accessoires » comprennent, comme c'est le cas pour les cautionnements, les sûretés d'ordre réel, les sûretés d'ordre

¹⁵⁷⁸ Ce qui est toujours le cas s'il s'est dessaisi de mauvaise foi ou par négligence grave (art. 503 IV CO). CR-MEIER, art. 503, n. 28 ; BaK-PESTALOZZI, art. 503, n. 23. Voir aussi BK-GIOVANOLI, art. 503, n. 36 ; NUSSBAUMER, p. 70 ; CAVIN, Cautionnement, p. 49.

¹⁵⁷⁹ Voir *infra*, n. 787.

¹⁵⁸⁰ Voir *infra*, n. 854 ss.

¹⁵⁸¹ La doctrine turque admet également que le garant ne peut pas profiter du droit reconnu pour la caution par l'article 503 III CO. KAHYAOĞLU, p. 31 ss ; BURLAS, Teminat, p. 33.

personnel, les droits découlant de la saisie ou du séquestre, ainsi que les droits de préférence ou privilège de poursuite¹⁵⁸².

799. L'obligation de remise des documents et de renseignements n'affecte pas la validité de la cession. « Toutefois, le cédant défaillant engagera sa responsabilité pour violation du contrat de base (*pactum de cedendo*). »¹⁵⁸³

800. A notre avis, même lorsque la cession est onéreuse, le bénéficiaire ne garantit en aucun cas l'existence de la créance au moment du transfert (art. 171 I CO), ni ne répond de la solvabilité du débiteur (art. 171 II CO)¹⁵⁸⁴, car une solution contraire contredirait complètement la logique de l'institution qui est de garantir non seulement la solvabilité du débiteur, mais aussi l'existence de la dette¹⁵⁸⁵.

801. Enfin, selon la deuxième phrase de l'article 507 II CO, si la caution, s'étant acquittée partiellement, n'est subrogée qu'à une partie d'un droit de gage, la partie restante au créancier est de rang préférable. Pour les garanties, il n'existe pas de disposition de ce type. En revanche, l'article en question n'est qu'une application du principe « *nemo subrogat contra se* »¹⁵⁸⁶, qui reconnaît un droit préférentiel à la partie qui est originairement en possession d'une garantie spéciale¹⁵⁸⁷. A la lumière de ce principe, il faut donc admettre la même solution en matière de garantie bancaire.

C. Devoir d'accepter le paiement

1. Cautionnement

802. Malgré le fait que le cas d'application le plus fréquent du cautionnement est le prêt à intérêt, la caution, en vertu de l'article 504 CO,

¹⁵⁸² CR-PROBST, art. 170, n. 8 ss ; ENGEL, Obligations, p. 880 ss ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 277, n. 3664 ss.

¹⁵⁸³ Et le cessionnaire pourra lui opposer l'exception de l'article 82 CO. CR-PROBST, art. 170, n. 14.

¹⁵⁸⁴ Une stipulation contractuelle dérogeant au régime légal de la garantie du cédant peut être tacite. La doctrine donne comme exemple le cas d'un cessionnaire qui savait que la créance était douteuse ou contesté. CR-PROBST, art. 171, n. 16 ; ENGEL, Obligations, p. 892.

¹⁵⁸⁵ Voir *supra*, n. 175.

¹⁵⁸⁶ Voir *infra*, n. 836.

¹⁵⁸⁷ TERCIER, Contrats, p. 892, n. 6218.

est autorisée dans certaines circonstances à exécuter son obligation de manière anticipée (art. 81 I CO), car elle a intérêt au paiement anticipé¹⁵⁸⁸. En d'autres termes, la caution a le droit d'effectuer un paiement anticipé bien que le créancier compte sur le fait que le débiteur paiera des intérêts pendant toute la durée du prêt et qu'il ne remboursera pas le capital avant l'échéance. Cette disposition vise à sauvegarder les intérêts de la caution qui risque de perdre son droit de recours contre le débiteur. La disposition étant impérative, les parties ne peuvent pas y renoncer par avance. Elle vise à sauvegarder les intérêts de la caution qui risque de perdre son droit de recours légal contre le débiteur, par exemple lorsque la situation financière de ce dernier s'aggrave ou bien lorsqu'elle veut éviter les éventuels frais supplémentaires¹⁵⁸⁹.

803. Selon cet article, dès que la dette du débiteur principal est exigible, même par suite d'une faillite, la caution peut demander à tout moment au créancier d'accepter le paiement (art. 504 I 1 CO). La raison de l'exigibilité importe peu¹⁵⁹⁰, il suffit que celle-ci résulte de la faillite du débiteur ou d'un séquestre (art. 208 I, 271 II LP), bien qu'en ce cas elle ne soit opposable pas à la caution contre son gré (art. 501 I CO). La caution est doublement protégée : elle n'est pas du tout obligée d'effectuer un paiement avant que les deux dettes (la principale et la sienne) soient exigibles ; par contre elle garde la faculté de payer avant l'exigibilité de sa propre dette, à condition que la dette principale soit exigible¹⁵⁹¹.

804. En principe, lorsque la dette est liquide et exigible pour le tout, le créancier peut refuser un paiement partiel (art. 69 CO). En revanche, si la dette est garantie par plusieurs personnes, le créancier est tenu d'accepter même un paiement partiel, pourvu que celui-ci représente au moins la part afférente à la caution offrante (art. 505 I 2 CO)¹⁵⁹². En outre, un paiement partiel est toujours possible si le débiteur principal, lui aussi, a le droit

¹⁵⁸⁸ C'est le cas par exemple quand le débiteur est en demeure et que la caution a l'obligation de payer des intérêts parce que l'exigibilité de son engagement est postérieure. BK-GIOVANOLI, art. 504, n. 1. Voir aussi REİSOĞLU, Kefalet, p. 188.

¹⁵⁸⁹ CR-MEIER, art. 504, n. 1 ; BaK-PESTALOZZI, art. 504, n. 1 ; BK-GIOVANOLI, art. 504, n. 1.

¹⁵⁹⁰ BaK-PESTALOZZI, art. 504, n. 2 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 188.

¹⁵⁹¹ CR-MEIER, art. 504, n. 2 ; BK-GIOVANOLI, art. 504, n. 2.

¹⁵⁹² Cette disposition ne s'applique pas au cautionnement plural indépendant. Dans ce cas, le créancier n'est pas tenu d'accepter un paiement partiel. CR-MEIER, art. 504, n. 3.

d'effectuer un paiement partiel au créancier ou bien lorsque la caution ne garantit qu'une partie de la dette¹⁵⁹³.

805. Si le créancier refuse indûment d'accepter le paiement, la caution est libérée et la responsabilité des cautions solidaires se réduit alors du montant de sa part (art. 504 II CO). La caution ne doit prouver que la réalisation des conditions d'un paiement partiel ; le créancier doit, à son tour, prouver que les motifs de son refus étaient légitimes¹⁵⁹⁴. Ce refus sans motif légitime est la condition ordinaire de la demeure du créancier avec la différence d'une sanction plus dure ; en effet, le refus n'est pas constitutif d'une consignation mais d'une déchéance¹⁵⁹⁵.

806. Selon l'article 504 III CO, le consentement du créancier permet à la caution de désintéresser ce dernier même avant l'exigibilité de la dette ; sans toutefois avoir de droit de recours légal contre le débiteur principal avant que la dette ne soit exigible.

807. Il sied de souligner finalement que ce paiement anticipé n'est pas une obligation pour la caution, mais un droit que le législateur lui a reconnu¹⁵⁹⁶.

2. Garantie indépendante

808. L'article 504 CO n'est pas applicable aux garanties indépendantes, car la disposition vise à sauvegarder les intérêts de la caution qui risque de perdre son droit de recours légal contre le débiteur¹⁵⁹⁷ et un tel droit de recours légal n'existe pas en matière de garantie indépendante.

809. En revanche, selon l'article 81 I CO, le garant peut exécuter son obligation avant l'échéance, si l'intention contraire des parties ne ressort ni des clauses ou de la nature du contrat ni des circonstances¹⁵⁹⁸.

810. Si le bénéficiaire accepte le paiement avant l'accomplissement de la condition, soit la survenance du risque, il peut se trouver tenu de

¹⁵⁹³ CR-MEIER, art. 504, n. 3 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 188 ss.

¹⁵⁹⁴ En revanche, à la différence de ce qui est exigé pour la demeure du débiteur, une faute de sa part n'est pas requise. BK-GIOVANOLI, art. 504, n. 5.

¹⁵⁹⁵ Bien sûr, le créancier ne perd pas sa prétention contre le débiteur principal. SCYBOZ, p. 91.

¹⁵⁹⁶ BK-GIOVANOLI, art. 504, n. 2.

¹⁵⁹⁷ Voir *supra*, n. 802.

¹⁵⁹⁸ Par exemple, cela n'est pas le cas si l'une des conditions de l'obligation du garant est l'appel à la garantie de la part du bénéficiaire.

restituer la somme selon les règles relatives à l'enrichissement illégitime¹⁵⁹⁹ lorsque la condition fait défaut (art. 153 II CO)¹⁶⁰⁰.

811. Cependant, si le bénéficiaire refuse ce paiement sans motifs légitimes après l'accomplissement de la condition, il se trouve en demeure du créancier (art. 91 ss CO)¹⁶⁰¹. Dans ce cas, le garant peut consigner le montant de la garantie et se libérer (art. 92 I CO). C'est au juge de décider du lieu de consignation (art. 92 II CO). Le garant ne peut pas résilier le contrat sur la demeure du créancier, étant donné que sa prestation consiste en le paiement d'une somme d'argent (art. 95 CO)¹⁶⁰².

D. Devoir d'information

1. Cautionnement

812. L'article 505 CO régit les devoirs d'information du créancier. Ce sont des devoirs résultant du principe de la bonne foi (art. 2 CC) et qui trouvent leur source dans l'idée que le créancier est mieux informé et armé que la caution¹⁶⁰³. Disposition impérative, les parties ne peuvent point y déroger¹⁶⁰⁴.

813. L'article prévoit deux types de devoir d'information. Selon le premier alinéa de l'article 505 CO, le créancier doit aviser la caution lorsque le débiteur est en retard de six mois pour un paiement de capital ou pour l'intérêt d'un semestre ou encore pour un amortissement annuel (art. 505 I 1^{ère} phrase CO)¹⁶⁰⁵. Cette disposition permet à la caution

¹⁵⁹⁹ L'article 62 II CO (la cause qui n'est pas réalisée, *condictio causa data causa non secuta* ou *condictio ob causam futuram*). Pour des exemples, voir ATF 129 III 264, 268, c. 3.2.2 (= rés. JdT 2003 I 363 = SJ 2003 409, 413) ; ATF 119 II 20, 22, c. 2a (= JdT 1994 I 34, 35) et les arrêts cités.

¹⁶⁰⁰ C'est notamment le cas lorsque le risque n'est pas survenu dans les délais.

¹⁶⁰¹ BARLAS, Teminat, p. 30. Une offre faite avant l'exigibilité de la dette est valable lorsque la prestation est exécutable (art. 81 CO). TEKINAY, AKMAN, BURCU-OĞLU, ALTOP, p. 838. « [...] et que le créancier dispose d'un délai suffisant pour prendre ses dispositions. » CR-LOERTSCHER, art. 91, n. 14.

¹⁶⁰² Sur ce sujet, voir aussi *infra*, n. 883.

¹⁶⁰³ SCYBOZ, p. 95 ; CR-MEIER, art. 505, n. 1. Pour l'article 503 alinéa 2, voir aussi von SALIS, p. 267.

¹⁶⁰⁴ CR-MEIER, art. 505, n. 1 ; BaK-PESTALOZZI, art. 505, n. 2.

¹⁶⁰⁵ Pour la doctrine, le délai est long et devrait être réduit conventionnellement à l'intérêt de la caution. LOMBARDINI, p. 610, n. 146. Si la caution est donnée dans une relation de compte courant, on calcule ce délai à partir de chaque solde arrêté.

d'éviter de mauvaises surprises et lui donne la possibilité de prendre à temps les mesures nécessaires¹⁶⁰⁶. Il n'est pas nécessaire que la caution ait préalablement interpellé le créancier à ce sujet¹⁶⁰⁷. Un retard minime ou portant sur un montant insignifiant ne fait pas naître le devoir d'information¹⁶⁰⁸. Pour l'application de cet article, il n'est pas nécessaire que le débiteur principal soit en demeure, un défaut de paiement à l'échéance, dont les motifs sont sans importance, crée ce retard¹⁶⁰⁹. Si les conditions de cet article ne se réalisent pas, le créancier n'a aucune obligation d'aviser la caution¹⁶¹⁰.

814. La deuxième phrase de l'alinéa impose un devoir d'information sur l'état de la dette. Sur demande de la caution, le créancier doit la renseigner en tout temps sur l'état de la dette (art. 505 I 2^{ème} phrase CO). Il fait état d'une information qui ne porte que sur la dette cautionnée et qui ne peut être tue ni pour cause de secret bancaire ni pour cause d'un autre secret professionnel¹⁶¹¹.

815. Le deuxième alinéa de l'article prévoit de plus que le créancier est tenu de produire sa créance et de faire tout ce qui peut être exigé de lui

CR-MEIER, art. 505, n. 2 ; BK-GIOVANOLI, art. 505, n. 3. Le bénéficiaire de la garantie n'a cependant pas un tel devoir. BARLAS, Teminat, p. 29.

¹⁶⁰⁶ On peut donner comme exemple les mesures régies par les articles 504, 506, 511 CO. BaK-PESTALOZZI, art. 505, n. 3.

¹⁶⁰⁷ Art. 102 I CO. Même s'il s'agit d'une personne physique, dont le montant de la dette diminue selon l'article 500 I CO, la caution doit être avisée. BK-GIOVANOLI, art. 505, n. 3.

¹⁶⁰⁸ Il faut tenir compte de la bonne foi comme critère déterminant pour cette question. CR-MEIER, art. 505, n. 2.

¹⁶⁰⁹ Il n'est pas nécessaire non plus que le débiteur soit sommé en vain au sens de l'article 496 I CO. CR-MEIER, art. 505, n. 3 ; BaK-PESTALOZZI, art. 505, n. 4 ; BK-GIOVANOLI, art. 505, n. 3. Si l'avis est donné avant l'échéance de six mois, il doit être répété après ce délai lorsque plusieurs mois se sont écoulés depuis l'information et que la situation financière du débiteur principal s'est détériorée dans l'intervalle. CR-MEIER, art. 505, n. 3 ; BaK-PESTALOZZI, art. 505, n. 4 ; BK-GIOVANOLI, art. 505, n. 3a.

¹⁶¹⁰ Enfin, il a ni une obligation générale de surveillance du débiteur ni une obligation générale d'aviser la caution. CR-MEIER, art. 503, n. 4, 505, n. 4 ; PESTALOZZI, art. 505, n. 3.

¹⁶¹¹ CR-MEIER, art. 505, n. 5, 6 ; BaK-PESTALOZZI, art. 505, n. 5 ; BK-GIOVANOLI, art. 505, n. 5. En revanche, l'interdiction d'abus de droit de l'article 2 II CC évitera que la caution demande de manière répétée et chicanière, à intervalles extrêmement rapprochés, sans qu'aucun motif légitime justifie de telles requêtes. CR-MEIER, art. 505, n. 6 ; BK-GIOVANOLI, art. 505, n. 4. Dans l'hypothèse où la caution est une personne physique et le créancier est une banque, le devoir d'information est accru. WIEGAND, Bürgschaft, p. 191.

pour sauvegarder les droits de la caution, au cas où le débiteur serait déclaré en faillite ou demanderait un concordat (art. 505 II 1^{ère} phrase CO). Ce devoir permet d'éviter que le créancier ne reste inactif dans la faillite ou dans le concordat du débiteur principal, en laissant la caution recourir à un débiteur désormais sans fortune¹⁶¹². Le créancier a un délai d'un mois dès la publication de l'ouverture de la faillite (art. 232 II LP) et un délai de vingt jours dès la publication par le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 300 I LP). Il est en droit de produire l'intégralité de sa créance dans la faillite du débiteur principal sans égard aux paiements qui auraient déjà été faits par la caution (art. 217 I LP).

816. Selon l'article 505 CO, comme cité ci-dessus, le créancier doit non seulement produire sa créance, mais il doit aussi faire tout ce qui peut être raisonnablement exigé de lui pour sauvegarder ses droits. L'étendue du devoir dépendra de l'ensemble des circonstances du cas appréciées par le juge selon les règles de la bonne foi en affaires¹⁶¹³.

817. Le créancier doit en outre porter à la connaissance de la caution la faillite et le sursis concordataire dès qu'il en a connaissance (art. 505 II 2^{ème} phrase CO)¹⁶¹⁴ ; à moins que la caution ne soit déjà au courant de la situation¹⁶¹⁵. Le créancier doit toutefois produire sa créance conformément à l'article 505 II 1^{ère} phrase CO bien qu'il y ait une information donnée selon l'article 505 II 2^{ème} phrase CO¹⁶¹⁶. Il s'agit d'une disposition impérative, comme nous l'avons déjà dit, et les parties ne peuvent pas y déroger, car, en tant qu'information permettant à la caution de se prévaloir des droits résultant aux articles 504, 506 et 511 CO, elle est instituée dans l'intérêt de celle-ci.

818. Le créancier qui omet l'une des formalités perd ses droits contre la caution à concurrence du préjudice résultant pour elle de cette

¹⁶¹² TERCIER, Contrats, p. 887, n. 6175 ; CR-MEIER, art. 505, n. 11. Sur ce sujet, voir également GUT, p. 137 ss.

¹⁶¹³ Il faut comparer deux attitudes : celle du créancier et celle qu'aurait eu un créancier non garanti, raisonnablement prudent, dans la faillite ou dans le concordat de son débiteur. CR-MEIER, art. 505, n. 15 ; BaK-PESTALOZZI, art. 505, n. 8 ; BK-GIOVANOLI, art. 505, n. 9, 11.

¹⁶¹⁴ C'est un avis qui n'est soumis à aucune forme. Il doit cependant être donné suffisamment tôt pour permettre à la caution d'annoncer à temps sa prétention dans les procédures en question. CR-MEIER, art. 505, n. 8 ; BaK-PESTALOZZI, art. 505, n. 12 ; BK-GIOVANOLI, art. 505, n. 18.

¹⁶¹⁵ ATF 59 III 142, 146 ss, c. 2 (= JdT 1934 II 2, 5) ; RVJ 2000 280, 283, c. 4b ; BK-GIOVANOLI, art. 505, n. 18. Il appartient au créancier de prouver que la caution avait connaissance de la situation. CR-MEIER, art. 505, n. 7.

¹⁶¹⁶ BaK-PESTALOZZI, art. 505, n. 12.

omission (art. 505 III CO)¹⁶¹⁷. Il s'agit là d'un effet libératoire qui ne dépend que du non-respect d'une incombance et non d'une prétention en libération¹⁶¹⁸. La faute du créancier étant présumée, la caution se contentera de prouver la violation du devoir d'avis ou d'intervention (art. 97 CO)¹⁶¹⁹.

819. Pour la nouvelle doctrine, le devoir d'information s'étend également au conjoint s'il doit donner son consentement pour la conclusion du contrat. Il doit être informé, lui aussi, des risques potentiels. Si tel n'est pas le cas, le cautionnement peut être invalidé pour cause de vice du consentement¹⁶²⁰.

2. Garantie indépendante

820. Le devoir d'information imposé au créancier de la caution par l'article 505 CO résulte du principe de la bonne foi (art. 2 CC) et trouve son fondement dans l'idée que le créancier est mieux informé et armé que la caution¹⁶²¹. Cette disposition a donc pour but de sauvegarder les intérêts de la caution et on peut se demander s'il est applicable à la garantie indépendante.

821. Le deuxième alinéa de l'article selon lequel le créancier est tenu de produire sa créance et de faire tout ce qui peut être exigé de lui pour sauvegarder les droits de la caution dans le cas où le débiteur serait déclaré en faillite ou demanderait un concordat ne peut pas être appliqué en matière de garantie indépendante. En effet, à défaut de stipulation contraire, la garantie prévoit un paiement immédiat si le donneur d'ordre n'exécute pas sa prestation, et cela sans que le bénéficiaire doive produire sa créance dans la masse de la faillite ou dans un concordat. Ce besoin de paiement immédiat est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles la pratique a créé la garantie en tant qu'alternative au cautionnement. En

¹⁶¹⁷ Voir ATF 64 III 147 (= JdT 1939 II 19).

¹⁶¹⁸ CR-MEIER, art. 505, n. 18. *Contra* : « der Gläubiger hingegen hat sein mangelndes Verschulden nachzuweisen oder Herabsetzungsgründe nach art. 44 darzutun. » BaK-PESTALOZZI, art. 505, n. 13.

¹⁶¹⁹ CR-MEIER, art. 505, n. 19. A la différence de l'article 503 I CO, il appartient à la caution de prouver son dommage et le lien de causalité entre celui-ci et l'omission du créancier en cas de diminution des sûretés. BJM 1999 43, 47, c. 4a ; ATF 64 III 147, 156 ss, c. 5 (= JdT 1939 II 19, 25 ss) ; CR-MEIER, art. 505, n. 19 ; BaK-PESTALOZZI, art. 505, n. 13 ; BK-GIOVANOLI, art. 505, n. 19.

¹⁶²⁰ WIEGAND, Bürgerschaft, p. 196.

¹⁶²¹ Voir *supra*, n. 812.

revanche, lorsque le bénéficiaire adhère au concordat du donneur d'ordre, il ne conserve ses droits contre le garant que s'il a informé ce dernier au moins dix jours à l'avance du jour et du lieu de l'assemblée et en lui offrant de lui céder ses droits contre paiement (art. 303 II LP) ou s'il l'a autorisé à assister à sa place aux délibérations et s'en est remis à sa décision (art. 303 III LP)¹⁶²².

822. La première phrase de l'alinéa premier et la deuxième phrase de l'alinéa deuxième de cet article sont également inapplicables à la garantie indépendante dans la majorité des cas, car le bénéficiaire aura intérêt à faire l'appel sans attendre le délai de six mois mais immédiatement lorsque le donneur d'ordre est en faillite ou au bénéfice d'un sursis concordataire.

823. A notre avis, le bénéficiaire d'un garant doit également en tout temps renseigner celui-ci sur l'état de la dette garantie (art. 505 I 1^{ère} phrase CO), car, tout comme le créancier d'une caution, il est mieux informé et armé que la caution.

§2 DROITS DU GARANT ENVERS LE DEBITEUR PRINCIPAL

I. Généralités

A. Cautionnement

824. C'est parce que les relations entre la caution et le débiteur principal se caractérisent en règle générale en tant que mandat que les obligations d'un mandataire envers le mandant sont bel et bien valables pour le cautionnement, dans la mesure où elles ne sont pas en opposition avec le titre vingtième du Code des obligations. Le débiteur principal est donc tenu de donner des instructions claires et précises à la caution, et, si cela a été prévu, de lui payer des commissions, tout comme en matière de garantie¹⁶²³.

¹⁶²² Voir *supra*, n. 643 ss.

¹⁶²³ Voir *infra*, n. 867 ss.

825. En revanche, les articles 506 et 507 CO prévoient les droits spéciaux en faveur de la caution, c'est-à-dire les obligations du débiteur principal vis-à-vis celle-ci.

826. L'article 506 CO, disposition impérative en droit suisse¹⁶²⁴, confère à la caution des droits contre le débiteur principal. Ces droits visent à protéger le droit de recours de la caution¹⁶²⁵ et, si les conditions sont remplies, à la libérer de sa garantie lorsque le maintien de celle-ci paraîtrait particulièrement inéquitable¹⁶²⁶. Pour une partie de la doctrine, les conditions de l'article sont exhaustives et la caution ne peut pas demander des sûretés ou sa libération pour d'autres causes¹⁶²⁷.

827. Selon l'article 506 CO, « la caution peut requérir des sûretés du débiteur¹⁶²⁸ et, si la dette est exigible, réclamer sa libération¹⁶²⁹ » :

¹⁶²⁴ CR-MEIER, art. 506, n. 2 ; BaK-PESTALOZZI, art. 506, n. 2 ; BK-GIOVANOLI, art. 506, n. 3. En revanche, l'article ne reflète pas une grande importance pratique parce que sa mise en œuvre se heurtera souvent à l'impossibilité du débiteur qui se trouve déjà dans une situation difficile dans les cas énumérés aux chiffres 1-3. CR-MEIER, art. 506, n. 2, 5. Hoşlan admet qu'il s'agit également d'une disposition impérative en droit turc. HOŞLAN, p. 94.

¹⁶²⁵ Ce que la doctrine nomme comme « effet anticipé de droit de recours (*Vorwirkungen des Regressrechts*) ». CR-MEIER, art. 506, n. 1 ; BK-GIOVANOLI, art. 506, n. 1.

¹⁶²⁶ CR-MEIER, art. 506, n. 1. Pour Yargıtay, le législateur veut sauvegarder les intérêts de la caution lorsque l'équilibre économique entre les trois parties change en défaveur de celle-ci. 2. HD. 5.10.1970, 1280/5103 (RKD 1971, v. 2, no. 2, p. 26). Voir aussi HOŞLAN, p. 93, 98.

¹⁶²⁷ HOŞLAN, p. 99. En revanche, si on admet que la disposition n'est pas impérative, il faut admettre aussi que les parties peuvent prévoir d'autres causes qui nécessitent de fournir des nouvelles sûretés de la part du débiteur. *Idem*, p. 99, note. 15. Selon Lombardini, les conditions de cet article sont tellement extrêmes qu'on peut douter qu'un débiteur se trouvant dans une de ces situations puisse encore économiquement garantir la caution même s'il le veut. LOMBARDINI, p. 608, n. 136.

¹⁶²⁸ Le débiteur doit fournir des sûretés sans tenir compte de l'exigibilité de la dette. Il s'agit des sûretés réelles et personnelles qui doivent couvrir le montant de l'engagement de la caution avec une marge de sécurité pour tenir compte des éventuelles difficultés de réalisation. LOMBARDINI, p. 607, note. 277 ; CR-MEIER, art. 506, n. 4, note. 10. Voir aussi HOŞLAN, p. 105 ; de BIASIO, p. 126 ; HEMMELER, p. 43. En revanche, l'article 506 CO (art. 503 COtr) ne donne aucunement à la caution le droit de recourir au débiteur principal avant d'effectuer le paiement. TD, E 65/2409, K. 4943, T. 23.12.1966 (cité par AKYAZAN, Ticaret, p. 170).

¹⁶²⁹ Par exemple, en fournissant un cautionnement de remplacement. CR-MEIER, art. 506, n. 5. « *Wechselmässige Sicherung ist nicht ausgeschlossen* ». BK-GIOVANOLI, art. 506, n. 4. C'est au débiteur principal de déterminer la méthode de la libération de la caution. HOŞLAN, p. 106.

- Lorsque le débiteur contrevient aux engagements qu'il a pris envers elle, notamment à sa promesse de la faire libérer dans un délai donné (art. 506 II, 1 CO)¹⁶³⁰.
- Lorsqu'il est en demeure ou ne peut être recherché que dans des conditions sensiblement plus difficiles parce qu'il a transféré son domicile dans un autre Etat¹⁶³¹ (art. 506 II, 2 CO).
- Lorsque, en raison des pertes qu'il a subies¹⁶³², ou de la diminution de la valeur de sûretés¹⁶³³, ou encore d'une faute par lui commise¹⁶³⁴, la caution court des risques sensiblement plus grands qu'au moment où elle s'est engagée » (art. 506 II, 3 CO).

La preuve de la réalisation de ces conditions incombe à la caution¹⁶³⁵.

B. Garantie indépendante

828. Ce sont les parties au contrat de couverture qui conviennent des droits du garant envers le donneur d'ordre. A défaut de stipulation, les dispositions inhérentes au contrat de mandat s'appliquent.

829. Le garant n'a pas le droit de requérir des sûretés du débiteur et de réclamer sa libération lorsque la dette est exigible (art. 506 CO). Cependant, dans la pratique, le donneur d'ordre est généralement obligé de fournir des sûretés réelles (mobilières ou immobilières) à la banque

¹⁶³⁰ Tel est le cas, par exemple, si le débiteur principal s'était engagé à amortir la dette garantie (CR-MEIER, art. 506, n. 6 ; BaK-PESTALOZZI, art. 506, n. 4), à ne pas cautionner lui-même, à ne pas faire concurrence à la caution (BK-GIOVANOLI, art. 506, n. 7), à ne pas prendre d'autres engagements ou encore à ne pas accorder d'autres gages. (HEMMELE, p. 44). Voir aussi de BIASIO, p. 122 ss.

¹⁶³¹ Le transfert peut avoir lieu de la Suisse à un autre Etat, mais aussi d'un Etat étranger à un autre, ou encore au sein d'un même Etat étranger si cela rend les conditions sensiblement plus difficiles. CR-MEIER, art. 506, n. 6. Il n'y a pas de difficulté si le débiteur change son domicile dans la Suisse. de BIASIO, p. 124.

¹⁶³² Il s'agit d'une dégradation objective de sa situation financière, qu'elle soit fautive ou non. CR-MEIER, art. 506, n. 6 ; BK-GIOVANOLI, art. 506, n. 9.

¹⁶³³ On peut donner comme exemple les abandons des gages ou les dépréciations de papiers-valeurs. La faute du débiteur n'est pas recherchée. CR-MEIER, art. 506, n. 6 ; BaK-PESTALOZZI, art. 506, n. 4 ; BK-GIOVANOLI, art. 506, n. 9.

¹⁶³⁴ Il peut s'agir du dol ou de la négligence ou, par exemple, d'une violation des devoirs de service dans le cas d'un cautionnement d'employé ou d'officier public. CR-MEIER, art. 506, n. 6 ; BK-GIOVANOLI, art. 506, n. 9.

¹⁶³⁵ BaK-PESTALOZZI, art. 506, n. 3. La caution solidaire jouit du même droit. CR-MEIER, art. 506, n. 3 ; BK-GIOVANOLI, art. 506, n. 3.

garante pour la conclusion du contrat de base ou pour obtenir l'émission d'une garantie¹⁶³⁶. De même, on voit souvent que les garants ajoutent des clauses dans les contrats de contre-garantie par lesquelles ils gardent pour eux-mêmes un droit de réclamation des sûretés¹⁶³⁷.

II. Droit de recours du garant

A. Cautionnement

830. La loi prévoit la subrogation légale (*die gesetzliche Subrogation*) pour la caution qui paye la dette du débiteur (art. 507 CO)¹⁶³⁸. La dette ne s'éteint pas lorsque la caution désintéresse le créancier, mais passe à cette dernière avec tous les droits accessoires. C'est le débiteur principal qui supporte en dernier lieu le « poids de la dette et qui l'indemnise de ses dépenses »¹⁶³⁹. Il s'agit d'une règle impérative. La caution ne peut pas renoncer à son droit de recours découlant de cet article avant que son droit puisse être exercé¹⁶⁴⁰.

831. A côté de ce droit de recours dit « général » (art. 507 I, II CO), la caution peut aussi disposer d'un droit de recours « spécial » découlant du contrat passé entre celle-ci et le débiteur principal (art. 507 III CO). La caution jouit donc d'un concours alternatif de prétentions¹⁶⁴¹.

¹⁶³⁶ LOGOZ, p. 89.

¹⁶³⁷ BARLAS, Teminat, p. 29.

¹⁶³⁸ « La subrogation est le remplacement du créancier exclu du rapport d'obligation par le tiers qui a payé. » NUSSBAUMER, p. 11. Dans le cadre du cautionnement, la caution est le tiers et elle remplace le débiteur principal. Pour les conditions du droit de recours de la caution en détail voir de BIASIO, p. 46 ss ; BECK, art. 507, n. 15 ss.

¹⁶³⁹ CR-MEIER, art. 507, n. 1. Voir aussi von TUHR, Regress, p. 101. En effet, le cautionnement est une intercession par laquelle la caution qui paye la dette du débiteur principal. BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 1 ; ARIK, p. 47. Une fonction importante de la subrogation est de faciliter la preuve de la part de la caution ; celle-ci ne doit prouver que le fait qu'elle a désintéressé le créancier en tant qu'exécution du cautionnement. ATF 53 II 25, 31, c. 2 (= JdT 1927 I 194, 198) ; BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 12. Voir aussi SCYBOZ, p. 128.

¹⁶⁴⁰ BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 8. La caution ne peut pas renoncer d'avance à son droit de recours contre le débiteur principal. Cela vaut aussi pour les paiements partiels. La clause selon laquelle la caution renonce à son droit de recours n'est pas admissible jusqu'à ce que le créancier, qui est souvent une banque, soit désintéressé pour toutes ses prétentions. CR-MEIER, art. 507, n. 5.

¹⁶⁴¹ CR-MEIER, art. 507, n. 2. « Si d'aventure le créancier se déclare satisfait à moins que le montant de la créance (transaction, remise partielle en faveur de la caution), le

1. Droit de recours général

832. Selon la première phrase de l'article 507 I CO, la caution est subrogée aux droits du créancier¹⁶⁴² à concurrence de ce qu'elle lui a payé (dette principale et suites légales, art. 499 CO)¹⁶⁴³. Cette subrogation se réalise par le seul effet de la loi. En d'autres termes, elle ne nécessite pas de déclaration de volonté de la part de la caution et ne peut être sujette à une opposition de la part du créancier¹⁶⁴⁴. La caution est subrogée seulement à concurrence de ce qu'elle a payé.

833. La créance de la caution envers le débiteur principal est différente de celle que le créancier détenait avant le paiement de la caution envers le débiteur. La caution ne peut demander que la somme qu'elle a payée, mais pas une exécution en nature¹⁶⁴⁵.

834. Pour que la caution qui paye puisse exercer son droit de recours envers le débiteur, il faut que le contrat de valeur et le cautionnement soient valables¹⁶⁴⁶ et que la dette principale soit exigible même si un paiement anticipé est accepté par le créancier¹⁶⁴⁷.

recours ne porte que sur la somme effectivement déboursée : c'est une exception aux principes de la cession (ici légale)». SCYBOZ, p. 134.

¹⁶⁴² Elle n'est pas seulement subrogée à la créance, mais aussi aux droits de préférence et aux autres droits accessoires, à l'exception de ceux qui sont inséparables de la personne du créancier (art. 170 I CO). CR-MEIER, art. 507, n. 9 ; BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 6.

¹⁶⁴³ En parlant de paiement, le Code veut dire que le créancier doit être désintéressé, et cela par paiement ou par une autre manière comme la dation en paiement, la compensation ou la remise de dette accordée à la caution par le créancier (à condition qu'il ne s'agisse pas d'une remise de dette accordée au débiteur principal). CR-MEIER, art. 507, n. 7 ; BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 5 ; BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 4.

¹⁶⁴⁴ CR-MEIER, art. 507, n. 8 ; PESTALOZZI, art. 507, n. 6 ; BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 3a.

¹⁶⁴⁵ REİSOĞLU, Kefalet, p. 209 ss. D'ailleurs, après 1941, l'article prévoit cette différence d'une manière évidente. Selon l'article 507 V CO, la prescription du droit de recours de la caution court dès que celle-ci a désintéressé le créancier.

¹⁶⁴⁶ BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 4 ; de BIASIO, p. 46. Une invalidation ultérieure du cautionnement exclut l'application de cet article. BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 5. Une caution qui paye en vertu d'un contrat nul ne peut recourir au débiteur principal qu'en se prévalant d'un droit de recours spécial. CR-MEIER, art. 507, n. 7 ; PESTALOZZI, art. 507, n. 5.

¹⁶⁴⁷ NUSSBAUMER, p. 110. Si on admettait que la caution pourrait recourir au débiteur principal même avant l'exigibilité de la dette, on fournirait la possibilité d'une exécution anticipée involontaire de la part du débiteur principal par suite d'un accord entre la caution et le créancier. CR-MEIER, art. 507, n. 7.

835. Si les droits de gage et autres sûretés garantissant la créance¹⁶⁴⁸ existaient au moment du cautionnement ou s'ils ont été constitués par la suite par le débiteur spécialement pour cette créance (art. 503 I CO), la caution les acquiert également par suite de subrogation ; il s'agit d'une dérogation à l'article 114 I CO. Les parties peuvent cependant convenir du contraire (art. 507 II 1^{ère} phrase CO), mais la convention contraire ne peut avoir pour effet que d'élargir les droits de la caution (art. 492 IV CO)¹⁶⁴⁹. Les droits de gage et sûretés sont transférés *ipso iure* et le créancier est tenu de remettre à la caution les titres pour favoriser l'exercice de ses droits et lui donner tous les renseignements nécessaires¹⁶⁵⁰.

836. La deuxième phrase de l'article 507 II CO prévoit qu'au cas où la caution ne serait subrogée qu'à une partie d'un droit de gage après avoir été acquittée partiellement, la partie de ce droit de gage restant au créancier serait de rang préférable à celle de la caution. C'est l'application du principe « *nemo subrogat contra se* »¹⁶⁵¹. Il en va de même si la

¹⁶⁴⁸ Il peut s'agir notamment de gages mobiliers ou immobiliers, de gages sur créances, de droits de rétention, de privilège de faillite, de faculté de continuer une poursuite déjà intentée, de droits résultant de la saisie, de droits procéduraux ou d'autres cautionnements [CR-MEIER, art. 507, n. 9 ; de BIASIO, p. 59 ss. Voir également ATF 64 III 147, 156 ss, c. 5 (= JdT 1939 II 19, 25 ss) ; ATF 56 II 96, 102 ss, c. 3 (= JdT 1930 I 514, 519 ss) ; ATF 45 III 16, 17 ; ATF 35 I 549, 556 ss, c. 2 ; ATF 22 I 666, 669, c. 2 ; BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 5 ss.], à l'exception de ceux qui sont inséparables de la personne du débiteur (art. 170 CO). CR-MEIER, art. 507, n. 9. Malgré l'absence de cette disposition, on admet qu'en droit turc aussi, si un tiers fournit le gage, la caution subrogée a le droit sur ce gage, mais pas l'inverse. BILGE, Halef, p. 295. Voir cependant *supra*, n. 44 l'article 597 I PCOTr. Pour la situation en Suisse avant la révision de 1941, voir von TUHR, Regress, p. 116 ss.

¹⁶⁴⁹ On peut étendre les droits de la caution en lui transférant, par exemple, les droits de gage constitués postérieurement au cautionnement et pour lesquels le créancier ne serait pas tenu à un devoir de sauvegarde selon l'article 503 I CO. CR-MEIER, art. 507, n. 11 ; BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 7. En revanche, pour Giovanoli, « *dieser Vorbehalt kann nur den Sinn haben, dass nach der Meinung der Parteien auch Pfandrechte usw. übergehen können, für deren Erhaltung der Gläubiger nicht nach art. 503 Abs. 1 verantwortlich ist, jedoch wie bisher sich diesbezüglich ausbedingen kann, dass der Bürge mit seinem Regress zurückstehen soll, bis der Gläubiger für alle seine Forderung gegen den Hauptschuldner voll befriedigt ist.* » BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 8.

¹⁶⁵⁰ CR-MEIER, art. 507, n. 12 ; BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 7.

¹⁶⁵¹ SCYBOZ, p. 133 ; CR-MEIER, art. 507, n. 13 ; BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 7 ; BILGE, Halef, p. 288. Ce principe était applicable même à l'époque de l'ancien droit du cautionnement. de BIASIO, p. 89 ; BK-BECKER, a.art. 505, n. 4.

caution engagée partiellement s'acquitte de toute sa dette, qui est inférieure à la somme totale de la dette principale¹⁶⁵².

837. L'alinéa 4 du même article répond à la question de savoir lequel des garants devrait assumer en définitive le poids de la dette principale au cas où la dette serait couverte par un droit de gage à côté du cautionnement¹⁶⁵³. La disposition en question protège la caution, étant donné que celle-ci met l'intégralité de son patrimoine et qu'elle bénéficie au demeurant d'un bénéfice de discussion réel¹⁶⁵⁴. Le propriétaire du gage ne peut en principe pas exercer le recours contre la caution lorsque le gage garantissant la créance cautionnée est réalisé ou que le propriétaire effectue volontairement le paiement¹⁶⁵⁵. Ce principe souffre de deux exceptions :

- La caution et le propriétaire du gage peuvent décider que le propriétaire du gage sera prioritaire.
- Le gage a été constitué subséquemment au cautionnement et par un tiers (non pas par le débiteur principal), ce dernier peut exercer alors un recours contre la caution.

838. La prescription du droit de recours de la caution court dès que celle-ci désintéresse le créancier (art. 507 V CO). La durée de la prescription est celle de la créance primitive sous réserve d'une prescription plus longue du recours spécial¹⁶⁵⁶. L'article 136 III CO dispose que, malgré la subrogation, la prescription devrait continuer de courir puisque

¹⁶⁵² CR-MEIER, art. 507, n. 13. Pour des exemples, voir GUGGENHEIM, Bancaire, p. 319.

¹⁶⁵³ En l'absence d'une règle, celui qui ne paye pas avant l'autre devrait assumer le poids définitif. Pour exemple sous l'ancien droit, voir ATF 62 II 118 (= rés. JdT 1937 I 93 = SJ 1937 65). CR-MEIER, art. 507, n. 18 ; BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 13.

¹⁶⁵⁴ CR-MEIER, art. 507, n. 18.

¹⁶⁵⁵ Il s'agit d'une exception apportée à l'article 110 I CO selon lequel le tiers qui paye le créancier est légalement subrogé, jusqu'à due concurrence, aux droits de ce dernier lorsqu'il dégrève une chose mise en gage pour la dette d'autrui et qu'il possède sur cette chose un droit de propriété ou un autre droit réel.

¹⁶⁵⁶ CR-MEIER, art. 507, n. 19. Selon Yargıtay, malgré l'absence d'une telle disposition, la prescription du droit de recours de la caution court dès le paiement par celle-ci. 11. HD, E. 871, K. 821, T. 19.2.1980 (cité par ERİŞ, p. 104) ; TD, E. 309, K. 2806, T. 2.6.1969 (BATİDER, v. c. no. 4, p. 848) ; 4. HD, E. 965/2704, K. 2550, T. 1.3.1966 (cité par OLGAC, Akit, p. 608).

le paiement de la caution ne peut pas arrêter le cours de la prescription contre le débiteur principal¹⁶⁵⁷.

839. Le recours fondé sur cet article est ouvert à toutes les cautions, telles que la caution simple, la caution solidaire, la caution conjointe¹⁶⁵⁸ et l'arrière-caution¹⁶⁵⁹.

840. En revanche, la loi ne donne pas à la caution le droit de recourir contre le débiteur si elle a payé une dette ne donnant lieu à aucune action en justice¹⁶⁶⁰ ou ne liant pas le débiteur par suite d'erreur ou d'incapacité de contracter¹⁶⁶¹ (art. 507 VI 1^{ère} phrase CO). Cependant, si la caution a garanti une dette prescrite par mandat du débiteur, ce dernier répond envers elle selon les règles du mandat (art. 507 VI 2^{ème} phrase CO).

841. Le recours de la caution envers le débiteur principal peut être exclu du fait d'une donation de la caution en faveur de ce dernier¹⁶⁶².

842. De même, selon l'article 508 CO, la caution qui paie le créancier en tout ou en partie mais qui n'avertit pas le débiteur de ce paiement (art. 508 I CO) perd son droit de recours envers lui si elle était fautive et si

¹⁶⁵⁷ SCYBOZ, p. 131. En cas de paiement partiel, le nouveau délai s'applique seulement pour la partie payée de la dette. CR-MEIER, art. 507, n. 19 ; BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 12 ; BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 16a.

¹⁶⁵⁸ La cocautation a le double droit de recours, celui de l'article 507 CO contre le débiteur principal, et celui de l'article 497 II CO contre les autres cocautations. CR-MEIER, art. 507, n. 3.

¹⁶⁵⁹ PESTALOZZI, art. 507, n. 3 ; NUSSBAUMER, p. 160 ss.

¹⁶⁶⁰ C'est le cas notamment pour les dettes de jeu et de pari, les dettes de courtage matrimonial pour lesquelles la caution peut opposer les mêmes exceptions que le débiteur principal (art. 502 IV CO) et les dettes prescrites, les obligations naturelles, les obligations affaiblies sous réserve de la deuxième phrase du même alinéa. CR-MEIER, art. 507, n. 20 ; BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 13 ; BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 18. En effet, selon l'article 502 IV CO, la caution qui s'est engagée à garantir une dette résultant d'un jeu ou d'un pari peut opposer les mêmes exceptions que le débiteur principal, même si elle connaissait la nature de la dette. Le législateur a voulu éviter la transformation d'une dette imparfaite en un droit de créance pouvant être invoqué en justice par le détournement de la garantie personnelle fournie par la caution. Voir *supra*, n. 308, 734.

¹⁶⁶¹ C'est le cas de « Cautionnement-garantie » de l'article 492 III. Le législateur empêche que le débiteur soit amené à payer une dette ne le liant point par le détournement du droit de recours de la caution. CR-MEIER, art. 507, n. 20. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 13 ; BÜSSER, p. 193, n. 656.

¹⁶⁶² CR-MEIER, art. 507, n. 7.

ce dernier a dû payer une deuxième fois parce qu'il ignorait et pouvait ignorer le paiement (art. 508 II CO)¹⁶⁶³.

843. Enfin, à l'exception du cas régi par l'article 507 VI, si la caution n'oppose pas les exceptions du débiteur principal au créancier, elle perd son droit de recours, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. Il faut admettre la même solution quand la caution renonce à faire valoir ces moyens après qu'elle a été recherchée par le créancier¹⁶⁶⁴, car, dans ce cas-là, la caution répond comme un garant¹⁶⁶⁵ ; ce qui implique qu'elle n'a pas de droit de recours légal découlant de cet article.

2. Droit de recours spécial

844. L'article 507 CO dispose un droit de recours de la caution dans la relation triangulaire du cautionnement. En effet, les règles relatives à la subrogation de la caution n'ont pas pour but de modifier les rapports entre la caution et le débiteur principal¹⁶⁶⁶. Il est fort probable que la caution dispose d'un droit de recours découlant du contrat la liant au débiteur principal. D'ailleurs, l'alinéa trois de l'article 507 CO établit que « sont toutefois réservées les actions et exceptions qui dérivent des rapports juridiques entre la caution et le débiteur. » Les rapports internes entre la caution et le débiteur principal se fondent en général sur un contrat de mandat (art. 394 ss CO) lorsque celle-ci s'engage à la requête du débiteur¹⁶⁶⁷. En revanche, ils peuvent s'appuyer sur une gestion d'affaires, lorsque celle-ci engage à l'insu du débiteur ou sans son accord (art. 422 CO), d'une donation ou promesse de donner (art. 239 ss CO), d'un rapport de société, d'un enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) ou d'un autre rapport juridique dont la promesse de cautionner constitue un élément accidentel¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶³ Voir *supra*, n. 684.

¹⁶⁶⁴ La renonciation est toujours possible après la réalisation de l'état de fait sur lequel la loi se fonde pour conférer un droit à la caution. Voir *supra*, n. 59.

¹⁶⁶⁵ Voir *supra*, note 81.

¹⁶⁶⁶ BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 9.

¹⁶⁶⁷ On parle de « mandat d'émission de cautionnement » ou bien d'« ordre de cautionnement ». Voir *supra*, n. 140.

¹⁶⁶⁸ Sur ce sujet, voir CR-MEIER, art. 507, n. 2, 14 ; BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 2 ; BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 1, 9 ; von TUHR, *Regress*, p. 102 ss ; de BIASIO, p. 27, 32 ss ; NUSSBAUMER, p. 104 ss. Si le cautionnement est nul pour vice de forme, le Tribunal fédéral admet que l'action de répétition selon l'enrichissement illégitime doit être dirigée contre le créancier. « Il s'ensuit nécessairement qu'une

845. En général, le droit de recours général est plus avantageux pour la caution, car il comprend aussi les droits accessoires¹⁶⁶⁹. La caution qui se fonde sur le recours spécial devra ainsi en établir tous les éléments, tels que l'étendue de son droit et l'existence de celui-ci. « En revanche, la subrogation dans les droits du créancier (droit de recours général) ne peut pas procurer plus d'avantages à la caution qu'il ne lui en revient selon les rapports internes, à savoir sur la base du recours spécial, sinon elle s'en retrouverait enrichie sans cause. »¹⁶⁷⁰

846. De son côté, le débiteur qui reçoit une demande de paiement de la part de la caution peut opposer à celle-ci des exceptions sur trois bases¹⁶⁷¹ : celles résultant du contrat de base (notamment au cas où la caution n'opposerait pas une exception appartenant au débiteur selon l'article 502 CO)¹⁶⁷², celles résultant du contrat entre lui et la caution (par exemple, le débiteur peut prétendre que le cautionnement était une libéralité ou était dans l'intérêt de la caution, que la caution a voulu faire une donation, que la caution abuse son droit ou que le débiteur est au bénéfice d'un acte de défaut de biens)¹⁶⁷³ et, enfin, celles qui sont liées au

telle action n'existe pas, momentanément du moins, contre le débiteur principal. Tant et aussi longtemps que le créancier peut s'attendre, en raison de la nullité du cautionnement, à devoir restituer le paiement reçu, le débiteur peut s'attendre, de son côté, à être recherché par le créancier. Il n'est donc pas enrichi définitivement ; or un enrichissement simplement provisoire n'entre naturellement pas en considération dans une action pour cause d'enrichissement illégitime. » ATF 70 II 271, 273 ss, c. 4 et 274 ss, c. 5 (= JdT 1945 I 268, 270 ss et 271 ss). En revanche, selon Yargıtay, cette action en enrichissement illégitime doit être dirigée contre le débiteur. 3. HD, E. 9431, K. 3528, T. 6.4.1989 (cité par REİSOĞLU, Kefalet, p. 60, note. 253).

¹⁶⁶⁹ Cependant le droit de recours spécial peut comporter certains avantages par rapport au droit de recours général. Voici quelques exemples d'avantages du recours spécial par rapport au recours général : la mise en compte d'un intérêt légal également sur les intérêts conventionnels payés par la caution (au contraire de l'article 499 II 3 CO), le remboursement des frais de procès (hormis les cas de l'article 499 II 2 CO), la prescription ordinaire de dix ans en lieu et place d'une prescription de la créance récursoire qui peut éventuellement être plus courte ou le maintien d'un recours spécial lorsque la caution s'est exécutée en vertu d'un engagement invalide. CR-MEIER, art. 507, n. 15 ; BADUR, p. 156 ss. Sur l'étendue de recours spécial, voir aussi NUSSBAUMER, p. 106 ss.

¹⁶⁷⁰ CR-MEIER, art. 507, n. 15. Voir aussi ATF 53 II 25, 30, c. 1 (= JdT 1927 I 194, 198) ; BK-GIOVANOLI, art. 507, n. 10.

¹⁶⁷¹ MEIER, art. 507, n. 16.

¹⁶⁷² Voir aussi l'article 169 CO. PESTALOZZI, art. 507, n. 6. Ces exceptions vont découler en principe de l'article 502 III CO.

¹⁶⁷³ Voir ATF 66 II 123 (= JdT 1940 I 453 = rés. SJ 1940 607) ; ATF 53 II 25, 29 ss, c. 1 (= JdT 1927 I 194, 197) ; TERCIER, Contrats, p. 891, n. 6214 ; CR-MEIER, art. 507, n. 16 ; BK-GIOVANOLI, art. 507, 10 ss.

droit de recours général (par exemple, la prescription de l'article 507 V CO, la perte de droit de recours par suite de l'application de l'article 502 II ou de l'article 508 II CO).

B. Garantie indépendante

847. Pour la majorité de la doctrine, compte tenu de l'indépendance de la garantie, il n'y a aucun fondement permettant d'appliquer à celle-ci ni directement ni indirectement ou par analogie les dispositions légales régissant le cautionnement relatives à la subrogation (art. 507 CO)¹⁶⁷⁴. Le législateur n'a pas admis l'application de ces articles aux cautions-garants (art. 492 III, 507 VI 1 CO), car il avait voulu empêcher que le débiteur soit amené à payer une dette ne le liant point par le détour du droit de recours¹⁶⁷⁵. En d'autres termes, le porte-fort et le garant ne disposent pas du droit de recours « général » de la caution ; ils doivent se fonder, le cas échéant, sur leurs rapports spéciaux, rapport de couverture (de provision), avec le débiteur¹⁶⁷⁶.

848. La doctrine admet que le garant ne dispose pas non plus du droit de subrogation provenant de l'article 110 CO¹⁶⁷⁷. De même, il ne possède

¹⁶⁷⁴ HGK, E. 2001/19-534, K. 2001/583, T. 4.7.2001 (Yargı Dınyası, Temmuz 2001, no. 67, p. 33) ; İBK, E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 (RG 3.10.1969 13317) ; TD, E. 66/4413, K. 3495, T. 5.6.1968 (cité par AKYAZAN, Ticaret, p. 178) ; DOHM, Garantie, p. 89, n. 159 ; TANDOĞAN, II, p. 854 ; BaK-PESTALOZZI, art. 507, n. 6 ; KAHYAOĞLU, p. 31 ; ÜNLER, p. 5 ; BARLAS, Teminat, p. 32 ; REICHWEIN, p. 377 ; CR-MEIER, art. 507, n. 4 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 247, n. 24.07 ; REİSOĞLU, Garanti, p. 162. Pour une doctrine minoritaire, l'application analogique de l'article 507 CO est cependant discutable. « *Ebensowenig steht eine analoge Anwendung von art. 507 OR zur Diskussion.* » ZOBL, p. 49. Büsser laisse cette question ouverte. BÜSSER, p. 130, n. 461. Selon Spaini, il s'agit d'une question d'interprétation. Si on arrive à interpréter que les parties auraient voulu une telle cession, il faut admettre l'applicabilité de l'article 507 CO. SPAINI, p. 27. Enfin, en matière de reprise cumulative de dette, le reprenant qui jouit d'un recours est subrogé aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il a payé (art. 149 I CO).

¹⁶⁷⁵ Voir *supra*, n. 308, 734.

¹⁶⁷⁶ En revanche, selon l'article 411 CO, les articles 507 et 508 du même Code s'appliqueront dans les rapports entre mandant et crédité lors de l'émission d'un ordre de crédit.

¹⁶⁷⁷ TD, E. 66/4413, K. 3495, T. 5.6.1968 (cité par AKYAZAN, Ticaret, p. 178) ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 111, n. 11 ; SCYBOZ, p. 22 ; CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 17 ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 361, n. 4167 ; TUNÇOMAĞ, p. 987 ; ZOBL, p. 49. Voir aussi TEKİNAY, AKMAN,

pas de créance provenant d'une éventuelle cession légale, mais peut profiter d'une cession contractuelle¹⁶⁷⁸. En effet, dans la pratique, les parties prévoient souvent que le bénéficiaire cédera sa créance à la banque après avoir été payé par celle-ci. Il s'ensuit que la banque cédée peut recourir contre son client sur deux fondements : le mandat qu'elle a conclu avec lui et la créance cédée du contrat de base. Ces prétentions ne sont toutefois pas cumulatives¹⁶⁷⁹.

849. Pour Dohm, une telle cession de la créance découlant du contrat de base n'a pas une grande importance pratique, car l'article 402 CO crée, du point de vue du garant, des droits aussi étendus que ceux qui découleraient d'une cession de la « *valutaforderung* »¹⁶⁸⁰. A notre avis, elle revêt tout de même une grande importance, car si le bénéficiaire a des droits de préférence et d'autres droits accessoires liés à la créance cédée, la cession de celle-ci les comprend aussi (art. 170 CO)¹⁶⁸¹.

850. Dans la pratique des affaires bancaires, pour obtenir le remboursement de la somme que la banque garante a payée, soit elle demande à son donneur d'ordre une contre-garantie¹⁶⁸² soit elle bloque une somme d'argent sur le compte ouvert pour son client (le donneur d'ordre) ou encore le client met en gage total ou partiel son acompte ainsi que les

BURCUOĞLU, ALTOP, p. 238 ; GUGGENHEIM, Effets, p. 363, Garantie, p. 5. Le garant ne peut pas recourir au débiteur selon l'article 110 CO, car cet article prévoit que le tiers paye la dette d'autrui. Par contre, le garant paye sa propre dette. *Idem*, p. 162. En outre, les autres articles sur le recours, comme ceux sur le recours de l'assureur ou sur l'article 110 CO, ne s'appliquent pas non plus au recours du garant. İBK, E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 (RG 3.10.1969 13317).

¹⁶⁷⁸ BK-WEBER, art. 111, n. 160 ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 14.

¹⁶⁷⁹ ZOBL, 49 ss. Voir aussi BÄR, p. 16. En outre, dans la pratique turque, la banque qui donne une lettre de garantie demande à son client (au débiteur principal) de contresigner une promesse selon laquelle il n'objectera pas à son recours lorsque celle-là paie sur la première demande du bénéficiaire. ÜNLER, p. 5.

¹⁶⁸⁰ DOHM, p. 89, n. 160.

¹⁶⁸¹ Voir aussi BÜSSER, p. 130 ss, n. 461.

¹⁶⁸² TD, E. 68/1366, K. 5680, T. 31.10.1968 (cité par AKYAZAN, Ticaret, p. 181). Si la banque a payé au bénéficiaire des dommages-intérêts dus à sa faute, par exemple parce qu'elle n'a pas effectué le paiement sur la première demande du bénéficiaire, elle ne peut pas recourir au contre-garant pour cette somme qui dépasse la somme de la garantie. 12. HD, E. 1973/11568, K. 1973/11307, T. 14.12.1973 (YKD 1975, v. I, no. 8, p. 140).

liquidités qui deviennent disponibles au fur et au mesure de l'exécution du contrat¹⁶⁸³.

851. En l'absence d'une contre-garantie, le tiers peut subir un recours de la part du garant s'il y a une relation contractuelle entre eux, telle qu'un mandat d'émission de la garantie¹⁶⁸⁴ ou un contrat de société¹⁶⁸⁵. Quand le garant agit contre le bénéficiaire en qualité de mandataire du tiers, il jouit des droits et prétentions provenant du contrat de mandat et le tiers est obligé de lui rembourser, en principal et intérêts, les avances et frais qu'il a fait pour l'exécution régulière du mandat et de le libérer des obligations par lui contractées en vertu de l'article 402 CO¹⁶⁸⁶.

852. En revanche, même si cela est rare, il se peut qu'il n'existe aucun contrat entre le donneur d'ordre et le garant. Il faut par conséquent se demander quelles sont les bases juridiques d'un éventuel recours du garant. Dans un arrêt rendu par le « Conseil des Chambres civiles réunies », Yargıtay a admis que les règles relatives à l'article 51 CO, à la gestion d'affaire sans mandat (art. 419 ss CO), à l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO), à la subrogation (art. 110 CO), au droit de recours entre les débiteurs solidaires (art. 149 CO), et au droit de recours de la caution (art. 507 CO) ne sont pas applicables par analogie au droit de recours du garant et, par voie de conséquence, s'il n'y a pas de contrat entre le garant et le débiteur principal, le premier ne peut pas recourir au deuxième pour le montant qu'il a payé en tant que garant¹⁶⁸⁷.

853. La doctrine admet presque unanimement l'inapplicabilité des articles 110, 149 et 507 CO aux garanties indépendantes¹⁶⁸⁸. En revanche, elle n'est pas unanime quant à l'applicabilité des articles 51, 62 ss et 419 ss CO au droit de recours du garant. Dans cette partie de notre travail, nous allons examiner uniquement les opinions divergentes de la doctrine

¹⁶⁸³ Cependant, en pratique, cette mise en gage n'est pas fréquente, car le client a lui-même besoin de ces liquidités pour financer la période d'exécution. DESMET, p. 124.

¹⁶⁸⁴ CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 17 ; TEKİNALP, p. 385 ss, n. 99 ss.

¹⁶⁸⁵ Ou lorsqu'il y a un rapport juridique, tel qu'une gestion d'affaire sans mandat. BK-WEBER, art. 111, n. 158.

¹⁶⁸⁶ Voir *supra*, n. 784, *infra*, n. 867.

¹⁶⁸⁷ İBK, E. 1966/16, K. 1967/7, T. 13.12.1967 (RG 5.4.1968 12867). Voir aussi HGK. E. 1974/11-868, K. 1976/2521, T. 17.9.1976 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 940). Dans le même sens BARLAS, Teminat, p. 81 ss ; ERDEM, Genel, p. 990.

¹⁶⁸⁸ Voir *supra*, n. 847 ss. La garantie indépendante ne peut jamais engendrer une obligation solidaire. Voir *supra*, n. 479.

sur l'applicabilité des articles 62 ss et 419 ss CO, dans la mesure où l'application de l'article 51 CO nous paraît peu plausible¹⁶⁸⁹.

1. Gestion d'affaires sans mandat

854. Selon l'article 419 CO, celui (le garant) qui, sans mandat, gère l'affaire d'autrui, est tenu de la gérer conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître (le donneur d'ordre). L'institution est soumise à quatre conditions, à savoir l'acte de gestion, le rattachement à autrui, l'absence de titre d'intervention et la volonté d'agir pour autrui.

855. Selon la première condition, le gérant doit avoir agi, en effectuant une prestation positive de n'importe quelle sorte (exercice d'une activité ou d'un service). Son acte peut consister aussi bien en un acte matériel (éteindre un incendie, prodiguer des soins, effectuer un transport, mener des recherches) qu'en un acte juridique (payer une dette, mandater un représentant)¹⁶⁹⁰. Le garant qui exécute la dette « agit » au sens de cet article, car le paiement d'une dette, en tant qu'acte juridique, entre dans le concept d'acte de gestion¹⁶⁹¹.

856. Selon la deuxième condition, l'acte de gestion doit affecter de quelque façon la sphère d'autrui. Ce rattachement peut être objectif ou subjectif : il est objectif lorsque l'acte de gestion porte directement sur les biens du maître dont ils modifient le contenu, subjectif lorsque l'acte est fait avec des tiers, mais en faveur du maître¹⁶⁹². Selon une partie de la doctrine et Yargıtay, le garant exécute sa propre prestation en payant et

¹⁶⁸⁹ Dans le même sens, voir KAHYAOĞLU, p. 101 ; BARLAS, Teminat, p. 82 ss ; TEKİNALP, p. 388, n. 101. Selon ces auteurs, la banque ne peut pas recourir au donneur d'ordre sur la base de l'article 51 COtr parce qu'il faut un rapport de solidarité entre les débiteurs, ce qui n'est pas valable pour la garantie bancaire par laquelle la banque et le donneur d'ordre assument deux obligations différentes. A notre avis, il faut ajouter que la garantie crée une obligation subsidiaire et l'obligation solidaire n'est pas compatible avec les dispositions de l'article en question. Selon Bär aussi, « *sofern der Grundschuldner aber nur aus gesetzlicher Vorschrift und ohne Verschulden haftet, hat der Garant auf Grund von art. 51 Abs. 2 OR keinen Regress.* » BÄR, p. 16. *Contra* REİSOĞLU, Teminat, p. 93, Garanti, p. 166 ss.

¹⁶⁹⁰ TERCIER, Contrats, p. 768 ss, n. 5315 ; ZK-GAUCH, SCHMID, art. 419, n. 8 ; BaK-WEBER, art. 419, n. 5 ; CR-LACHAT-HERITIER, art. 419, n. 2 ; YAVUZ, p. 729.

¹⁶⁹¹ TANDOĞAN, II, p. 678.

¹⁶⁹² TERCIER, Contrats, p. 769, n. 5316.

non celle du bénéficiaire¹⁶⁹³. C'est pourquoi l'application des articles relatifs à la gestion d'affaires sans mandat ne serait pas possible¹⁶⁹⁴.

857. En revanche, selon Tandoğan, il est fort possible que la gestion effectuée par le gestionnaire affecte sa sphère juridique autant que celle d'autrui¹⁶⁹⁵. En effet, le fait que le gérant ait aussi un intérêt propre concomitant n'exclut pas que la condition objective du « fait d'autrui » soit satisfaite, à moins que cet intérêt ne soit prépondérant¹⁶⁹⁶. Selon Tercier aussi, « le gérant intervient dans le but de sauvegarder l'intérêt objectif du maître, peu importe qu'il en profite lui-même directement ou indirectement. »¹⁶⁹⁷ Par conséquent, le paiement du garant affecte la sphère juridique du donneur d'ordre au sens des articles 419 ss CO.

858. La troisième condition exige que la prestation soit faite sans cause. En d'autres termes, l'intervention du gérant doit être dépourvue de toute cause juridique. Ce n'est pas le cas si le gérant agit en vertu d'un contrat¹⁶⁹⁸ ou en vertu de la loi¹⁶⁹⁹. En revanche, c'est le cas s'il agit en croyant par erreur être lié contractuellement au maître¹⁷⁰⁰. L'absence de cause juridique doit être recherchée dans les relations entre le maître (le donneur d'ordre) et le gérant (le garant). Le fait que ce dernier soit obligé envers le tiers n'empêche pas la réalisation de cette troisième condition¹⁷⁰¹. Le contrat entre le garant et le bénéficiaire n'affecte donc pas la réalisation de cette condition.

859. Enfin, il faut que le gérant ait la volonté d'agir pour autrui. Dès le début de son acte, le gérant doit avoir la conscience et la volonté d'agir en

¹⁶⁹³ REİSOĞLU, Garanti, p. 165 ; BÜSSER, p. 389, n. 1269.

¹⁶⁹⁴ KAHYAOĞLU, p. 101 ; REİSOĞLU, Teminat, p. 92 ; BARLAS, Teminat, p. 82 ; TEKİNALP, p. 387 ss, n. 101.

¹⁶⁹⁵ TANDOĞAN, II, p. 876.

¹⁶⁹⁶ CR-LACHAT-HERITIER, art. 419, n. 5. Pour des exemples, voir ZK-GAUCH, SCHMID, art. 419, n. 17 ss.

¹⁶⁹⁷ TERCIER, p. 768, n. 5309.

¹⁶⁹⁸ Par exemple, en vertu d'un contrat de mandat, du contrat de travail ou du contrat d'entreprise. TERCIER, Contrats, p. 769, n. 5317.

¹⁶⁹⁹ Par exemple, en sa qualité de représentant légal ou d'exécuteur testamentaire. TERCIER, Contrats, p. 769, n. 5317.

¹⁷⁰⁰ ZK-GAUCH, SCHMID art. 19, n. 70 ; BaK-WEBER, art. 419, n. 9 ; CR-LACHAT-HERITIER, art. 419, n. 15. En revanche, le Tribunal fédéral exclut l'application de l'article 419 CO dans ce dernier cas, car, selon la Cour de cassation, le gérant doit avoir la « conscience de gérer l'affaire d'autrui » et doit savoir qu'il n'a pas un mandat. ATF 99 II 131, 134, c. 2 (= JdT 1974 I 130, 133 ss) ; ATF 75 II 225, 226, c. 3 (= rés. 1950 I 601 ss).

¹⁷⁰¹ TANDOĞAN, II, p. 876.

faveur du maître, ou au moins d'un maître qu'il peut ne pas connaître¹⁷⁰². Peu importe en revanche qu'il ait ou non conscience d'agir sans mandat : celui qui fait un acte de gestion en se fondant de bonne foi sur un contrat nul remplit donc aussi cette condition. Le mobile pour lequel le gérant agit est sans pertinence. Cette condition, elle aussi, est valable pour les garanties. Comme nous l'avons dit, le gérant peut agir pour autrui en agissant pour lui-même. En outre, comme le dit Tandoğan, dans la nouvelle conception de la gestion d'affaires, on ne recherche plus la condition de la volonté d'agir dans l'intérêt d'autrui, mais en revanche la volonté d'agir en général¹⁷⁰³.

860. En conclusion, il n'y a aucune raison valable susceptible d'empêcher d'appliquer les règles de la gestion d'affaires sans mandat au droit de recours du garant contre le débiteur principal. En outre, même dans l'hypothèse où le paiement du garant serait contraire aux intérêts du débiteur principal ou si celui-ci lui a interdit d'effectuer le paiement, il doit malgré tout l'indemniser ou lui donner décharge jusqu'à concurrence de son enrichissement (art. 423 CO).

2. Enrichissement illégitime

861. Dans le même arrêt rendu par le « Conseil des Chambres civiles réunies », Yargıtay n'a pas admis non plus le recours à l'enrichissement illégitime pour les contrats de garantie.

862. Pour qu'on puisse parler d'enrichissement illégitime, il faut quatre conditions (art. 62 CO) : l'enrichissement d'une personne, l'appauvrisse-

¹⁷⁰² TERCIER, Contrats, p. 769, n. 5319. Pour Tercier, c'est la condition de base d'une gestion d'affaires parfaite, par opposition à la gestion d'affaires imparfaite. *Idem*, p. 776, n. 5367. En outre, si l'intervention du gérant est « commandée » par l'intérêt du maître, la gestion d'affaires parfaite est en plus régulière (art. 422 CO). *Idem*, p. 769, n. 5322. La jurisprudence pose toutefois des critères rigoureux au sujet du caractère « commandé » de l'intervention et se montre peu large pour la défense d'intérêts purement pécuniaires. Voir ATF 86 II 18 (= JdT 1960 I 583 = SJ 1961 1). Voir TERCIER, Contrats, p. 770, n. 5324. Cependant, « l'intérêt du maître peut être reconnu même lorsque le gérant a parallèlement un intérêt propre à l'intervention. CR-LACHAT-HERITIER, art. 422, n. 2. Ce qui est souvent le cas pour les garanties indépendantes par lesquelles le garant paie non seulement la dette du débiteur mais aussi la sienne envers le créancier.

¹⁷⁰³ TANDOĞAN, II, p. 877. C'est le cas de la gestion d'affaires imparfaite. TERCIER, Contrats, p. 776, n. 5367.

ment d'une autre personne, la connexité entre l'appauvrissement et l'enrichissement et l'absence d'une cause légitime¹⁷⁰⁴.

863. Si le garant qui paie le créancier ne peut pas être subrogé au droit de ce dernier et si le contre-garant n'est pas solvable, il est évident que le garant va subir une diminution patrimoniale. Il s'agit de l'appauvrissement dont le débiteur principal tire profit, car il ne se trouve plus obligé de payer sa dette au créancier¹⁷⁰⁵.

864. En revanche, la condition de l'absence d'une cause légitime est fort discutable. On peut soutenir que le paiement de la garantie est tout à fait légitime, car il ne s'agit que de l'exécution de la prestation de la garantie¹⁷⁰⁶. En effet, le garant exécute sa propre obligation en payant et non celle d'une autre personne¹⁷⁰⁷.

865. Tandoğan ne partage cependant pas cet avis¹⁷⁰⁸. Pour lui, il faut rechercher l'absence d'une cause légitime dans les relations entre l'enrichi (le débiteur principal) et l'appauvri (le garant). En conséquence, selon cet auteur, en matière de garantie dépourvue d'un contrat entre le garant et le donneur d'ordre, un recours basé sur l'enrichissement illégitime est possible dans la mesure où ce dernier a soustrait le paiement du garant à sa propre dette¹⁷⁰⁹. Toutefois, si le contrat de base n'était pas valable initialement ou a été invalidé ultérieurement par l'une des parties, on ne peut pas parler d'enrichissement du donneur d'ordre suite au paiement effectué par le garant. Dans une telle hypothèse, le garant n'aura pas de

¹⁷⁰⁴ ENGEL, Obligations, p. 584 ss ; CR-PETITPIERRE, art. 62, n. 4 ss ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 733 ss.

¹⁷⁰⁵ CR-PETITPIERRE, art. 62, n. 20, 25 ; TANDOĞAN, II, p. 878 ; KAHYAOĞLU, p. 101 ss ; von TUHR, PETER, p. 477 ss. En revanche, selon Barlas, le débiteur peut préférer de ne pas tirer profit. Dans ce cas, on ne peut pas parler d'un enrichissement. En outre, selon cet auteur, il ne faut pas admettre non plus que le donneur d'ordre puisse automatiquement tirer profit du paiement effectué par le garant, car ce dernier paie sa dette et son obligation est indépendante de celle du donneur d'ordre. BARLAS, Teminat, p. 82.

¹⁷⁰⁶ REUSSER, p. 84.

¹⁷⁰⁷ REİSOĞLU, Garanti p. 164 ; BARLAS, Teminat, p. 81.

¹⁷⁰⁸ TANDOĞAN, II, p. 879. Voir aussi DOĞAN, p. 192.

¹⁷⁰⁹ De même, sans trop discuter sur cette dernière question, la doctrine admet que si une personne paie la dette du débiteur à son créancier malgré l'absence d'une obligation entre ces deux parties, elle peut agir contre le débiteur selon l'article 62 CO. CR-PETITPIERRE, art. 62, n. 25 ; CR-Du PASQUIER, art. 110, n. 11. Voir aussi ATF 117 II 404 (= JdT 1993 I 66) ; ATF 116 II 689 (= JdT 1992 I 197).

droit de recours envers le donneur d'ordre sur la base des articles 62 ss CO¹⁷¹⁰.

III. Obligations du débiteur principal envers le garant

866. Les relations entre le garant et le débiteur principal s'analysent en règle générale par référence au contrat de mandat, et les obligations d'un mandataire envers le mandant sont bel et bien valables pour la garantie. En examinant ces obligations, nous allons encore une fois sortir de la systématique que nous avons suivie jusqu'ici. En effet, nous examinerons les obligations du débiteur envers le garant avant de voir leur applicabilité en matière de cautionnements.

A. Garantie indépendante

867. Le donneur d'ordre est notamment obligé de¹⁷¹¹:

- Donner des instructions claires et précises à la banque.
- Rembourser les frais de la banque (art. 402 I CO).

C'est l'obligation essentielle du donneur d'ordre qui résulte de l'octroi d'un crédit¹⁷¹². Le donneur d'ordre qui mandate la banque ne doit lui payer les frais de celle-ci qu'à condition que la banque exécute toutes ses obligations de mandataire d'une manière bonne et fidèle (art. 398 II CO)¹⁷¹³. Il doit lui rembourser tous les frais occasionnés pour atteindre le « *Vertragszweck* »¹⁷¹⁴. Parmi ces frais, on peut notamment citer la somme

¹⁷¹⁰ Dans ce cas des doubles vices, le garant ne peut non plus faire valoir une prétention en répétition de l'indu contre le bénéficiaire selon l'article 62 CO, car l'engagement valable du garant à l'égard du bénéficiaire constitue une cause juridique aux termes de l'article 62 CO. Il faudrait que le donneur d'ordre cède au garant sa créance en enrichissement illégitime à l'égard du bénéficiaire. Voir *supra*, note. 1551.

¹⁷¹¹ de GOTTRAU, II, p. 3 ss. Voir aussi GUGGENHEIM, Bancaire, p. 327 ; DOHM, Garantie, p. 85 ss, n. 147 ss.

¹⁷¹² GIGER, p. 253. Voir aussi ZOBL, p. 48 ss ; TEKINALP, p. 385, n. 99.

¹⁷¹³ Elle doit suivre strictement et avec toute la diligence requise les instructions du donneur d'ordre et elle doit surtout s'assurer que la condition suspensive de l'appel à la garantie soit réalisée en tous points. de GOTTRAU, II, p. 3. S'il s'agit d'une garantie à première demande, la banque n'est toutefois pas obligée de contrôler que le bien-fondé de cet appel soit réalisé. Voir aussi GUGGENHEIM, Bancaire, p. 357.

¹⁷¹⁴ SPAINI, p. 52 ss.

payée au bénéficiaire en vertu du contrat de garantie, les frais judiciaires et les frais d'avocat¹⁷¹⁵. En revanche, le donneur d'ordre peut refuser de rembourser les frais du garant si ce dernier aurait dû refuser le paiement de la garantie¹⁷¹⁶. Enfin, il convient d'ajouter que le donneur d'ordre est soumis à cette obligation malgré l'absence du droit de subrogation du garant dont la caution qui a payé le bénéficiaire jouit à l'article 507 CO¹⁷¹⁷.

- D'indemniser le garant du dommage causé par l'exécution de la garantie (402 II CO).

Une question se pose : Est-ce le donneur d'ordre doit rembourser les frais dus au risque de dommages fortuits ? Par exemple, dans une relation quadripartite internationale, si la créance de la première banque a été bloquée à l'étranger par la deuxième banque, le donneur d'ordre doit-il la rembourser ou bien la banque doit-elle supporter les frais en résultant ? Selon la doctrine¹⁷¹⁸, malgré le fait que ce risque de saisie se soit réalisé seulement à l'occasion d'un mandat, il fait partie du risque commercial général du garant. En effet, selon l'article 402 al. 2 CO, le donneur d'ordre est responsable vis-à-vis de la banque du dommage causé par l'exécution du mandat à moins qu'il ne prouve que ce dommage est survenu sans sa faute¹⁷¹⁹. « Or le risque de saisie dans les relations internationales, constitue incontestablement un dommage fortuit qui se produit pratiquement toujours sans la faute du donneur d'ordre. La banque doit alors supporter elle-même les conséquences désavantageuses qui en découlent. »¹⁷²⁰ En conséquence, le donneur d'ordre ne devra pas rembourser à la banque garante les frais occasionnés suite au dommage fortuit.

868. Il est en outre obligé, selon la convention entre les parties, de :

¹⁷¹⁵ de GOTTRAU, II, p. 3 ; LOMBARDINI, p. 296, n. 27.

¹⁷¹⁶ LOGOZ, p. 91. En revanche, dans la pratique, on voit souvent des clauses par lesquelles le donneur d'ordre s'engage à rembourser le garant sans opposer aucune exception. De telles clauses générales doivent se comprendre dans le sens d'une renonciation aux exceptions découlant du contrat de couverture. Pourtant, il faut aussi admettre l'existence d'une reconnaissance de dette « *beweisabstrakte* » de la part du donneur d'ordre pour son obligation de remboursement des frais envers le garant. BÜSSER, p. 77, n. 263.

¹⁷¹⁷ SCHÖNLE, Missbrauch, p. 57.

¹⁷¹⁸ KAHYAOĞLU, p. 99 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 246, n. 24.03 ; SPAINI, p. 54.

¹⁷¹⁹ ATF 59 II 245, 254, c. 5 (= JdT 1934 I 42, 48).

¹⁷²⁰ Il s'agit d'un risque commercial du garant. DOHM, Garantie, p. 89, n. 158.

- Payer la commission due à la banque¹⁷²¹.

Elle est due, selon la convention des parties, soit pendant la durée de validité de la garantie, soit pour une partie de cette durée. Et, la plupart du temps en pratique, cette obligation de payer la commission commence dès l'entrée en vigueur de la garantie, en d'autres termes à partir du jour où la banque s'est engagée à l'égard du bénéficiaire, même si le contrat de base produit ses effets ultérieurement. Elle prend fin à la date d'expiration de la garantie¹⁷²².

Cependant, dans la pratique bancaire turque, les banques donnent des garanties à condition que leur donneur d'ordre (leur contre-garant) paie les commissions jusqu'à ce que la lettre de garantie leur soit rendue. Si la lettre de garantie n'est pas annulée pour cause d'échéance du terme, de remise de dette du bénéficiaire, d'aveu du bénéficiaire attestant la fin du risque ou d'une décision de juge qui la rende invalide, une telle clause est applicable¹⁷²³.

La banque a droit à cette rémunération à condition qu'elle exécute toutes ses obligations de mandataire d'une manière bonne et fidèle (art. 398 II CO). En général, les parties prévoient une telle commission dans le contrat de garantie. En revanche, en l'absence d'une telle stipulation, il faut admettre que la banque a droit à une rémunération, car on admet que les services rendus à titre professionnel donnent lieu à une contre-partie financière¹⁷²⁴.

- Obligations de fournir des sûretés.

Dans la pratique on voit souvent que le donneur d'ordre est obligé de fournir des sûretés mobilières et immobilières à la banque pour l'émission de la garantie. L'étendue et la nature de ces sûretés peuvent être très variées et influencer le montant de la commission due au garant¹⁷²⁵.

- Obligation de ne rien faire qui puisse entraver l'exécution de l'engagement du garant vis-à-vis du bénéficiaire¹⁷²⁶.

¹⁷²¹ GIGER, p. 253. Cette commission représente un à trois pour mille de la somme de la garantie et se paie par trimestre. BÜSSER, p. 75, n. 256. S'il s'agit d'une garantie indirecte, le montant de la commission augmente. *Idem*, p. 75, n. 257.

¹⁷²² DOHM, Garantie, p. 86 ss, n. 150 ss ; LOGOZ, p. 88 ss.

¹⁷²³ REİSOĞLU, Teminat, p. 99.

¹⁷²⁴ Dans ce sens, voir aussi ATF 82 IV 145, 147, c. 2a (= JdT 1957 IV 71, 72).

¹⁷²⁵ LOGOZ, p. 89. Voir aussi DOHM, Garantie, p. 85, n. 149.

¹⁷²⁶ LOMBARDINI, p. 297, n. 29.

869. Enfin, dans une relation de contre-garantie, le contre-garant est soumis à deux obligations principales : verser la commission convenue au garant de premier rang et lui rembourser les frais engagés lors de l'accomplissement du mandat. Si la contre-garantie ne suffit pas à l'indemniser entièrement, le contre-garant demeure débiteur du solde dans les limites du contrat de mandat¹⁷²⁷.

B. Cautionnement

870. Les articles 506 et 507 CO qui prévoient les droits spéciaux pour la caution en tant qu'obligations du débiteur principal vis-à-vis celle-ci ont déjà été étudiés¹⁷²⁸. Cependant, le débiteur principal a aussi des obligations découlant du contrat de mandat.

871. Tout comme en matière de garantie, le débiteur principal est donc tenu de donner des instructions claires et précises à la caution, de rembourser les frais et dépenses qui ne sont pas inclus dans le paiement que la caution a effectué en faveur du créancier¹⁷²⁹, d'indemniser la caution du dommage causé par l'exécution de la garantie et, si les parties l'ont prévu, de lui payer des commissions¹⁷³⁰ et de lui fournir des sûretés.

¹⁷²⁷ LOGOZ, p. 126 ; DOHM, Garantie, p. 130 ss, n. 277 ss. Le garant de premier rang paiera rarement la garantie avant d'avoir obtenu le versement de la contre-garantie. LOGOZ, p. 126 ss ; DOHM, Garantie, p. 127 ss, 272.

¹⁷²⁸ Voir *supra*, n. 825 ss.

¹⁷²⁹ Par exemple les honoraires d'avocat qu'elle a dû payer.

¹⁷³⁰ Il est fréquent dans la pratique que la caution reçoive un paiement de commission de 3% par trimestre. Voir *supra*, n. 188.

CHAPITRE TROISIEME :

EXTINCTION DE LA GARANTIE

872. En raison du principe d'accessoriété, le cautionnement ne prend pas fin uniquement en raison des causes qui lui sont propres, mais aussi en raison des causes affectant la dette principale et qui font perdre tout objet à l'engagement de la caution¹⁷³¹. En revanche, la garantie est indépendante. On ne peut donc pas affirmer que chaque cause qui donne lieu à l'extinction de l'obligation de base entraîne également la fin de la garantie. Dans cette partie de notre travail, nous allons examiner les ressemblances et les différences des contrats de garantie et de cautionnement quant à leur extinction.

§1 CAUSES D'EXTINCTION DE LA DETTE PRINCIPALE

I. Cautionnement

873. En règle générale, la caution est libérée dès que la dette principale s'éteint pour quelque cause que ce soit (art. 509 I, 114 I CO)¹⁷³². Il en est ainsi notamment pour¹⁷³³ :

- Le paiement de la dette principale (art. 84 ss, 114 I CO)¹⁷³⁴.
- La novation de la dette principale (art. 116 CO)¹⁷³⁵.

¹⁷³¹ TERCIER, Contrats, p. 895, n. 6243.

¹⁷³² Même en l'absence de cet article, il faudrait admettre la même solution, parce que selon l'article 492 II CO, le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. Il en résulte que lorsque ladite obligation n'est plus valable, le cautionnement ne l'est plus non plus. von RICHENTHAL, p. 33.

¹⁷³³ Pour ce paragraphe CR-MEIER, art. 509, n. 3 ; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 6 ; GRASSINGER, p. 123 ss ; TOBLER, p. 32 ss ; von RICHENTHAL, p. 35 ss.

¹⁷³⁴ Ainsi que la dation en paiement. BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 5. Voir aussi TANDOĞAN, II, p. 791 ; von RICHENTHAL, p. 50 ss ; KARAHASAN, p. 1256. Pour la dation en vue de paiement, voir *infra*, note. 1759.

Il faut toutefois évoquer, comme exception à la règle générale, la situation du compte courant (art. 117 III CO), dans le cadre duquel le créancier conserve les garanties, y compris celle de la caution, même après que le compte a été arrêté et reconnu¹⁷³⁶.

- La confusion des qualités de débiteur et de créancier (art. 118 CO)¹⁷³⁷.
- La survenance d'une impossibilité objective (art. 119 CO)¹⁷³⁸.
- La compensation opposée par le débiteur principal (art. 120 CO)¹⁷³⁹.

¹⁷³⁵ TOBLER, p. 39 ; von RICHENTHAL, p. 58 ; OLGAC, Kefalet, p. 33. Pour les cas où le Tribunal fédéral admet la novation, voir ATF 127 III 559 (= JdT 2002 I 201) ; ATF 126 III 375 (= rés. JdT 2001 I 161 ss) ; ATF 64 II 284 (= JdT 1939 I 99). Voir aussi TD. E. 2162, T. 23.10.1930 (cité par TEPECI, p. 787). Pour les cas contraires, voir ATF 66 II 151 (= JdT 1941 I 98) ; ATF 60 II 332 (= JdT 1935 I 168) ; ATF 31 II 88.

¹⁷³⁶ BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 3 ; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 11 ; TOBLER, p. 39 ss. Il ne s'agit pas ici d'une exception au principe de l'accessorité, car « en dépit de sa formulation ordinairement abstraite, la reconnaissance du solde, fondement de la nouvelle obligation, demeure causale en ce sens qu'elle n'entraîne en principe aucune renonciation aux moyens de défense relatifs aux dettes compensées précédant l'arrêt du compte. C'est plutôt la convention contraire réservée par la loi qui produit la novation, l'article 117 II CO n'étant qu'une présomption. » SCYBOZ, p. 58.

¹⁷³⁷ SCYBOZ, p. 59 ; TANDOĞAN, II, p. 792 ss ; KARAHASAN, p. 1256 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 226 ss ; GRASSINGER, p. 127 ss ; TOBLER, p. 42 ; BK-BECKER, a.art. 501, n. 1 ; OLGAC, Kefalet, p. 33. Font exceptions les situations dans lesquelles la dette principale et celle de la caution subsistent formellement, même si le débiteur acquiert lui-même le titre. Cette exception concerne plutôt les dettes incorporées dans un papier-valeur. CR-MEIER, art. 509, n. 3 ; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 7.

¹⁷³⁸ TANDOĞAN, II, p. 791 ; GRASSINGER, p. 131 ss ; TOBLER, p. 37 ; von RICHENTHAL, p. 67 ss ; OLGAC, Kefalet, p. 33. Si l'impossibilité existait déjà à l'époque de la conclusion du contrat de base, on ne peut parler ni d'un contrat de base ni d'un cautionnement (art. 20 CO). REİSOĞLU, Kefalet, p. 225. La doctrine admet que la caution n'est pas libérée si les circonstances de l'impossibilité lui sont imputables. CR-MEIER, art. 509, n. 3 ; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 5. Dans une telle hypothèse, Reisoğlu admet que la caution est libérée de sa dette découlant du cautionnement mais tenue de dédommager le créancier en vertu des articles 41 ss CO. REİSOĞLU, Kefalet, p. 225. Enfin, si l'impossibilité est subjective, la caution est toujours obligée. REİSOĞLU, Kefalet, p. 225.

¹⁷³⁹ TOBLER, p. 38 ; TANDOĞAN, II, p. 795 ; von RICHENTHAL, p. 37, 38 ss. « La caution peut refuser de payer le créancier, en tant que le débiteur principal a le droit d'invoquer la compensation » (art. 121 CO).

- Le non-avènement d'une condition suspensive ou l'avènement d'une condition résolutoire.
- La résiliation (art. 95 CO)¹⁷⁴⁰ et la résolution du contrat de base.
- La remise de dette (art. 115 CO)¹⁷⁴¹.

874. Il s'agit d'une règle impérative. La libération intervient de par la loi¹⁷⁴² et la caution ne peut y renoncer par avance. Une extinction partielle de la dette principale entraîne également une extinction partielle de l'obligation de la caution (à concurrence du montant indiqué dans l'acte) sous réserve du cas du cautionnement limité (*Limitbürgschaft*)¹⁷⁴³.

875. La règle de l'article 509 I CO est applicable également au contrat de cautionnement-garantie de l'article 492 III CO¹⁷⁴⁴.

876. En cas de prescription de la dette du débiteur principal, la dette de la caution se prescrit également. La caution doit dès lors opposer l'exception de prescription, et ce sous peine de perdre son droit de recours (art. 502 III CO). Cependant, si l'invocation de la prescription par le débiteur principal constitue un abus de droit (art. 2 II CC)¹⁷⁴⁵, ni le débiteur principal ni la caution ne peuvent la lui opposer¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴⁰ von RICHENTHAL, p. 37, 45 ss. En revanche, si la caution s'est engagée pour les dommages-intérêts dits négatifs, elle est responsable en cas de résiliation. KARAHASAN, p. 1256.

¹⁷⁴¹ TANDOĞAN, II, p. 794 ; KARAHASAN, p. 1256 ss ; REİSOĞLU, Kefalet, p. ; von RICHENTHAL, p. 35 ss, 60 ; TOBLER, p. 33 ; OLGAC, Kefalet, p. 33. Il faut admettre la même solution en cas de concordat extra-judiciaire. CR-MEIER, art. 509, n. 3 ; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 5.

¹⁷⁴² CR-MEIER, art. 509, n. 2 ; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 2. En principe, il n'y a pas d'abus de se prévaloir de la libération même si cette cause n'a procuré aucune satisfaction au créancier. En invoquant sa libération, la caution abuse néanmoins de son droit si elle trompe la confiance qu'elle a fait naître chez le créancier en exerçant une influence sur sa manière d'agir. Tel n'est en revanche pas le cas si la dette principale s'est éteinte exclusivement par un acte du créancier, inattentif ou ignorant de la situation juridique. ATF 64 II 284, 289 ss, c. 3a (= JdT 1939 I 99, 104 ss) ; SCYBOZ, p. 56, note. 20.

¹⁷⁴³ Il faut assimiler à l'extinction de la dette les réductions et autres allègements qui lui sont accordés. ATF 60 II 294, 304, c. 4a (= JdT 1935 I 72, 78) ; CR-MEIER, art. 509, n. 2. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 3.

¹⁷⁴⁴ BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 2 ; BECK, art. 509, n. 6.

¹⁷⁴⁵ C'est notamment le cas lorsque le débiteur a engagé le créancier à ne pas procéder juridiquement pendant le délai de prescription. ATF 112 II 231, 234, c. 3e (bb) (= rés. JdT 1987 I 27).

¹⁷⁴⁶ GRASSINGER, p. 35.

877. Quand la prescription s'interrompt contre le débiteur, elle s'interrompt aussi contre la caution. Mais l'interruption de la prescription contre la caution ne provoque pas une interruption de la prescription contre le débiteur principal (art. 136 III CO)¹⁷⁴⁷.

878. Pour la reprise privative de dette principale, la loi exige le consentement de la caution, ce qui n'est pas nécessaire pour la reprise cumulative de dette principale¹⁷⁴⁸.

879. Il existe d'autres exceptions à ce principe, en vertu desquelles la caution n'est pas libérée avec l'extinction de la dette principale. Ces exceptions se dégagent de la fonction du cautionnement ou de l'équité.

- Si le débiteur réussit à obtenir un concordat judiciaire, l'obligation de la caution ne s'éteint pas¹⁷⁴⁹ (art. 303 LP¹⁷⁵⁰, 114 III CO) ; il en va de même pour la faillite. « *Dagegen liegt keine Ausnahme vor, wenn die Haftung des Bürgen gelegentlich weniger weit geht als diejenige des Hauptschuldners.* »¹⁷⁵¹
- Un acte de défaut de biens laisse subsister l'obligation de la caution pour les intérêts (art. 149 IV, 265 II LP), y compris les intérêts exigibles pendant la faillite¹⁷⁵².
- La libération des héritiers dans la liquidation officielle de la succession ne profite pas aux cautions (art. 593 CC)¹⁷⁵³.

¹⁷⁴⁷ CR-MEIER, art. 509, n. 4 ; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 7. Voir aussi von RICHENTHAL, p. 78. Il sied d'ajouter que la prescription est interrompue lorsque le débiteur reconnaît la dette en fournissant une caution et que l'interruption contre le débiteur vaut également contre celle-ci (art. 135 I, 136 II, III CO), l'inverse n'est pas vrai. SCYBOZ, p. 59.

¹⁷⁴⁸ Pour les conditions d'application de cet article, voir *infra*, n. 985 ss.

¹⁷⁴⁹ TERCIER, Contrats, p. 895, n. 6246 ; SCYBOZ, p. 57 ; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 3 ; von RICHENTHAL, p. 87 ; BECK, art. 492, n. 89. Cependant, il n'en va pas de même pour le concordat extra-judiciaire qui libère la caution. BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 14.

¹⁷⁵⁰ Voir *supra*, 643 ss.

¹⁷⁵¹ BECK, art. 492, n. 89.

¹⁷⁵² TERCIER, Contrats, p. 896, n. 6246 ; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 3. Voir aussi SCYBOZ, p. 57.

¹⁷⁵³ TERCIER, Contrats, p. 896, n. 6246 ; SCYBOZ, p. 57 ; von RICHENTHAL, p. 89. En revanche, « en cas d'acceptation de la succession du débiteur principal sous bénéfice d'inventaire, les héritiers sont libérés de leur responsabilité à l'égard du créancier qui a négligé de produire en temps utile. La caution est libérée dans ce cas, pour autant toutefois que la créance principale eût été couverte si elle avait été produite ; pour le reste, elle répond comme dans les autres cas d'insolvabilité. » CR-

880. Tout comme en matière d'autres droits accessoires, le cautionnement renaît si la dette principale renaît elle aussi. Par exemple¹⁷⁵⁴ :

- Lorsque le débiteur retire la chose qu'il avait consignée par suite de demeure du créancier (art. 94 CO).
- Lorsque la confusion qui éteint l'obligation vient à cesser (art. 118 II CO).
- Lorsque le contrat de reprise de dette est annulé (art. 180 I CO).
- Lorsqu'une remise de dette est annulée (art. 115 CO).
- « Lorsqu'une action révocatoire a eu pour effet de faire renaître la dette principale prétendument éteinte (LP 291 II), que la caution soit elle-même de bonne ou mauvaise foi. »¹⁷⁵⁵

II. Garantie

881. Il n'existe aucune disposition spécifique à ce sujet. C'est lors de la conclusion du contrat que les parties fixent le moment et les conditions de la fin du contrat.

882. La règle selon laquelle la caution est libérée dès que la dette principale s'éteint ne s'applique pas en principe en cas de garantie parce que la garantie est indépendante. En revanche, cela ne signifie pas que la garantie reste toujours valable malgré l'extinction de l'obligation principale. Il faut prendre en considération le but de la garantie, à savoir « la sûreté de la créance ». En d'autres termes, l'extinction de la dette principale peut être le résultat de la survenance du risque assumé par le garant. Par conséquent, on ne peut pas parler de l'extinction de l'obligation du garant. En revanche, il se peut que l'extinction de la dette principale supprime définitivement la possibilité de la survenance du risque, ce qui rend la fonction de sûreté de la garantie inutile.

MEIER, art. 509, n. 5. Voir aussi BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 9 ; ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 509, n. 16.

¹⁷⁵⁴ CR-MEIER, art. 509, n. 7 ; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 4.

¹⁷⁵⁵ « Les prestations faites par le débiteur principal susceptibles de révocation libèrent tout de même la caution si elles restent acquises au créancier. » CR-MEIER, art. 509, n. 7. Pour les exemples d'autres actions révocatoires, voir ATF 89 III 14 (= JdT 1963 II 57) ; ATF 64 III 147, 154 ss, c. 4 (= JdT 1939 II 19, 23 ss). Sur ce sujet, voir aussi von RICHENTHAL, p. 29 ss.

883. C'est ainsi que certaines causes mettant fin au contrat de base mettent fin à la garantie en même temps qu'elles suppriment les possibilités de la survenance du risque garanti. Le garant est libéré :

- Lorsque l'exécution par le donneur d'ordre de ses obligations découlant du contrat de base a lieu¹⁷⁵⁶. Si le bénéficiaire n'a pas intérêt à ce que l'obligation soit exécutée par le donneur d'ordre lui-même, le garant est également libéré par l'exécution effectuée par lui-même ou par une autre personne¹⁷⁵⁷ (art. 68 CO).
- Lorsque le bénéficiaire est satisfait d'une autre manière que par l'exécution proprement dite, par exemple, suite à une compensation entre les obligations du bénéficiaire et celles du débiteur principal¹⁷⁵⁸ ou par la dation en paiement¹⁷⁵⁹.
- Lorsqu'une novation a lieu (art. 116 CO), car la novation éteint l'ancienne obligation et en crée une nouvelle pour laquelle le garant ne s'est pas engagé.

L'exception apportée par l'article 117 III CO n'est pas applicable aux garanties indépendantes¹⁷⁶⁰.

- Lorsque les qualités de débiteur principal et celle de bénéficiaire se trouvent réunies dans la même personne (art. 118 CO).
- Lorsque les circonstances d'une impossibilité objective subséquente sont imputables au bénéficiaire¹⁷⁶¹. Dans ce cas, un appel à la garantie effectué par ce dernier sera abusif.

¹⁷⁵⁶ 11. HD, E. 1989/4046, K. 1990/8459, T. 27.12.1990 (www.kazanci.com.tr); İBK, E. 1966/16, K. 1967/7, T. 13.12.1967 (RG 5.4.1968 12867) ; KOSTAKOĞLU, p. 932.

¹⁷⁵⁷ BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 16 ; SCYBOZ, p. 21. Il est clair que rien n'empêche le garant d'exécuter lui-même la prestation si le créancier n'a pas un intérêt à l'exécution personnelle du débiteur. TANDOĞAN, II, p. 854.

¹⁷⁵⁸ En revanche, le garant n'a pas la possibilité de se prévaloir de l'article 121 CO, c'est-à-dire qu'il ne peut pas refuser d'effectuer le paiement en alléguant le droit d'invoquer la compensation du donneur d'ordre. Voir aussi 11. HD, E. 1989/4046, K. 1990/8459, T. 27.12.1990 (www.kazanci.com.tr).

¹⁷⁵⁹ La dation en vue du paiement n'a pas pour effet de libérer immédiatement le donneur d'ordre, et par conséquent, le garant. Il sont totalement libérés s'il ne reste plus de solde lorsque le créancier réalise l'objet remis et en impute le produit sur la prestation due. Voir aussi *supra*, note. 1734.

¹⁷⁶⁰ L'article 117 III CO vise les sûretés personnelles et réelles ainsi que tous les accessoires fonctionnels servant de garanties au sens de l'article 114 CO. CR-PIOTET, art. 117, n. 20. L'article 117 III CO constitue une exception à l'article 114 CO. TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 996

- Lorsque la réalisation du risque ne dépend que de la faute du bénéficiaire. Il serait en effet contraire à la bonne foi que le stipulant conserve sa créance vis-à-vis du garant dans une telle situation. De même, l'obligation du garant cesse si le garanti refuse sans raison la prestation du tiers ou omet d'accomplir les actes préparatoires nécessaires¹⁷⁶².

En effet, selon certains auteurs, le garant est également libéré lorsque les conditions des articles inhérents à la demeure du créancier, soit les articles 91 ss CO sont réalisées. Tel est le cas par exemple, comme nous venons de le dire, lorsque le bénéficiaire refuse la prestation sans raison valable ou qu'il n'accomplit pas les actes préparatoires¹⁷⁶³. Il n'est toutefois pas possible d'admettre que le garant est libéré dès que le bénéficiaire est en demeure, car la demeure du créancier n'a pas un effet libératoire immédiat pour le débiteur principal. Celui-ci n'est libéré qu'après consignation de la chose due lorsque l'objet de son obligation consiste en une chose (art. 92 CO) ou la consignation du prix de la chose vendue aux conditions de l'article 93 CO ou enfin, lorsque l'obligation du débiteur porte sur une obligation de faire, après avoir résolu le contrat suivant le procédé instauré par les dispositions relatives à la demeure du débiteur (art. 95, 107 ss CO). Le garant n'est libéré qu'après que le débiteur principal a été libéré à son tour.

884. En revanche, à défaut de stipulation contraire, le garant ne peut pas invoquer l'extinction de sa dette :

- Lorsque l'obligation du donneur d'ordre est prescrite.

¹⁷⁶¹ Voir aussi KAHYAOĞLU, p. 74 ss ; REİSOĞLU, Garanti, p. 170 ; BARLAS, Teminat, p. 67 ; TANDOĞAN, II, p. 883.

¹⁷⁶² L'auteur de ce paragraphe se demande : « on peut se demander si n'abuse pas de son droit contre le garant le stipulant qui, venant à posséder une créance contre le tiers, n'opère pas la compensation : c'est, dans le résultat, décharger le tiers au détriment du garant ». SCYBOZ, p. 20, note. 27. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 12.

¹⁷⁶³ ARIK, p. 57 ; ARKAN, Teminat, p. 81. Par exemple, si le contrat de base prévoit que le débiteur (donneur d'ordre) ne livrera les marchandises qu'après l'ouverture d'un accreditif par le créancier (le bénéficiaire), ce dernier ne peut pas faire appel au garant avant d'avoir fourni cet accreditif. *Idem*, p. 81.

- Lorsque le donneur d'ordre est libéré, par exemple, pour cause d'impossibilité non imputable au bénéficiaire¹⁷⁶⁴, de force majeure ou de cas fortuit¹⁷⁶⁵.

885. Le garant ne peut pas alléguer la *clausula rebus sic stantibus*¹⁷⁶⁶, car celle-ci est contraire au but de l'institution qui tend à sauvegarder les intérêts du bénéficiaire contre les risques de l'impossibilité de l'exécution. En effet, la garantie couvre en général les risques « imprévisibles » et « extraordinaires ».

886. Contrairement au cautionnement simple (art. 495 I CO), la prétention du bénéficiaire est indépendante de la déclaration de faillite, de tout sursis concordataire ou encore de la délivrance d'un acte de défaut de biens¹⁷⁶⁷. En outre, dans la pratique, dès que le débiteur principal sera en faillite ou obtiendra un concordat judiciaire, le bénéficiaire fera son appel au garant provenant du contrat de garantie « à première demande ». En revanche, lorsque le bénéficiaire décide d'adhérer au concordat, il ne conserve ses droits contre le garant que s'il l'a informé au moins dix jours à l'avance du jour et du lieu de l'assemblée et en lui offrant de lui céder ses droits contre paiement (art. 303 II LP) ou s'il l'a autorisé à assister à sa place aux délibérations et s'en est remis à sa décision (art. 303 III LP)¹⁷⁶⁸.

887. Enfin, à la différence du cautionnement, la garantie indépendante ne renaît pas avec la renaissance de la dette principale. Par exemple, si la confusion qui éteint l'obligation du garant vient à cesser, le bénéficiaire et le garant devront conclure un nouveau contrat de garantie.

¹⁷⁶⁴ Voir *supra*, n. 369.

¹⁷⁶⁵ En revanche, pour Kahyaoğlu, la banque peut se prévaloir de l'interdiction du commerce avec le pays du bénéficiaire ou refuser le paiement si le bénéficiaire est en état d'arrestation et qu'il est évident qu'il n'exécutera pas son obligation envers le donneur d'ordre à cause de son état. KAHYAOĞLU, p. 109.

¹⁷⁶⁶ CR-Du PASQUIER, art. 111, n. 10 ; ENGEL, Obligations, p. 434. En outre, comme la garantie est un contrat unilatéral, on ne peut pas invoquer une disproportion entre la prestation et la contre-prestation. ATF 46 II 157, 162 ss, c. 6 (= JT 1920 I 489, 494).

¹⁷⁶⁷ BK-WEBER, art. 111, n. 146.

¹⁷⁶⁸ Voir *supra*, n. 651.

§2 CAUSES D'EXTINCTION DE LA GARANTIE

I. Généralités

A. Cautionnement

888. Le cautionnement peut prendre fin pour toutes les causes prévues dans la partie générale du Code des obligations, telles que par l'exécution de la caution, la remise de dette accordée à la caution¹⁷⁶⁹, la novation, la compensation ou la confusion des qualités de caution et de créancier¹⁷⁷⁰.

889. Aux termes des règles régissant le cautionnement, la loi prévoit aussi certaines causes d'extinction qui lui sont propres (art. 497 III, 500, 503 I, II, IV, 504 II, 505 III, 506 CO). Les articles 509 II-IV et 510, 511 CO en particulier régissent directement la fin du cautionnement, ce que nous allons examiner dans les paragraphes suivants.

B. Garantie indépendante

890. Tout comme le cautionnement, la garantie indépendante peut prendre fin pour toutes les causes prévues dans la partie générale du Code des obligations. Autrement dit, pour autant qu'elles ne contredisent pas les spécificités de la garantie, les causes prévues par les articles 114 ss CO donnent lieu à l'extinction de ce contrat¹⁷⁷¹.

891. En revanche, il n'y a aucun article spécifique qui régit la fin de la garantie indépendante. Les articles 509 ss CO ne sont pas applicables¹⁷⁷². Il faut tenir compte de la stipulation des parties et de la pratique des affaires.

¹⁷⁶⁹ BİLGE, Halef, p. 286 ; KARAHASAN, p. 1259 ; YAVUZ, p. 800. Surtout dans la pratique turque, on voit souvent que les banques, supposant suffisantes les autres sûretés accordées pour la même dette, remettent les dettes de la caution, et cela surtout quand la limite de crédit de la caution est atteinte selon le Code bancaire turc. REİSOĞLU, Kefalet, p. 231.

¹⁷⁷⁰ Ainsi que le concordat en faveur de la caution.

¹⁷⁷¹ 11. HD, E. 1989/4046, K. 1990/8459, T. 27.12.1990 (www.kazanci.com.tr). Voir aussi BÂR, p. 15, DOĞAN, p. 207.

¹⁷⁷² OĞUZMAN, ÖZ, p. 775. Pour l'inapplicabilité de l'article 510 CO sur les garanties : HGK, E. 1968/191, K. 100, T. 13.2.1974 (cité par OLGAC, Kefalet, p. 119).

892. Vu le but et la fonction de l'institution, les possibilités de libération du garant sont réduites par rapport à celles des autres débiteurs. La doctrine fournit quelques exemples de cas dans lesquels le garant ne peut se libérer¹⁷⁷³ :

- Le garant ne peut pas se libérer en prouvant qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour que la prestation soit exécutée.
- Il ne peut pas se libérer en alléguant que le tiers était responsable envers lui de l'exécution de la dette.
- Il ne peut pas alléguer l'article 119 CO. La dette du garant est une dette de paiement d'une somme d'argent. On ne peut donc pas parler d'impossibilité¹⁷⁷⁴.

893. Par contre, le garant est libéré :

- Lorsqu'il exécute son obligation de garantie ou lorsqu'il n'a plus d'obligation suite à des réductions sur le montant de la garantie¹⁷⁷⁵.
- Lorsque le bénéficiaire remet la dette du garant¹⁷⁷⁶.
- Lorsque la durée prévue par la garantie est échu¹⁷⁷⁷.
- Lorsque la dette du garant est novée.
- Lorsque la dette de garantie est prescrite¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷³ BK-WEBER, art. 111, n. 151 ss ; BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 12 ss.

¹⁷⁷⁴ REİSOĞLU, Garanti, p. 169.

¹⁷⁷⁵ De même, selon l'article 18 des RUGD, « le montant payable au titre d'une garantie sera diminué du montant de tout paiement fait par le garant pour satisfaire à une demande s'y rapportant et, si le montant maximum payable au titre de garantie a été atteint par paiement et/ou réduction, la garantie prend fin, que la garantie et tout amendement à celle-ci aient été restitués ou non. » GOODE, p. 88, SBS, p. 70.

¹⁷⁷⁶ 11. HD, E. 1989/4046, K. 1990/8459, T. 27.12.1990 (www.kazanci.com.tr). TANDOĞAN, II, p. 882 ; BÜSSER, p. 63, n. 217 ; OKÇUOĞLU, p. 397. Selon l'article 23 des RUGD, « quelles que soient les dispositions relatives à l'expiration qu'elle contient, une garantie sera annulée sur présentation au garant de la garantie elle-même ou d'une déclaration écrite du bénéficiaire libérant le garant de son obligation au titre de la garantie, que, dans ce dernier cas, la garantie et tout amendement y ayant été apporté aient ou non été restitués. » GOODE, p. 106, SBS, p. 71.

¹⁷⁷⁷ 11. HD, E. 1989/4046, K. 1990/8459, T. 27.12.1990 (www.kazanci.com.tr).

¹⁷⁷⁸ HGK, E. 2001/11-996, K. 2001/1026, T. 14.11.2001 (www.kazanci.com.tr).

894. A notre avis, on peut également ajouter à cette liste la confusion des qualités de garant et de créancier pour la simple raison que nul ne peut être garant de sa propre dette¹⁷⁷⁹.

895. Le garant est libéré seulement pour la partie payée de la dette s'il n'effectue le paiement que partiellement¹⁷⁸⁰.

896. Enfin, la lettre de garantie n'est pas un papier-valeur¹⁷⁸¹. Il s'ensuit que le bénéficiaire n'est pas obligé de la rendre au garant pour qu'on accepte que ce dernier soit libéré¹⁷⁸². En revanche, le garant a le droit (art. 88 CO) et intérêt à avoir la lettre de la garantie pour empêcher un éventuel appel abusif en utilisant la même lettre. En outre, le donneur d'ordre a intérêt à donner la lettre de garantie, car les banques prévoient toujours des clauses par lesquelles ce dernier leur paiera les commissions jusqu'à ce que la lettre soit rendue¹⁷⁸³.

¹⁷⁷⁹ Voir *supra*, n. 183. *Contra* DESSEMONTET, p. 101. Selon cet auteur, qui admet la garantie comme engagement abstrait, l'abstraction formelle a l'avantage d'éviter l'extinction des créances par confusion, soit par réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur.

¹⁷⁸⁰ BÜSSER, p. 129, n. 457. Les parties prévoient souvent des clauses relatives à la libération partielle du garant dans le contrat de garantie. *Idem*, p. 62, n. 214.

¹⁷⁸¹ İİD, 3.11.1966, E. 10795, K. 10869 (RKD, 1967, v. II, no. 2, p. 20) ; İİD, E. 4527, K. 4542, T. 25.6.1960 (AD 1960, no. 8, p. 592). Voir aussi ARKAN, Teminat, p. 70 ; KOSTAKOĞLU, p. 932 ; DOHM, Garantie, p. 94, n. 174.

¹⁷⁸² 11. HD, E. 1989/4046, K. 1990/8459, T. 27.12.1990 (www.kazanci.com.tr). En matière de garantie de durée déterminée, la restitution de la lettre de garantie par le bénéficiaire avant la date prévue crée une présomption selon laquelle ce dernier remet la dette du garant. Selon Yargıtay, la prudence veut que la banque demande au bénéficiaire, en plus de la restitution de la lettre, une manifestation écrite de la cause de cette restitution. 11. HD, E. 1989/4046, K. 1990/8459, T. 27.12.1990 (www.kazanci.com.tr). En revanche, on constate dans la pratique des clauses aux termes desquelles le bénéficiaire assume l'obligation de restituer la lettre de garantie au garant après la réalisation du but de la sûreté, ou après l'échéance du délai de validité. DOHM, Garantie, p. 94, n. 174.

Selon l'article 24 des RUGD, « lorsqu'une garantie a pris fin par paiement, expiration, mainlevée ou autrement, le fait de conserver la garantie ou un quelconque amendement y ayant été apporté ne confère aucun droit au bénéficiaire au titre de cette garantie. » GOODE, 107, SBS, p. 71.

¹⁷⁸³ TANDOĞAN, II, p. 882.

II. Extinction de la garantie de durée déterminée

A. Cautionnement

897. En principe, un contrat conclu pour une durée déterminée¹⁷⁸⁴ prend fin à l'expiration de cette durée. Mais pour le cautionnement, l'article 510 III CO prévoit que la caution est libérée si le créancier ne poursuit pas juridiquement l'exécution de ses droits dans les quatre semaines suivant l'expiration de ce terme¹⁷⁸⁵ et s'il ne continue pas ses poursuites sans interruption notable¹⁷⁸⁶. Ces deux conditions sont

¹⁷⁸⁴ La question de savoir si on est en présence d'un contrat de cautionnement de durée déterminée se résout selon l'acte de cautionnement et les circonstances. Voir ATF 125 III 435 (= rés. JdT 2000 I 608), ATF 50 II 245 (= JdT 1924 I 501). Pour les exemples d'interprétation, voir CR-MEIER, art. 510, n. 11 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 11 ; BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 10 ; GRASSINGER, p. 144 ss. Voir aussi 11. HD, E. 9314, K. 7377, T. 5.12.1988 (cité par REİSOĞLU, Kefalet, p. 234) ; 3. HD, E. 439, K. 354, T. 27.1.1975 (YKD 1975, v. 1, no. 6, p. 62) ; 11. HD, E. 8289 K. 8338, T. 9.7.1971 (cité par OLGAC, Akit, p. 525) ; TD, E. 1859, K. 400, T. 23.1.1968 (cité par OLGAC, Akit, p. 586) ; TD, E. 1992, K. 2036, T. 12.5.1967 (cité par OLGAC, Akit, p. 587) ; 3. HD, E. 1323 K. 1104, T. 22.2.1960 (AD 1960, p. 414) ; TD, E. 892, K. 1213, T. 30.4.1959 (cité OLGAC, Akit, p. 589) ; 3. HD, E. 2309, K. 1954, T. 2.4.1959 (cité par OLGAC, Akit, p. 588) ; İİD, E. 3273, K. 3252, T. 5.6.1958 (cité par OLGAC, Akit, p. 589) ; TD, E. 55/67661 K. 7480, T. 17.11.1955 (Son İç 1956, v. XI, no. 98, p. 2724) ; 4. HD, E. 2748, K. 3955, T. 5.11.1945 (cité par TUĞSAVUL, ÖZOĞUZ, p. 243) ; 4. HD, E. 2748 K. 3955, T. 5.11.1945 (cité par TEPECİ, p. 787) ; 4. HD, E. 1880 K. 1612, T. 3.12.1933 (cité par TEPECİ, p. 788). Il faut admettre qu'il s'agit d'un cautionnement de durée indéterminée en cas de doute, car ce résultat est conforme à sa fonction de garantie. ATF 125 III 435, 438, c. 2a (bb) (= rés. JdT 2000 I 608), RJB 74 522, 525, c. 3 ; CR-MEIER, art. 510, n. 11 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 11.

¹⁷⁸⁵ La créance en question est la créance cautionnée. ATF 125 III 322, 324 ss, c. 2 (= rés. JdT 2002 I 212) ; RVJ 2000 280, 281, c. 3b. Cette durée est d'« un mois » en droit turc (art. 493 COtr). Et il s'agit d'une durée de péremption. 13. HD, E. 2003/3257, K. 2003/7364, T. 5.6.2003 (www.kazanci.com.tr). Selon l'article 605 PCOtr, la caution est libérée *ex lege* à la fin de ce terme, sans qu'il y ait aucune durée de sursis.

¹⁷⁸⁶ L'article ne subordonne pas la libération de la caution à la condition qu'un dommage soit établi, preuve qui serait difficile à rapporter dans la plupart des cas vu la nature de ce dommage. Mais cette disposition subordonne la libération de la caution uniquement à une interruption notable des poursuites. ATF 64 II 191, 197, 4d (= JdT 1938 I 549, 557). Le créancier doit être diligent et la diligence requise est celle d'un créancier particulièrement diligent qui ne bénéficierait pas d'un cautionnement. En effet, il est tenu d'une diligence élevée à l'égard de la caution qui se justifie par le besoin de la protection de celle-ci. ATF 125 III 322, 324 ss, c. 2 (= rés. JdT 2002 I 212) ; ATF 108 II 199, 201, c. 3a (= JdT rés. 1983 I 220). Il faudra tenir compte du principe de la bonne foi (art. 2 CC). BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 12. Pour le sens

cumulatives. Le créancier doit tenter une poursuite, une action en justice, intervenir dans la faillite, le concordat ou dans l'inventaire successoral (art. 582 CC), exciper de son droit devant un juge ou un arbitre, dans la mesure où il y est tenu selon le type de cautionnement¹⁷⁸⁷. Si le cautionnement est un cautionnement simple, le créancier doit d'abord rechercher le débiteur principal et poursuivre la réalisation des gages avant de pouvoir rechercher la caution (art. 495 I et II CO). En revanche, si le cautionnement est un cautionnement solidaire, le créancier peut directement agir contre la caution, sous réserve du bénéfice de discussion réelle limitée (art. 496 II CO)¹⁷⁸⁸. Selon le Tribunal fédéral, cet article s'applique seulement à l'obligation principale et non à l'obligation subsidiaire découlant du cautionnement¹⁷⁸⁹. Quant au caractère notable de l'interruption, c'est au juge de le déterminer¹⁷⁹⁰. Cette durée de sursis (délai de grâce, « *Liquidationstadium* ») constitue un délai de péremption

des termes « interruption notable », la loi ne fournit aucune règle schématique. Mais, pour le Tribunal fédéral, en tant qu'elle fixe à quatre semaines le délai pour agir ou poursuivre, elle donne néanmoins une indication concernant la période après l'expiration de laquelle on peut raisonnablement exiger du créancier qu'il se montre actif pour faire avancer la procédure. Les circonstances particulières du cas, par exemple la surcharge des tribunaux, peuvent toutefois rendre admissible une inaction plus longue. En outre la caution peut elle-même consentir à des prolongations de la procédure. ATF 108 II 199, 201, c. 3a (= JdT rés. 1983 I 220).

¹⁷⁸⁷ Il ne suffit pas de mettre la caution en demeure ou de réclamer le paiement. RVJ 1980 280, c. 3b ; SJ 1988 641, 644, c. 2c. « *Die blosse Mahnung des Hauptschuldners oder des Bürgen reicht nicht aus*. Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 15 octobre 2003, 4C.114/2003, c. 2.2 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 336, r53). Voir aussi CR-MEIER, art. 510, n. 16 ; BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 11 ; REICHWEIN, p. 377.

¹⁷⁸⁸ TERCIER, Contrats, p. 897 ss, n. 6260 ss ; CR-MEIER, art. 510, n. 15 ss.

¹⁷⁸⁹ « Si les exigences de temps se justifient, pour la poursuite de la créance principale, par l'intérêt qu'a la caution à la clarification des conditions de sa responsabilité et de son montant [...], par la tendance de faciliter sa libération d'un engagement en règle générale unilatéral, et par la difficulté de déterminer le dommage en cas d'oubli ou de retard dans la réclamation (téléologique) de la condition de célérité à la poursuite de la créance de cautionnement ne se justifie pas, car le besoin de protection de la caution n'existe plus. » ATF 125 III 322, 325 ss, c. 3b (= rés. JdT 2002 I 212). Il suffit que le créancier indique à la caution qu'il entend faire valoir ses droits découlant du cautionnement.

¹⁷⁹⁰ CR-MEIER, art. 510, n. 19. La surcharge de certains tribunaux, invoquée par la recourante, ne justifie pas en soi une modification de cette jurisprudence, mais elle peut être prise en considération dans l'examen des circonstances du cas d'espèce s'il est prouvé qu'une inaction prolongée n'a pas pu être évitée, en raison de cette surcharge. ATF 108 II 199, 202, c. 3a (= JdT rés. 1983 I 220).

qui ne peut être ni suspendu ni interrompu¹⁷⁹¹ et la libération de la caution s'effectue automatiquement lorsque le créancier ne respecte pas ce délai¹⁷⁹².

898. La disposition de l'article 510 III CO est impérative et les parties peuvent diminuer cette durée de quatre semaines, ce qui améliore la position de la caution. Elles ne peuvent en revanche pas la prolonger d'avance¹⁷⁹³.

899. Selon l'alinéa 4 de l'article 510 CO, si la dette n'est pas exigible à l'échéance du cautionnement, la caution peut se libérer en fournissant des sûretés d'ordre réel qui doivent être vraisemblablement suffisantes pour préserver le créancier de tout dommage¹⁷⁹⁴. Si le créancier réalise les sûretés, la caution est subrogée à ses droits selon les articles 507 et 110 CO¹⁷⁹⁵.

900. Enfin, selon le dernier alinéa de l'article 510 CO, la caution qui ne fournit pas des sûretés demeure liée sous réserve des dispositions sur la durée maximum du cautionnement comme si cet engagement avait été convenu jusqu'à l'exigibilité de la dette (art. 510 V CO)¹⁷⁹⁶. Dès que la dette est exigible, le créancier bénéficie de la durée de quatre semaines de l'alinéa III de l'article 510 CO¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹¹ Et il doit être pris en considération d'office. 3. HD, E. 1323 K. 1104, T. 22.2.1960 (AD 1960, p. 414) ; SCYBOZ, p. 115 ; TERCIER, Contrats, p. 897, n. 6258. Les articles 207 et 297 LP doivent cependant être réservés. CR-MEIER, art. 510, n. 13.

¹⁷⁹² BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 12.

¹⁷⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 15 octobre 2003, 4C.114/2003, c. 2.2 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 336, r53) ; CR-MEIER, art. 510, n. 12 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 9. En droit turc, on admet que l'article 493 COtr n'est pas impératif. REİSOĞLU, Kefalet, p. 233. Voir cependant *supra*, n. 44 et l'article 587 III PCotr.

¹⁷⁹⁴ CR-MEIER, art. 510, n. 20 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 16 ; BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 16a. A la différence du cas de l'article 501 II CO, la caution qui fournit des sûretés se libère selon l'article 510.

¹⁷⁹⁵ CR-MEIER, art. 510, n. 20 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 16.

¹⁷⁹⁶ « Les parties peuvent convenir que le cautionnement ne sera maintenu, pour des dettes non exigibles à l'échéance de sa durée, qu'à la condition que le créancier en ait été avisé la caution dans un certain délai. » CR-MEIER, art. 510, n. 21.

¹⁷⁹⁷ CR-MEIER, art. 510, n. 21 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 16.

901. Cette disposition est applicable à tous les types de cautionnement de durée déterminée¹⁷⁹⁸, mais pas aux rapports récursives entre les cautions solidaires¹⁷⁹⁹.

B. Garantie indépendante

902. En règle générale, on peut dire que les parties fixent dans la majorité des cas une limite quant à la durée de la garantie¹⁸⁰⁰, « une date d'expiration »¹⁸⁰¹. Et la garantie prend fin à cette date¹⁸⁰². On parle alors de garantie de durée déterminée¹⁸⁰³. Le garant assume une responsabilité

¹⁷⁹⁸ ATF 54 II 289, 292, c. 4 ; CR-MEIER, art. 510, n. 10 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 9 ; REİSOĞLU, Kefalet, p. 233. Pour la caution solidaire, voir BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 14.

¹⁷⁹⁹ ATF 66 II 123, 126, c. 1 (= JdT 1940 I 453, 456 = rés. SJ 1940 607) ; CR-MEIER, art. 510, n. 10 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 9.

¹⁸⁰⁰ ZOBL, p. 38 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 213, n. 21.57. « L'autonomie du lien entre le garant et le bénéficiaire a pour conséquence que la garantie n'expire pas automatiquement à la fin du contrat de base. La pratique internationale précise alors la date limite de réception des demandes de paiement par la banque. Il va de soi que cette date doit être liée de façon réaliste à la période de soumission ou d'exécution du contrat, selon le cas... Il est aussi habituel de spécifier dans la garantie même que celle-ci cesse d'être valable si le garant n'a reçu aucune demande à la date de validité. Le fait de conserver le document ne devrait donc conférer, par lui-même, aucun droit au bénéficiaire et celui-ci devrait restituer le document au garant. » DOHM, Construction, p. 6.

¹⁸⁰¹ La date d'expiration de la garantie de soumission correspond à celle de l'offre. En cas de garantie de restitution d'acompte, elle expire normalement à la date à laquelle le donneur d'ordre a exécuté des prestations pour un montant égal à celui de l'acompte versé. Quant à la garantie de bonne exécution, la date d'expiration peut varier selon les différentes législations ou réglementations. Par ailleurs, elle est généralement déterminée par la garantie elle-même. La date d'expiration peut être celle de la remise du certificat de réception ou l'expiration d'une certaine durée après cette remise. DUBISSON, p. 117 ss.

¹⁸⁰² KLEINER, Bankgarantie, p. 213, n. 21.57. La détermination d'une date ne joue pas un rôle uniquement dans les relations entre le bénéficiaire et le garant, mais aussi dans les relations entre le garant et le donneur d'ordre, ce dernier étant tenu de payer des commissions que jusqu'à cette date limite. DOHM, Garantie, p. 93, n. 172. « Il sied encore de préciser que si la durée de la garantie est déterminée avec précision [...] elle ne peut être appelée ni avant son entrée en vigueur, ni après son extinction. » ATF 122 III 273, 276, c. 3a (bb) (= rés. JT 1997 I 223 ss).

¹⁸⁰³ Yargıtay a admis qu'une clause selon laquelle le garant est toujours obligé d'effectuer le paiement même après la date d'expiration est valable. TD, E. 69/3973, K. 1093, T. 17.3.1970 (cité par AKYAZAN, Ticaret, p. 178). En revanche, à notre avis, une telle clause transforme la garantie de durée déterminée en garantie de durée indéterminée.

pour une durée déterminée et le risque doit survenir dans les limites de cette durée¹⁸⁰⁴. En d'autres termes, si la garantie est donnée pour une durée déterminée et si le risque ne survient pas dans cette durée, le garant est libéré de toute son obligation de garantie¹⁸⁰⁵, à moins qu'un renouvellement automatique ne soit prévu dans la garantie¹⁸⁰⁶.

903. Lorsque le texte de la garantie prévoit une date d'expiration sans autre précision, il faut admettre que, avant cette date, non seulement le risque doit survenir mais aussi que le bénéficiaire doit faire effectivement appel à la garantie. La production des documents éventuellement exigés dans le texte de la garantie doit également intervenir avant cette date¹⁸⁰⁷. Si l'appel parvient avec retard au garant, il a l'obligation de refuser le paiement. Le risque inhérent à la communication de l'appel est à la charge du bénéficiaire¹⁸⁰⁸.

904. En effet, si on acceptait que l'appel à la garantie puisse se faire après l'expiration du délai, cela créerait une incertitude peu désirable dans la pratique¹⁸⁰⁹, comme cela a notamment été constaté en Turquie.

905. Initialement, la Cour de cassation turque qualifiait les lettres de garanties de cautionnement et leur appliquait donc les règles de prescription relatives à cette institution¹⁸¹⁰. Mais, avec le changement jurisprudentiel, c'est-à-dire depuis que la Cour a qualifié sans hésitation les

¹⁸⁰⁴ KAHYAOĞLU, p. 15 ; TEKİNALP, p. 376, n. 81 ; REİSOĞLU, Teminat, p. 69 ss ; BARLAS, Teminat, p. 25.

¹⁸⁰⁵ Si les parties prévoient une clause de « date d'expiration », ce qui est pratiquement toujours le cas, cette dernière détermine le délai dans lequel le bénéficiaire peut faire appel à la garantie. L'appel à la garantie a lieu en temps utile lorsqu'il a été déclaré avant l'échéance de cette date d'expiration. De même, tous les documents exigés pour l'appel à la garantie doivent être produits avant cette date. DOHM, Garantie, p. 93 ss, n. 173, p. 100 ss, n. 193. Le risque inhérent au service postal est supporté par le bénéficiaire. *Idem*, p. 94, n. 173, p. 101, n. 193. Voir aussi KLEINER, Bankgarantie, p. 214, n. 21.58 ; LOGOZ, p. 99.

¹⁸⁰⁶ Par exemple, ce renouvellement peut avoir lieu d'année en année. GUGGENHEIM, Bancaire, p. 324.

¹⁸⁰⁷ Voir ATF 119 II 132, 134, c. 5c (= rés. JdT 1994 I 320 = SJ 1993 492, 494).

¹⁸⁰⁸ LOGOZ, p. 99. En outre, elle a l'obligation de vérifier d'une manière sommaire que l'objet de la garantie corresponde au cas de garantie invoqué par le bénéficiaire. Cette condition n'est pas remplie si le bénéficiaire fait l'appel à la garantie pour couvrir l'inexécution d'un autre contrat que le contrat de base couvert par la garantie. *Idem*, p. 112 ss.

¹⁸⁰⁹ DOHM, Garantie, p. 93 ss, n. 173.

¹⁸¹⁰ « Les lettres de garanties émises par les banques sont certaines fois des cautionnements et d'autres fois des garanties indépendantes. » İİD, E. 4527, K. 4542, T. 25.5.1960 (cité par TUNÇOMAĞ, p. 979).

lettres de garantie à première demande de garantie indépendante, la question de la prescription est devenue plus importante¹⁸¹¹ et a divisé la doctrine.

906. Une partie des auteurs estimaient que le garant n'est plus responsable à la fin de la durée prévue dans la lettre puisque son engagement dépend de la demande de remboursement du créancier jusqu'à cette date. Par conséquent, si le créancier ne fait pas appel à la garantie, le garant est libéré. Si cette solution n'est pas admise, le garant reste obligé pendant encore dix ans (la durée de prescription ordinaire¹⁸¹²) à partir de la réalisation du risque, or cela est contraire à la justice. En effet, le garant aura alors le droit de garder les hypothèques et autres contre-garanties ainsi que de demander des commissions dix années durant ; il est impossible d'interpréter la volonté des parties de cette manière¹⁸¹³.

907. En revanche, pour une autre partie de la doctrine, il fallait admettre que la garantie était prescrite dix ans après de la survenance du risque à condition que celui-ci survienne dans la durée limitée.

908. Yargıtay a initialement accepté la première théorie¹⁸¹⁴ mais a ultérieurement changé son analyse¹⁸¹⁵.

909. Cette jurisprudence, qui acceptait le recours du créancier après la date prévue, était toutefois contraire à ce qui était appliqué par les banques au niveau international. Par conséquent, les banques turques se sont vu refuser des paiements des contre-garants étrangers et ont alors tenté de conclure des contrats de contre-garantie de durée illimitée ou de faire accepter des clauses selon lesquelles les contre-garants restaient obligés aussi longtemps que la banque garante l'était. Cela a entraîné une baisse dans les affaires internationales, car les banques étrangères n'acceptaient

¹⁸¹¹ İBK, E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 (RG 3.10.1969 13317). Cet arrêt de Yargıtay a été fortement critiqué par la doctrine turque, parce que les juges n'ont pas donné d'importance aux autres indices, comme les intérêts des parties, après avoir tranché pour une sûreté indépendante pour cause de clause de paiement à première demande. Voir KOCAMAN, p. 49 ss. Voir aussi İBK, E. 1966/16, K. 1967/7, T. 13.12.1967 (RG 5.4.1968 12867).

¹⁸¹² Selon Yargıtay, la créance de commission ne se prescrit pas par cinq ans, mais par dix ans à partir du moment où elle est devenue exigible. HGK, E. 1979/11-1915, K. 1982/865, T. 27.10.1982 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 934).

¹⁸¹³ TANDOĞAN, II, p. 886 ss.

¹⁸¹⁴ TD, E. 1339, K. 4037, T. 8.5.1971 (RKD 1972, p. 61).

¹⁸¹⁵ 11. HD, E. 4755, K. 5397, T. 1.12.1978 (cité par TANDOĞAN, II, p. 887, note. 89).

pas ces clauses ou demandait une commission « au-delà des limites de la logique¹⁸¹⁶ ».

910. Toutes ces évolutions ont poussé le législateur à ajouter un alinéa à l'article 110 COtr (111 CO). Selon cet alinéa, « pour les promesses de durée limitée, est admissible la clause selon laquelle la promesse sera invalide au cas où le stipulant n'effectuerait pas un appel écrit à la **garantie** vis-à-vis du porte-fort avant la fin de cette durée » (110 II COtr)¹⁸¹⁷.

911. A notre avis, même sous l'empire de l'ancien droit, il ne fallait pas admettre la théorie selon laquelle le garant restait responsable encore dix ans à partir de l'échéance de la garantie. En effet, la réalisation du risque et l'appel à la garantie dans les limites de la date d'expiration pouvaient être interprétés comme des conditions suspensives de l'obligation du garant et celui-ci ne s'était plus responsable à partir de cette date faute de réalisation des conditions.

III. Extinction de la garantie de durée indéterminée

A. Cautionnement

912. Dans le monde des affaires, les créanciers exigent exclusivement des cautionnements de durée indéterminée. Cela crée un risque pour la caution, notamment si le créancier omet de la rechercher dans les brefs délais malgré la réalisation de toutes les conditions de la mise en œuvre du

¹⁸¹⁶ REİSOĞLU, Teminat, p. 38 ss.

¹⁸¹⁷ En revanche, pour les lettres de garantie dépourvues de telles clauses, mais qui comprennent des clauses selon lesquelles la lettre de garantie est valable jusqu'à une date précise, Yargıtay admet que le garant restera engagé pendant dix ans à condition que le risque se réalise dans cette limite de temps. Cette prescription de dix ans commence à courir dès la réalisation du risque ; en d'autres termes, dès que la dette du garant est exigible. 19 HD, E. 89/6070, K. 90/6795, T. 22.10.1990 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 957) ; HGK E. 1981/11-1915, K. 1982/865, T. 27.10.1982 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 934) ; 11. HD, E. 1626, K. 5187, T. 6.7.1971. Voir aussi KAHYAĞLU, p. 16, 124, BARLAS, Teminat, p. 31, KOSTAKOĞLU, p. 934. S'il n'est pas possible de déterminer la date de la survenance du risque, la prescription de 10 ans va courir à partir de l'échéance de la durée. HGK, E. 1987/11-642, K. 1988/287, T. 30.3.1988 (YKD 1989, v. XV, no. 11, p. 1534). REİSOĞLU, Teminat, p. 103.

cautionnement et que la situation financière du débiteur s'aggrave dans ce laps de temps¹⁸¹⁸.

913. Pour améliorer la protection de la caution, le législateur de 1941 a introduit une nouvelle règle impérative¹⁸¹⁹ dans le droit du cautionnement. « Si le cautionnement a été donné pour un temps indéterminé, la caution peut, en tant qu'elle n'est recherchable qu'à ces conditions, demander à l'échéance de la dette que, dans le délai de quatre semaines¹⁸²⁰, le créancier poursuive juridiquement l'exécution de ses droits¹⁸²¹, introduise la poursuite en réalisation de gage qui pourrait exister et continue la poursuite sans interruption notable (art. 511 I CO)¹⁸²². » La caution n'a cependant pas le droit d'exiger d'être libérée¹⁸²³.

¹⁸¹⁸ CR-MEIER, art. 511, n. 1.

¹⁸¹⁹ CR-MEIER, art. 511, n. 3 ; BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 3. En revanche, Yargıtay ne l'admet pas comme une règle impérative. Selon la Cour de cassation turque, la caution peut renoncer aux droits accordés par les articles 493 et 494 COtr (art. 510, 511 CO). HGK, E. 2002/19-866, K. 2002/845, T. 23.10.2002 (Yargı Dınyası, Şubat 2003, no. 86, p. 29) ; HGK, E. 2002/19-426, K. 2002/513, T. 12.6.2002 (Yargı Dınyası, Ekim 2002, no. 82, p. 52) ; HGK, E. 1997/19-667, K. 1997/905, T. 19.11.1997 (www.kazanci.com.tr) ; 19. HD, E. 2000/8434, K. 2000/8577, T. 11.12.2000 (www.kazanci.com.tr).

¹⁸²⁰ Contrairement à l'article 510 CO, ce délai de quatre semaines ne commence pas à courir automatiquement, mais à partir de la réception par le créancier de la sommation adressée par la caution. Toutefois, si cette sommation a été faite avant l'exigibilité de la dette, ce qui est possible selon la doctrine, le délai de quatre semaines commence à courir à partir de son exigibilité. CR-MEIER, art. 511, n. 5. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 7. La sommation ne doit respecter aucune forme spéciale. CR-MEIER, art. 511, n. 6. Il n'est pas nécessaire que le délai de quatre semaines soit indiqué au créancier, ni que les termes de la loi soient repris dans la sommation. Néanmoins, il faut que les termes qui y sont employés indiquent de manière suffisamment claire que la caution a la volonté de contraindre le créancier à agir conformément à l'art. 511 CCO, c'est-à-dire à procéder au recouvrement de sa créance. Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 8 juillet 2003, 4C.58/2003, c. 2.3.1 (www.bger.ch = RSDA 2004, p. 336, r54). Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 4 ss ; BK-GIOVANOLI, art. 511, n. 4. Pour prendre ses effets, elle est soumise à la réception du créancier. BK-GIOVANOLI, art. 511, n. 4.

¹⁸²¹ Et cela envers le débiteur. BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 7.

¹⁸²² « Selon LP 215 I, les créances découlant de cautionnements du failli peuvent être produites dans la faillite quand bien même la créance n'est pas exigible. CO 511 ne trouve dès lors plus à s'appliquer, car la faillite entraîne la liquidation globale du patrimoine de la caution faillie. » CR-MEIER, art. 511, n. 3. Voir aussi ATF 56 III 154. BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 3 ; BK-GIOVANOLI, art. 511, n. 11.

¹⁸²³ CR-MEIER, art. 511, n. 2.

914. Dans ce cas, si l'on est en présence d'une caution simple, le créancier doit rechercher le débiteur et faire réaliser, le cas échéant, les gages (art. 495 CO)¹⁸²⁴. S'il s'agit d'une caution solidaire, le créancier peut la rechercher avant le débiteur principal. En revanche, s'il existe des gages, la caution solidaire peut demander qu'ils soient réalisés, à moins qu'elle n'ait renoncé à leur réalisation¹⁸²⁵. La caution peut toutefois demander au créancier d'agir contre les co-cautions en vertu de l'article 497 II CO¹⁸²⁶.

915. S'il s'agit d'une dette dont l'exigibilité peut être déterminée par un avertissement du créancier, la caution a le droit, un an après¹⁸²⁷ son engagement envers le créancier, de réclamer de lui qu'il donne cet avertissement et que, la dette étant devenue exigible, il poursuive juridiquement l'exécution de ses droits (art. 511 II CO). Le créancier ne doit pas dénoncer la dette principale dans les quatre semaines mais immédiatement, c'est-à-dire « dans les délais commerciaux usuels¹⁸²⁸ ». La caution est libérée si le créancier ne satisfait pas à cette sommation (art. 511 III CO)¹⁸²⁹. Le Tribunal fédéral n'exige aucune forme pour celle-ci¹⁸³⁰.

¹⁸²⁴ TERCIER, Contrats, p. 898 ss, n. 6269 ss ; CR-MEIER, art. 511, n. 8 ; BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 8 ; BK-GIOVANOLI, art. 511, n. 7a.

¹⁸²⁵ TERCIER, Contrats, p. 898 ss, n. 6269 ss ; TÜRK, p. 24. Le créancier pourra rechercher la caution directement, à moins que les conditions de l'article 496 I CO ne soient réalisées. ATF 54 II 289, 291 ss, c. 4 ; CR-MEIER, art. 511, n. 8 ; BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 8. La caution peut, dans ce cas-là, se servir de la faculté de l'article 501 II CO. CR-MEIER, art. 511, n. 8. Dans la doctrine turque, une partie des auteurs pense que l'article 494 I COtr (art. 511 I CO) ne peut pas s'appliquer en cas de cautionnement solidaire, car, selon l'article 487 COtr (496 CO), le créancier peut poursuivre la caution avant de rechercher le débiteur principal. Par contre, l'article 494 II CO (art. 511 II CO) doit être appliqué en cas de cautionnement solidaire. BARLAS, Teminat, p. 32.

¹⁸²⁶ CR-MEIER, art. 511, n. 8 ; BK-GIOVANOLI, art. 511, n. 8 ss ; BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 7 ; GUT, p. 81 ss.

¹⁸²⁷ La caution ne peut pas exiger cet avertissement avant l'échéance d'une année. En outre, le contrat de base doit autoriser le créancier à dénoncer la dette après une année, sinon la caution doit attendre jusqu'à ce qu'un tel avertissement puisse effectivement être donné. ATF 54 II 289, 292 ss, c. 5 ; CR-MEIER, art. 511, n. 10 ; BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 10.

¹⁸²⁸ CR-MEIER, art. 511, n. 11. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 11. Le créancier doit signifier à la caution l'avertissement qu'il a fait au débiteur conformément à l'article 501 III CO. A défaut de cette signification, la caution n'est pas libérée, mais elle a une exception dilatoire. CR-MEIER, art. 511, n. 11.

¹⁸²⁹ Elle est aussi libérée lorsque le créancier ne poursuit pas l'exécution de ses droits dans les quatre semaines dès l'échéance ou lorsqu'il marque une interruption notable

916. L'article 511 CO n'est applicable ni aux rapports récursives entre les cautions elles-mêmes, ni aux cautionnements d'officiers publics et d'employés, ni à une garantie de solvabilité fondée sur l'article 171 II CO¹⁸³¹. Elle n'est pas applicable non plus, par analogie, au contrat de garantie de l'article 111 CO¹⁸³².

B. Garantie indépendante

917. Il se peut que le libellé de la garantie ne prévoie pas de limite maximale de temps pour faire appel à la garantie (une date d'expiration) ; on parle alors de garantie de durée indéterminée¹⁸³³. En revanche, cette hypothèse est rare en pratique, surtout dans le domaine bancaire. En effet, une banque qui se porte garante **limite** son obligation non seulement quant au montant, mais aussi dans le **temps**¹⁸³⁴.

918. Selon Kleiner, la garantie restera en vigueur jusqu'à ce que le but prévu par elle tombe ou qu'une résolution contractuelle expresse inter-

dans les continuations des poursuites après l'avoir commencée. TD. 28.3.1958 E. 914/K. 90 (Son İç 1959, p. 3949) ; CR-MEIER, art. 511, n. 13 ; BK-GIOVANOLI, art. 511, n. 7. Une preuve du dommage subi n'est pas nécessaire. ATF 64 II 191, 197, c. 4d (= JdT 1938 I 549, 557).

¹⁸³⁰ ATF 54 II 289, 293, c. 5. Cependant, « une simple demande de libération, tout comme une <dénonciation> du cautionnement, ne saurait être considérée comme une sommation régulière au sens de l'art. 503. » ATF 64 II 191, 192, c. 1 (= JdT 1938 I 549, 552) ; ATF 43 II 511, 515 ss, c. 2 ; ATF 39 II 259, 262, c. 3 (= JdT 1914 I 386, 389) ; ATF 20 I 174, 179, c. 7.

¹⁸³¹ CR-MEIER, art. 511, n. 4. Voir aussi RSJ 72, n. 109, 360 ; BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 2.

¹⁸³² BaK-PESTALOZZI, art. 511, n. 2.

¹⁸³³ On définit la garantie de durée illimitée comme la garantie par laquelle le garant reste responsable envers le bénéficiaire de la survenance du risque jusqu'à la fin de la durée de prescription de la garantie. KAHYAOĞLU, p. 15 ; TEKİNALP, p. 376, n. 81 ; BARLAS, Teminat, p. 24. En revanche, pour Rossi, « en l'absence d'une limitation dans le temps, il faut présumer que la garantie entre en vigueur dès sa conclusion et arrive à échéance lorsque le bénéficiaire y fait appel ou lorsqu'elle a perdu toute raison d'être, soit lorsque le risque assuré ne peut plus se réaliser. » ROSSI, Garantie, p. 127, n. 410. Il est naturellement conseillé aux parties de prévoir une date d'expiration de ce contrat de manière à éviter des difficultés relatives à la détermination de la date jusqu'à laquelle le garant reste engagé. « Par ailleurs, il est en règle générale également prévu que le bénéficiaire a une obligation de restitution de l'instrument de garantie à la date d'expiration de la sûreté ou après la réalisation du but de cette dernière ». de GOTTRAU, I, p. 20.

¹⁸³⁴ DOHM, Garantie, p. 93, n. 172.

vienne¹⁸³⁵. En revanche, pour une autre partie de la doctrine, si les parties n'ont prévu aucune durée dans le contrat, il faudra, par voie d'interprétation, la limiter dans le temps¹⁸³⁶.

919. A notre avis aussi, bien qu'on ne puisse pas appliquer l'article 511 CO à la garantie¹⁸³⁷, il n'est pas admissible de laisser le garant engagé de manière éternelle. Il faudra limiter son engagement dans le temps en admettant une limite pour l'exigibilité de la dette de la garantie, en d'autres termes pour la durée de la réalisation du risque¹⁸³⁸. En déterminant cette limite, il faudra tenir compte de l'article 2 CC, de l'article 27 CC et de la nature de l'affaire. Lorsque la survenance ou la non survenance du risque dépend d'un fait du bénéficiaire, la doctrine admet que le garant a le droit de lui octroyer un délai « raisonnable » afin de s'accomplir (art. 2 CC). A défaut, le garant est libéré¹⁸³⁹.

IV. Extinction par l'expiration du délai légal

A. Cautionnement

920. A côté de l'article 500 CO qui prévoit une réduction légale pour la dette de la caution personne physique, l'article 509 CO prévoit des règles ayant pour but la protection de la personne physique qui se porte caution¹⁸⁴⁰. Selon cet article, le cautionnement souscrit par une personne physique ne peut durer qu'au maximum 20 ans (art. 509 III, 1^{ère} phrase). De caractère impératif¹⁸⁴¹, cette limitation doit être prise en considération

¹⁸³⁵ Dans ce cas, il n'existe pas de créance exigible qui pourrait faire courir un délai de prescription jusqu'à ce que le créancier fasse appel à la garantie. KLEINER, Bankgarantie, p. 249, n. 25.01.

¹⁸³⁶ Le droit suisse n'admet pas d'engagements éternels (art. 27 CC). Pour des exemples, voir ATF 93 II 29 (= JdT 1968 I 565); ATF 114 II 159 (= JdT 1989 I 2); GUGGENHEIM, Bancaire, p. 324. En outre, selon Dohm, une garantie illimitée dans le temps serait concevable juridiquement, mais, selon les principes de la pratique du droit international bancaire, toute obligation d'une banque n'est pas seulement limitée dans son montant mais aussi dans son délai. DOHM, Garantie, p. 93, n. 172.

¹⁸³⁷ ZOBL, p. 48. Voir *supra*, n. 916.

¹⁸³⁸ La prescription de l'obligation du garant va courir à partir de cette date.

¹⁸³⁹ OĞUZMAN, ÖZ, p. 787 ss.

¹⁸⁴⁰ BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 11; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 22.

¹⁸⁴¹ CR-MEIER, art. 509, n. 14; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 22. Par contre, un cautionnement d'une durée supérieure à 20 ans n'est *a priori* pas nul, mais on admet qu'il ne dure que 20 ans. BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 24.

d'office par le juge¹⁸⁴². Elle s'applique à tous les types de cautionnements, même si la caution est souscrite pour une dette future¹⁸⁴³; mais elle ne s'applique en revanche pas aux cautionnements qui sont donnés par des personnes morales, par une société en nom collectif ou en commandite¹⁸⁴⁴. La durée de vingt ans commence à courir dès la conclusion du cautionnement, même lorsqu'il est accordé pour une dette future¹⁸⁴⁵.

921. Ce délai de vingt ans court dès la conclusion du contrat de cautionnement¹⁸⁴⁶. L'expiration du délai éteint de plein droit le cautionnement, même s'il a été convenu pour une durée plus longue¹⁸⁴⁷.

922. Pendant la dernière année, la caution peut être recherchée même si elle est engagée pour un délai plus long, à moins qu'elle n'ait précédemment prolongé le cautionnement ou ne l'ait remplacé par un nouveau (art. 509 IV CO). De son côté, le créancier doit prendre les mesures prévues à l'article 510 III CO avant la fin de la dernière année et les poursuivre sans interruption notable¹⁸⁴⁸.

923. Les parties peuvent convenir de prolonger le cautionnement au plus pour dix ans. La prolongation peut se faire en la forme écrite même si le cautionnement requiert la forme authentique (art. 509 V CO)¹⁸⁴⁹. Cependant, le renouvellement ne peut avoir lieu avant la dernière année du délai (art. 509 V 2 CO). Un renouvellement antérieur serait nul et une seule prolongation est admise¹⁸⁵⁰. Mais rien n'empêche les parties de

¹⁸⁴² BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 12; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 23.

¹⁸⁴³ CR-MEIER, art. 509, n. 15; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 23.

¹⁸⁴⁴ L'article 509 III 2 CO y apporte certaines exceptions parmi lesquelles figurent les cautionnements de dettes de droit public envers la Confédération ou ses établissements de droit public ou envers un canton, comme les droits de douane, les impôts et autres droits semblables et les cautionnements de transport, ainsi que les cautionnements d'officiers publics et d'employés et les cautionnements de prestations périodiques.

¹⁸⁴⁵ BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 23.

¹⁸⁴⁶ BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 12. Soit, lors de l'acceptation par le créancier de la déclaration de volonté de la caution et non lors de l'émission de celle-ci. CR-MEIER, art. 509, n. 17; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 23.

¹⁸⁴⁷ Aucune obligation naturelle ne subsiste après l'expiration de ce délai. CR-MEIER, art. 509, n. 17; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 12.

¹⁸⁴⁸ CR-MEIER, art. 509, n. 18; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 33; HEMMELER, p. 51.

¹⁸⁴⁹ Selon Meier, l'accord du conjoint est nécessaire. CR-MEIER, art. 509, n. 19. *Contra* BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 16; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 25a.

¹⁸⁵⁰ CR-MEIER, art. 509, n. 19.

conclure un nouveau cautionnement sans avoir à craindre une éventuelle annulation pour cause de contournement de l'article 509 III CO¹⁸⁵¹.

924. Pour sauvegarder les intérêts du créancier, la loi prévoit que si la dette est exigible moins de deux ans avant la fin du cautionnement, soit dans la 19^{ème} ou 20^{ème} année et que le créancier n'a pas pu la dénoncer avant ce terme, la caution peut être recherchée sans que le débiteur ou les gages soient préalablement mis à contribution et ce quelle que soit la nature du cautionnement (art. 509 VI CO). Dans un tel cas, la caution perd ses bénéfices de discussions personnelle ou réelle¹⁸⁵².

925. Cependant, pour sauvegarder cette fois les intérêts de la caution, le législateur lui permet d'exercer son droit de recours envers le débiteur principal avant l'exigibilité de la dette principale si elle a payé, même volontairement, avant celle-ci en raison de la faculté accordée au créancier par cet article (art. 509 VI 2^{ème} phrase CO).

B. Garantie indépendante

926. L'article 509 CO n'est pas applicable aux contrats de garantie. On ne peut tenir compte que de l'article 2 CC et de la nature de l'affaire, et y ajouter le délai de prescription pour trouver la durée maximale durant laquelle le garant sera tenu.

927. Mais comme nous venons de le dire, en pratique, la plupart du temps, les parties prévoient une date d'expiration pour les garanties. S'ils n'ont déterminé aucune date, il faudra tenir compte de ce que nous venons de dire au paragraphe précédent.

¹⁸⁵¹ CR-MEIER, art. 509, n. 20. En revanche, les parties doivent respecter les conditions de forme pour conclure un nouveau cautionnement. BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 16 ; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 26.

¹⁸⁵² Le créancier doit néanmoins attendre le début de la dernière année pour rechercher la caution CR-MEIER, art. 509, n. 21 ; BaK-PESTALOZZI, art. 509, n. 14.

V. Résolution du contrat

A. Cautionnement

928. Lorsque le cautionnement concerne une dette future qui n'a pas encore pris naissance¹⁸⁵³ et que la situation du débiteur s'aggrave sensiblement depuis le jour où la caution s'est engagée¹⁸⁵⁴ ou qu'il s'avère subséquemment que la situation financière du débiteur est notablement moins bonne qu'elle l'avait admise de bonne foi¹⁸⁵⁵, la caution peut révoquer son engagement par une déclaration écrite au créancier (art. 510 I CO)¹⁸⁵⁶. C'est une règle ayant sa place dans le Code pour des raisons d'équité. Etant donné que le cautionnement est en général fourni gratuitement, cette règle permet à la caution de demander au créancier de renoncer à la garantie qu'il avait obtenue¹⁸⁵⁷. Malgré sa note marginale, il

¹⁸⁵³ « La dette principale a pris naissance, au sens de cette disposition, dès que le rapport juridique de base qui la fonde a définitivement pris naissance. » CR-MEIER, art. 510, n. 5. Voir aussi BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 4, BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 5. Si le créancier s'est déjà exécuté ou bien s'il peut être contraint de s'exécuter, la caution ne peut pas révoquer son engagement. « Le cautionnement ne constitue donc pas un accessoire du contrat de couverture de crédit, mais bien l'accessoire des obligations résultant pour les bénéficiaires du compte de crédit des sommes perçus par eux, et il est évident que le cautionnement pouvait seulement signifier que les cautions répondaient envers le bénéficiaire des obligations incombant à ceux-ci par le fait d'avoir touché des sommes d'argent conformément au crédit qui leur avait été ouvert ». ATF 49 II 167, 181, c. 4 (= JdT 1924 I 66, 75). La résolution est exceptionnellement admise lorsque la dette a pris naissance mais que le créancier a la possibilité de refuser l'exécution du fait de l'insolvabilité du débiteur principal (art. 83 CO), ce qui n'est pas admis lorsque le créancier agit selon l'article 107 CO. CR-MEIER, art. 510, n. 5 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 4.

¹⁸⁵⁴ La situation financière doit être notablement plus mauvaise que la caution ne l'avait admis de bonne foi. Les motifs de changement, qu'ils soient dus à la faute du débiteur ou à l'évolution de l'économie, sont sans effet. C'est le juge qui doit l'apprécier. BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 6. C'est une application de la « *clausula rebus sic stantibus* ». CR-MEIER, art. 510, n. 6 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 6 ; BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 3.

¹⁸⁵⁵ Il s'agit d'un cas d'application de l'erreur essentielle sur les motifs avec des conséquences différentes (art. 24 ch. 4 CO). CR-MEIER, art. 510, n. 6 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 6 ; BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 4.

¹⁸⁵⁶ Il s'agit d'un droit formateur résolutoire soumis à réception. BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 4 ; BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 7. La résolution de la caution n'est valable que si le créancier a reçu la révocation écrite avant l'exigibilité de la dette provenant du contrat de base. La date de délivrance de cette révocation est sans importance. BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 5.

¹⁸⁵⁷ CR-MEIER, art. 510, n. 2 ; BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 3.

s'agit d'une résolution¹⁸⁵⁸. Cette résolution, qui est applicable aux cautionnements de durée déterminé comme aux cautionnements de durée indéterminée¹⁸⁵⁹, a lieu avec un effet rétroactif (*ex tunc*)¹⁸⁶⁰. La règle est impérative¹⁸⁶¹. La caution doit rapporter la preuve de la réalisation des conditions (art. 8 CC).

929. L'article 510 CO ne se borne pas à conférer un tel droit à la caution mais, pour rétablir l'équilibre entre les intérêts du débiteur et de la caution, prévoit que la caution doit réparer l'intérêt négatif du créancier (art. 510 II CO)¹⁸⁶².

930. Une faute du débiteur n'est pas nécessaire pour que la caution puisse exercer ce droit¹⁸⁶³.

B. Garantie indépendante

931. La règle de l'article 510 I CO trouve sa raison d'être dans l'équité. Autrement dit, cette disposition ne concerne pas le caractère accessoire du cautionnement, mais tendent à sauvegarder les intérêts de la caution, partie réputée faible. Il serait préférable d'admettre son application analogique quand le garant est une personne physique non rompue aux affaires, le besoin de protection du garant étant tout aussi important que celui de la caution.

¹⁸⁵⁸ CR-MEIER, art. 510, n. 5.

¹⁸⁵⁹ BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 3 ; BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 9. Et cela, bien que sa note marginale ne parle que des cautionnements pour un temps déterminé. TERCIER, Contrats, p. 899, n. 6273 ; CR-MEIER, art. 510, n. 2.

¹⁸⁶⁰ TERCIER, Contrats, p. 899, n. 6277. Les cocautions sont libérées lorsque les conditions de l'article 497 III CO sont réalisées. CR-MEIER, art. 510, n. 8.

¹⁸⁶¹ CR-MEIER, art. 510, n. 2.

¹⁸⁶² BaK-PESTALOZZI, art. 510, n. 7 ; BK-GIOVANOLI, art. 510, n. 8. Cela suppose que le créancier était de bonne foi. CR-MEIER, art. 510, n. 9.

¹⁸⁶³ LOMBARDINI, p. 608, n. 138.

VI. Confusion des qualités de débiteur et de garant

A. Cautionnement

932. L'article 509 II dispose que si les qualités du débiteur et celle de caution se trouvent réunies dans la même personne, le cautionnement prend fin¹⁸⁶⁴ étant donné qu'une personne ne peut se porter caution pour sa propre dette¹⁸⁶⁵. Cette situation peut se produire surtout lorsque la caution hérite du débiteur principal.

933. Une telle confusion n'est pas visée par l'article 118 CO, qui régit la confusion des qualités de débiteur et de créancier, car dans le cas visé par l'article 509 II CO, ce sont les qualités de débiteur principal et celle de caution qui sont réunies dans une seule et même personne.

934. Mais le législateur ajoute que le créancier conserve les avantages particuliers qui résultent pour lui du cautionnement, et afin de sauvegarder (art. 509 II). Ces avantages peuvent être notamment les gages fournis par la caution, l'existence d'un certificateur de la caution ou encore une clause pénale souscrite par la caution¹⁸⁶⁶.

B. Garantie indépendante

935. Tout comme en matière de cautionnement, il faut admettre que la confusion des qualités de débiteur principal et celle de garant met fin à la garantie ; en effet une personne ne peut pas se porter garante pour sa propre dette¹⁸⁶⁷.

936. A notre avis, on peut admettre l'application analogique de l'article 509 II CO à la garantie, car l'équité exige que le créancier qui perd la garantie de sa créance par une telle confusion conserve les avantages particuliers qui résulte pour lui de la garantie. On peut notamment imaginer, comme pour le cautionnement, que le créancier continuera à garder les gages constitués par le garant pour sa dette de garantie ou qu'il

¹⁸⁶⁴ Pour Tercier, il n'y a pas ici une confusion à proprement parler parce qu'il n'y a pas non plus de réunion des qualités de débiteur et de créancier. TERCIER, Contrats, p. 897, n. 6256.

¹⁸⁶⁵ CR-MEIER, art. 509, n. 12 ; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 12.

¹⁸⁶⁶ CR-MEIER, art. 509, n. 13.

¹⁸⁶⁷ Voir *supra*, n. 183 ss.

pourra se prévaloir de la clause pénale stipulée en vue de l'exécution de la garantie.

VII. Prescription

A. Cautionnement

937. La dette de la caution se prescrit par dix ans (art. 127 CO)¹⁸⁶⁸ et la prescription court dès que la créance découlant du cautionnement est exigible (art. 130 I CO). Sous réserve de l'article 501 III CO, l'exigibilité de l'obligation principale et celle de l'obligation de la caution sont simultanées, la dette de la caution ne pouvant en aucun cas être exigible avant la dette principale. En revanche, les parties au cautionnement peuvent différer l'exigibilité de la dette accessoire.

938. Ce délai est valable même si la dette principale est imprescriptible (art. 807 CC) parce que l'obligation de la caution est différente de l'obligation principale.

939. La prescription interrompue contre le débiteur principal l'est également contre la caution, car l'obligation de celle-ci est accessoire (art. 136 II CO)¹⁸⁶⁹.

940. En règle générale, dans les contrats à durée déterminée, le créancier garde son droit d'action dès l'exigibilité de sa créance jusqu'à ce que la prescription soit acquise, même si la date de cette acquisition est postérieure à la durée maximale du contrat. L'article 510 III CO prévoit une dérogation à ce système. Selon cet article, si le cautionnement est un cautionnement de durée déterminée, la caution est libérée si le créancier ne poursuit pas juridiquement l'exécution de ses droits dans les quatre semaines qui suivent l'expiration de cette durée et s'il continue ses poursuites sans interruption notable. Dans cette hypothèse, le créancier ne peut plus actionner la caution bien qu'il en ait encore le temps selon l'article 127 ss CO.

¹⁸⁶⁸ 4. HD, E. 24, K. 717, T. 3.2.1950 (cité par ÖZTÜRK, ERULUÇ, AKÇOLLU, ŞENTÜRK, p. 359), 4. HD, E. 24, K. 717, T. 3.2.1950 (cité par OLGAC, Akit, p. 526).

¹⁸⁶⁹ CR-MEIER, art. 509, n. 10 ; BK-GIOVANOLI, art. 509, n. 16.

B. Garantie indépendante

941. Selon l'article 127 CO, toutes les actions se prescrivent par dix ans lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement, et selon l'article 130 CO, la prescription court dès que la créance est devenue exigible, ce qui est d'ailleurs valable pour les contrats de garantie¹⁸⁷⁰.

942. La prescription est donc de dix ans dès l'exigibilité de la dette garantie¹⁸⁷¹ et celle-ci est exigible lorsque la prestation du tiers promise par le garant n'est pas exécutée dans la durée convenue par les parties¹⁸⁷².

943. En revanche, pour une partie de la doctrine, « le *dies a quo* est celui de l'exigibilité du fait promis, ou celui de la création de la promesse de porte-fort, à supposer que rien ne se déclenche la garantie dans la décennie et que A et B ne soient pas convenus d'une validité supérieure à dix ans. »¹⁸⁷³ A notre avis, cette opinion tend à limiter la durée de la garantie en matière de garantie à durée illimitée. Toutefois, le texte clair de l'article 130 CO exclut la possibilité d'admettre que le *dies a quo* est celui de la création de la garantie. La prescription ne peut courir qu'après la survenance du risque et du non-paiement (ou de l'« inexécution ») de la part du débiteur principal.

944. De même, pour les garanties à première demande, la doctrine se pose la question suivante : la prescription commence-t-elle à courir à partir de la conclusion du contrat¹⁸⁷⁴ ? Si on admettait que la créance naît

¹⁸⁷⁰ BÜSSER, p. 238, n. 798 ss ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 362, n. 4175. « *Die Verpflichtung des Garanten wird fällig, wenn die zum Vertragsgegenstand gemachte Leistung des Dritten nicht zur vorgesehenen Zeit erfolgt.* » RSJ 48, n. 84, 224, 225. Voir aussi BECKER, art. 111, n. 6 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 788. Ces derniers auteurs n'admettent pas que la prescription commence à courir à partir de la conclusion du contrat.

¹⁸⁷¹ « *Bei der Verjährungsfrist handelt es sich um die zehnjährige gemäss art. 127 OR, welche mit Fälligkeit der Garantienleistung, d.h. mit Eintritt des Garantiefalles zu laufen beginnt.* » SPAINI, p. 151. Voir aussi ATF 122 III 426, 431, c. 5c (= JdT 1998 I 171, 176).

¹⁸⁷² Et l'exigibilité de la dette de garantie ne dépend ni de l'avertissement ni d'une fixation de délai par le bénéficiaire, car le garant ne s'oblige pas à exécuter cette prestation, mais à réparer le dommage dû à l'inexécution de la prestation. BaK-PESTALOZZI, art. 111, n. 12. Contrairement au cautionnement simple, la prétention du bénéficiaire est indépendante de la déclaration de faillite, de tout sursis concordataire ou encore de la délivrance d'un acte de défaut de biens (495 I CO). Voir *supra*, n. 886.

¹⁸⁷³ ENGEL, Obligations, p. 434. Voir aussi SPAINI, p. 151 ; BK-WEBER, art. 111, n. 154. RSJ 48, n. 84, 224, 225.

¹⁸⁷⁴ DOĞAN, p. 216.

au moment de la conclusion de contrat l'appel, on pourrait répondre affirmativement. En revanche, même en matière de garantie à première demande, le bénéficiaire n'a aucune créance vis-à-vis du garant tant que la condition (la réalisation du risque garanti) n'est pas réalisée¹⁸⁷⁵ et la prescription ne peut courir qu'à partir de ce moment-là.

945. Les causes qui empêchent ou interrompent la prescription de l'obligation garantie n'affectent pas l'obligation du garant¹⁸⁷⁶, puisqu'elles sont indépendantes l'une de l'autre.

946. Enfin, les banques reçoivent les commissions de leurs clients¹⁸⁷⁷. Il s'agit de redevances périodiques au sens l'article 128 CO. Ce dernier article est donc applicable aux dettes de commissions du donneur d'ordre¹⁸⁷⁸.

§3 CESSIION DE LA CRÉANCE PRINCIPALE ET REPRISE DE DETTE PRINCIPALE

947. Avant de conclure sur l'extinction des dettes découlant du cautionnement et de la garantie, nous devons étudier la cession de la créance principale et la reprise de dette principale.

¹⁸⁷⁵ Pour Reisoğlu aussi, ce point de vue est complètement erroné et contraire au caractère des lettres de garantie, car avec ces dernières, on garantit un risque et, avant la survenance de ce risque, on ne peut pas parler d'un engagement de paiement. REİSOĞLU, Teminat, p. 104. Voir aussi TANDOĞAN, II, p. 892.

¹⁸⁷⁶ REİSOĞLU, Teminat, p. 105.

¹⁸⁷⁷ Cette obligation de payer des commissions dure jusqu'à la fin de la durée de garantie s'il s'agit d'une garantie à durée limitée. En revanche, si la garantie est accordée pour une durée illimitée, Yargıtay admet que les commissions doivent être payées jusqu'à ce que la lettre de garantie soit rendue à la banque. HGK E. 1979/11-1915, K. 1982/865, T. 27.10.1982 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 934).

¹⁸⁷⁸ BARLAS, Teminat, p. 92, TEKİNALP, p. 397, n. 122, KOSTAKOĞLU, p. 935. Cependant, Yargıtay n'a pas appliqué cet article et a retenu que la prescription des dettes de commission est de dix ans selon l'article 129 CO. HGK E. 1978/11-574, K. 1980/2510, T. 28.11.1980 (YKD 1981, v. VII, no. 3, p. 276) ; HGK E. 1979/11-1915, K. 1982/865, T. 27.10.1982 (cité par KOSTAKOĞLU, p. 934).

I. Cession de la créance principale

948. Par la cession de la créance, le cédant transfère son droit au cessionnaire qui, de ce fait, devient créancier en lieu et à la place de cédant¹⁸⁷⁹. Selon l'article 164 CO, le créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur, à moins que la cession ne soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire.

949. En matière de garanties, deux questions se posent : « la cession de la créance principale entraîne-t-elle celle de la créance de la garantie ? » et « la créance garantie peut-elle être cédée indépendamment de la créance principale ? »

A. Cautionnement

950. La cession de la créance principale entraîne celle de la caution (art. 170 I CO) à moins que le cédant et le cessionnaire ne conviennent que le cautionnement ne sera pas transféré. Dans ce cas, le cautionnement sera caduc puisqu'il ne peut pas avoir une existence indépendante de tout autre rapport juridique¹⁸⁸⁰.

B. Garantie indépendante

951. La même solution s'applique-t-elle aux contrats de garantie? En d'autres termes, peut-on dire que lorsque la créance principale est cédée, la garantie de cette dernière suit le même sort? La question revêt beaucoup d'importance en pratique¹⁸⁸¹.

952. Pour la doctrine majoritaire, la cession du contrat de base n'entraîne pas celle de la garantie, car il n'y a pas de relation d'accessorité entre la créance garantie et la créance de garantie. La garantie, en tant que sûreté indépendante, ne suit pas le sort de la créance découlant du contrat

¹⁸⁷⁹ CR-PROBST, art. 164, n. 1.

¹⁸⁸⁰ ATF 78 II 57, 60 (= rés. JdT 1953 I 318 = SJ 1952, 545, 548).

¹⁸⁸¹ Surtout, pour la Suisse, un cas particulièrement important est celui dans lequel le bénéficiaire suisse, en tant que bénéficiaire d'une garantie de paiement du donneur d'ordre étranger, veut céder sa prétention dans le cadre d'un escompte à forfait (acte par lequel le bénéficiaire cède au forfait sa créance contre le donneur d'ordre) ; le cas échéant, il lui cède en même temps la créance en paiement découlant de la garantie bancaire. DOHM, Garantie, p. 98, n. 184.

de base ; elle ne constitue pas un droit de préférence ou un droit accessoire au sens de l'article 170 I CO. La créance de la garantie bancaire doit donc faire l'objet d'une cession expresse et séparée¹⁸⁸².

953. Kahyaoğlu est d'avis que le caractère indépendant de la garantie ne doit cependant pas empêcher l'application de l'article 170 CO, car le cautionnement et la garantie indépendante ont la même fonction économique. Selon cet auteur, le but de cet article ne tire pas sa *ratio legis* de l'accessorité d'un droit mais de la « garantie d'une créance » qui est valable tant pour les garanties indépendantes que pour les garanties accessoires¹⁸⁸³.

954. Selon Rossi aussi, il faut admettre comme principe que la garantie suit la créance principale en cas de cession de celle-ci. En revanche, s'il ressort de la nature de l'affaire que la garantie a été octroyée en faveur d'un bénéficiaire particulier, il convient d'admettre qu'elle ne suit pas le sort de la créance principale¹⁸⁸⁴.

955. Il est vrai que les fonctions économiques semblables de la garantie et du cautionnement nous poussent à réfléchir sur l'applicabilité de l'article 170 CO aux garanties. Toutefois, il ne faut pas admettre que la garantie suit le sort de la dette principale ; en effet, on ne peut pas comparer les deux contrats de sûreté personnelle sur le sujet de la cession légale, et ce pour plusieurs raisons.

956. Premièrement, pour la plupart des garanties, on peut dire que le garant tient compte de la personne, de la fiabilité du créancier, surtout quand il s'agit de la garantie à première demande étant donné les risques d'appel abusif¹⁸⁸⁵. Même pour Rossi, qui admet en principe la *cessio legis* pour les garanties indépendantes, « il est vrai que les garanties bancaires à première demande sont souvent délivrées au profit d'un bénéficiaire déterminé, avec lequel le donneur d'ordre entretient un rapport de

¹⁸⁸² DOHM, Garantie, p. 98, n. 185 ; ROESLE, p. 115 ; de GOTTRAU, I, p. 21 ; KLEINER, Bankgarantie, p. 243, n. 23.02 ; SPAINI, p. 29, 109 ; BÜSSER, p. 182, n. 616. Parce que le but de la garantie est différent de celui du contrat de base. BÜSSER, p. 182, n. 616 ss. La cession de la créance découlant de la garantie bancaire doit, le cas échéant, faire l'objet d'une cession de créance expresse et séparée. DOHM, Garantie, p. 98, n. 185. Voir aussi ZOBL, p. 51.

¹⁸⁸³ KAHYAOĞLU, p. 105.

¹⁸⁸⁴ ROSSI, Garantie, p. 135 ss, n. 459 ss.

¹⁸⁸⁵ Nous n'imaginons guère, par exemple, qu'une banque accorde encore une garantie à un créancier qui a déjà fait un appel abusif sur la cause d'une autre garantie bancaire antérieure entre ces mêmes parties ; ce qui démontre, à notre avis, la relation *intuitu personae* dans cas de la garantie indépendante.

confiance particulier découlant par exemple d'une longue relation contractuelle. »¹⁸⁸⁶ Dès lors, il faudra plutôt admettre que la créance de la garantie est inséparable de la personne du cédant et qu'elle ne suivra pas automatiquement le transfert de la créance principale (art. 170 I CO).

957. Deuxièmement, la garantie à première demande crée une obligation conditionnelle suspensive en ce sens que le garant est autorisé, voire obligé de payer au cas où le risque a lieu et si le bénéficiaire fait l'appel pour autant qu'il ait été déterminé. En d'autres termes, lorsqu'il s'agit d'une garantie à première demande, la créance contre la banque est expressément subordonnée à la condition qu'un bénéficiaire précisément mentionné dans la garantie fasse l'appel. Dès lors, si le tiers cessionnaire déclare le paiement à la banque, celle-ci doit refuser cette déclaration au motif qu'elle est insuffisante, sauf si la garantie avait été préalablement modifiée avec l'accord de la banque, en ce sens que la déclaration peut être faite même par le cessionnaire¹⁸⁸⁷. Le garant qui effectue le paiement malgré l'absence de réalisation des conditions perd son droit au remboursement envers le donneur d'ordre (art. 402 I CO)¹⁸⁸⁸.

958. Enfin, même en ce qui concerne la garantie conclue sans avoir le caractère *intuitu personae*, il faudra plutôt admettre que la garantie ne va pas suivre la cession de la créance principale, car, selon l'article 502 CO, la caution a le droit d'opposer au créancier toutes les exceptions appartenant au débiteur principal et selon l'article 169 CO, le débiteur peut opposer au cessionnaire, comme il aurait pu les opposer au cédant, les exceptions qui lui appartiennent au moment où il a eu connaissance de la cession. Si on examine les deux articles en parallèle, on peut dire que la caution, elle aussi, a le droit d'opposer les exceptions dont dispose le débiteur cédé envers le créancier originaire. On peut donc dire que la caution est bien protégée par la loi ; ce n'est pas le cas pour les garanties indépendantes.

959. Il faut donc admettre que la cession de la créance principale n'entraîne pas celle de la garantie. Pour Rossi, la garantie ne devient pas caduque lorsque le cédant de l'obligation principale la retient pour lui-

¹⁸⁸⁶ ROSSI, Garantie, p. 136, n. 463.

¹⁸⁸⁷ Il s'agit là d'une condition à la naissance même de la créance. DOHM, Garantie, p. 98 ss, n. 186. Voir aussi ZOBL, p. 51 ; BÜSSER, p. 182 ss, n. 618 ss.

¹⁸⁸⁸ Dans ce sens, voir aussi *supra*, n. 690, 714, 740.

même¹⁸⁸⁹. Cependant, il n'est plus en droit de demander son paiement parce qu'il renonce à la prestation assurée en la cédant à un tiers¹⁸⁹⁰.

960. En pratique turque, Yargıtay n'admet pas non plus la cessibilité de la créance garantie sans le consentement du garant ; ce dernier est donc libéré dès que la créance qu'il a garanti est cédée sans son consentement¹⁸⁹¹.

II. Cession de la créance de la garantie

A. Cautionnement

961. Le Tribunal fédéral admet qu'il n'est pas possible de céder la créance découlant du contrat de cautionnement sans céder la créance principale en fondant son raisonnement sur le droit de subrogation légale de la caution qui a désintéressé le créancier. Selon le Tribunal fédéral, qui suit principalement l'avis de von Tuhr, le cautionnement constitue un droit accessoire qui n'a pas d'existence hors de son union avec la créance principale. Cela ressort nettement de l'article 170 CO qui dispose que la cession d'une créance comprend les droits accessoires, ce qui ne s'explique que parce qu'ils sont inséparables de celle-là. Le cédant ne peut pas retenir pour lui un droit accessoire tel que le cautionnement, ce droit deviendrait en effet caduc, et il ne peut pas non plus le céder de manière isolée. Selon la Cour de cassation, la cession par le créancier des seuls droits dérivant du cautionnement se révèle aussi entièrement incompatible avec la disposition de l'article 507 CO aux termes de laquelle la caution est subrogée aux droits du créancier à concurrence de ce qu'elle a payé. Dans une telle hypothèse, c'est-à-dire si on suppose que la créance de cautionnement est cessible, le cessionnaire deviendrait réellement le titulaire de cette créance. En conséquence, il serait non seulement autorisé à la faire valoir, car la cession de créance confère le droit lui-même, mais il aurait aussi la faculté de l'exercer. Cependant, le paiement qui serait fait au créancier du cautionnement agissant en son propre nom ne pourrait pas avoir pour conséquence de transférer à la caution la créance contre le débiteur principal car cette créance serait, par hypothèse, restée au cédant. La subrogation légale ne peut sortir ses effets que si les qualités de

¹⁸⁸⁹ ROSSI, Garantie, p. 136, n. 464.

¹⁸⁹⁰ KLEINER, Bankgarantie, p. 243, n. 23.02.

¹⁸⁹¹ 11. HD, E. 1990/7824, K. 1992/5567, T. 21.4.1992 (www.kazanci.com.tr).

titulaire de la créance garantie et de créancier à raison du cautionnement sont réunies dans la même personne¹⁸⁹².

B. Garantie indépendante

962. En ce qui concerne la garantie indépendante, la doctrine s'est posée la même question : la garantie est-elle cessible ?

963. Selon l'article 164 CO, le créancier n'a pas le droit de céder sa créance si la cession est interdite par la loi, par la convention, ou est contraire à la nature de l'affaire. Pour la garantie, il n'existe pas d'interdiction légale. Si les parties n'en ont pas convenu une, il faudra rechercher si la nature de l'affaire constitue un obstacle à la cession de la créance de la garantie. Selon le Tribunal fédéral, « ...la cession d'un droit sans le consentement du débiteur est interdite à ce titre lorsque la créance est si intensément liée à la personne du créancier que la substitution d'une autre personne à celui-ci impliquerait une modification du caractère, du contenu ou du but de l'obligation, en particulier, la cession est exclue quand le changement de créancier emporte une aggravation de la situation du débiteur. »¹⁸⁹³

964. Il faut examiner la situation en la subdivisant en deux parties : la cession de la créance de la garantie sans la cession du droit à faire appel à la garantie et la cession de la créance de la garantie avec la cession du droit à faire appel à la garantie.

965. En principe, la cession de la créance de la garantie sans le droit de faire appel n'aggrave pas la situation du garant, car l'appel ne va être effectué par le bénéficiaire qu'après la survenance du risque. En revanche, selon Büsser, la situation du garant peut exceptionnellement s'aggraver à la suite de la cession de la créance en matière de garantie à première demande, car l'appel à la garantie peut avoir lieu sans la réalisation du fait garanti¹⁸⁹⁴.

¹⁸⁹² ATF 78 II 57, 59 (= rés. JdT 1953 I 318, SJ 1952, 545, 548 ss).

¹⁸⁹³ ATF 122 III 145, 148, c. 4c (= JdT 1999 I 42, 46) et les arrêts cités. Voir aussi ATF 127 V 439, 444, c. 2b ; GAUCH, SCHLUEP, SCHMID, REY, II, p. 272 ss, n. 3636 ; CR-PROBST, art. 164, n. 36 ; TEKINAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, p. 245 ; OĞUZMAN, ÖZ, p. 906 ; EREN, p. 1189.

¹⁸⁹⁴ En effet, « die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Begünstigten (wie die Garantieauftragsgeber) kann die Garantiebank vor Annahme des Garantieauftrages in Erfahrung bringen und den Garantieauftrag ablehnen, wenn sie damit rechnet, künftig

966. Quant à la cession de la créance de la garantie avec la cession du droit de faire appel à la garantie, des opinions divergentes apparaissent en la doctrine.

967. Pour une partie de la doctrine, le bénéficiaire ne peut pas céder sa créance, et cela surtout quand il s'agit d'une garantie à première demande.

968. Selon Peter, si la garantie est une garantie à première demande par laquelle le garant assume une obligation sous condition potestative, c'est le créancier et lui seul qui est le seul maître à décider. Le débiteur le choisit eu égard à sa fiabilité et à ses qualités personnelles. Il ne faudrait pas admettre une telle cession de créance qui résulterait d'une modification de la probabilité de l'avènement de la condition, notamment dans le sens d'un accroissement¹⁸⁹⁵. En revanche, « rien ne s'oppose à la cession d'une créance dont la condition ne repose pas sur le seul pouvoir du bénéficiaire »¹⁸⁹⁶.

969. D'après Rapp aussi, la cession pure et simple de la garantie doit être en principe exclue en raison des droits extrêmement étendus qu'elle confère au bénéficiaire auquel le donneur d'ordre fait ainsi une confiance particulière¹⁸⁹⁷.

970. Selon Logoz, la garantie qui est indépendante sur un plan juridique ne peut être transférée au cessionnaire en cas de cession des droits du bénéficiaire tirés du rapport de base. Logoz arrive à la même solution

möglicherweise auf einen ungesicherten Rückforderungsanspruch gegen den Begünstigten angewiesen zu sein. Diese Möglichkeit hat die Bank dagegen nicht, wenn der Begünstigte die Garantieforderung abtritt. » BÜSSER, p. 174, n. 591.

¹⁸⁹⁵ PETER, p. 317. Voir également LOGOZ, p. 103 ss. « C'est par ailleurs un cas d'application du principe d'incessibilité des droits formateurs ; celui qui décide du sort d'une condition potestative dispose d'un droit formateur. ». PETER, p. 318. La cession est toujours possible si le garant donne son accord. SJ 1985 637, 638, c. 2 : « Or, en l'espèce, il n'y a pas eu de modification du contrat de garantie ni d'accord du garant quant à la substitution du bénéficiaire de la garantie, alors que cette substitution constituait une modification du contenu de la garantie. En l'absence de modification de contrat, l'obligation de paiement de la banque se déterminera en fonction des conditions posées dans le contrat de garantie d'origine : ce contrat, on le rappelle, garantit le remboursement d'un crédit que c. devait consentir à P.SA, crédit qui n'a finalement pas été accordé. En d'autres termes, la garantie a été stipulée en vue d'une cause future (l'octroi du crédit à P.SA par C.), qui n'a cependant pas pris naissance ».

¹⁸⁹⁶ PETER, p. 318.

¹⁸⁹⁷ Toutefois, selon l'auteur, « si l'appel à la garantie doit ainsi toujours être le fait du bénéficiaire, rien ne s'oppose en revanche à ce que la créance découlant de la garantie soit, elle, cessible. » RAPP, p. 288 ss.

en raison de la relation de confiance entre le garant et le bénéficiaire qui va appeler l'autre à la garantie. Pour cet auteur, la cession de la garantie est cependant possible dans deux cas. Premièrement, lorsque le garant consent à une telle cession ou lorsque le contrat de garantie la prévoit. Deuxièmement, après l'appel valable à la garantie, puisqu'il n'existe alors plus d'obstacle à ce que la cession de la garantie soit admise¹⁸⁹⁸.

971. Selon Gottrau, le bénéficiaire peut céder la créance de la garantie si elle n'est pas interdite par le contrat (art. 164 CO). Cet auteur précise toutefois que seule la créance en paiement de la garantie peut être cédée et non pas le droit de faire appel à la garantie : « En effet, la cession ne peut avoir pour conséquence une modification ayant trait à la nature [même] de l'affaire, une telle cession étant prohibée par l'art 164 al. 1 i.f. CO ; or, ce serait le cas si le tiers cessionnaire pouvait exercer lui-même le droit de faire appel à la garantie. Aussi, sauf modification de la garantie elle-même, seul le bénéficiaire nommément désigné dans le texte de la garantie est en droit de faire la déclaration d'appel, quand bien même la créance en garantie aurait été cédée à un tiers »¹⁸⁹⁹.

972. En revanche, pour d'autres auteurs, le bénéficiaire est libre de transférer la créance.

973. Pour Rossi, par exemple, la situation n'est pas la même en matière de garantie à première demande qu'en matière de cautionnement, car il n'y a pas de subrogation légale de la banque qui a payé dans les droits du créancier désintéressé. La banque saisit la provision déposée par le donneur d'ordre après avoir versé le montant de la garantie au bénéficiaire et, enfin, se retire de l'affaire après avoir débité le compte du donneur d'ordre. Il n'y a rien qui puisse faire obstacle à une telle cession. En effet, le cessionnaire ne peut demander le paiement au garant que lorsque le

¹⁸⁹⁸ LOGOZ, p. 104 ss. Selon cet auteur, dans le premier cas, le garant aura pris la précaution d'obtenir un accord préalable du donneur d'ordre de manière à éviter que ce dernier n'oppose une inexécution du mandat à la prétention de la banque de remboursement. Voir aussi DOĞAN, p. 147 ; ZOBL, p. 51. Pour le deuxième cas, voir aussi REİSOĞLU, Teminat, p. 52 ; KAHYAOĞLU, p. 104.

¹⁸⁹⁹ de GOTTRAU, I, p. 21. Cela est conforme à l'article 4 des RUGD selon lequel « le droit du bénéficiaire de présenter une demande au titre d'une garantie n'est pas transférable, sauf stipulation expresse dans la garantie ou dans un amendement à celle-ci.

Cet article n'affectera cependant pas le droit du bénéficiaire de transférer tout montant auquel il aurait droit ou viendrait à avoir droit en vertu de la garantie. » Voir GOODE, p. 53, SBS, p. 69.

donneur d'ordre ne s'exécute pas, en d'autres termes au cas où le risque garanti se réalise¹⁹⁰⁰.

974. Parmi les auteurs qui admettent la cessibilité de la créance découlant de la garantie, certains l'admettent sous la condition suivante : la garantie est cessible à moins que celle-ci ne désigne expressément un créancier particulier ou que la cession n'ait été exclue par la convention entre ce dernier et le garant¹⁹⁰¹. Dans un arrêt rendu en 1993, la Cour d'appel de Fribourg a admis cette possibilité de la cessibilité de la créance découlant d'une garantie bancaire. Selon la cour, en l'espèce, il n'y avait pas d'obstacle pour leur cession, car les garanties bancaires ne contenaient pas de clause d'incessibilité, ni de clause d'une teneur telle que la cession soit contraire à la nature même de l'affaire¹⁹⁰².

975. La cession est exclue, selon Büsser aussi, au cas où les parties auraient conclu une garantie « *personenbezogene Abrufsvoraussetzung* »¹⁹⁰³, à moins que le garant ne donne son consentement¹⁹⁰⁴. Par exemple, une garantie ayant une telle clause devrait être admise de telle manière : « ...*verpflichten wir uns, auf das erste Anfordern von Herrn Z. Fr. 100'000.—zu zahlen...* » En revanche, sauf convention contraire, il faudrait admettre qu'une garantie ne comprenant pas une clause semblable n'est pas *intuitu personae*¹⁹⁰⁵.

976. Contrairement à Peter, nous ne partageons pas l'idée que le garant s'engage pour une obligation potestative¹⁹⁰⁶ car, même dans un exemple de garantie à première demande, le créancier n'est pas seul à décider. Il a le droit de faire appel sans prouver le bien-fondé de celui-ci, mais l'appel qu'il fait sans la réalisation du risque (condition suspensive) constituerait un abus de droit selon la doctrine.

¹⁹⁰⁰ ROSSI, Garantie, p. 134, n. 449 ss.

¹⁹⁰¹ DOHM, Garantie, p. 98, n. 185. Voir aussi TEKİNALP, p. 394, n. 115.

¹⁹⁰² RFJ 1993 296, 303 ss, c. 2c.

¹⁹⁰³ BÜSSER, p. 178, n. 604. Voir également SPAINI, p. 109. En outre, l'article 44.3 du Code bancaire turc empêche les lettres de garantie d'être utilisées par les autres personnes que les bénéficiaires indiqués sur le libellé de la lettre. En droit turc, dans le domaine régi par le Code bancaire, la cession des lettres de garantie est donc impossible. TEKİNALP, p. 394 ss, n. 116. En revanche, selon cet auteur, rien n'empêche la cession de la créance de la garantie, car l'article en question ne défend que la cession d'un contrat de crédit.

¹⁹⁰⁴ SPAINI, p. 109.

¹⁹⁰⁵ BÜSSER, p. 179 ss, n. 605 ss. Dans ce cas, le garant a le droit d'opposer au cessionnaire les exceptions qui lui appartenaient au moment où il a eu connaissance de la cession. (art. 169 CO)

¹⁹⁰⁶ Voir *supra*, n. 211.

977. En revanche, cela ne signifie pas que la garantie est toujours cessible. A notre avis, il faut admettre que la garantie n'est cessible que si elle est conclue sans la condition suspensive aux termes de laquelle une personne précise doit effectuer l'appel à la garantie. Autrement dit, si une clause définit clairement le bénéficiaire comme l'ayant droit de l'appel à la garantie, cet appel ne sera efficace que s'il est effectué par la personne spécifiée. En effet, on considère alors que le fait de nommer une personne déterminée comme bénéficiaire crée une condition supplémentaire à la validité de l'appel¹⁹⁰⁷. En outre, la garantie à première demande doit être admise comme contrat conclu *intuitu personae* et incessible en cas de doute puisque le risque d'un appel abusif est toujours présent.

978. Dans les autres types de contrats de garantie, si l'appel effectué par un bénéficiaire déterminé ne constitue pas une condition de l'efficacité de cet appel, on peut dire que la créance est cessible. Par exemple, si au lieu de prévoir que le garant doit payer sur l'appel effectué par « Z », les parties ont déterminé celui-ci comme étant le bénéficiaire sans toutefois préciser qu'il doit lui-même effectuer l'appel, contrairement à la clause que nous avons donné comme exemple, on peut admettre la cessibilité de cette garantie. Mais, même dans ce dernier cas, le cessionnaire ne peut faire appel que si les autres conditions suspensives prévues par la garantie se sont réalisées, à savoir, par exemple, que le donneur d'ordre n'a pas exécuté convenablement l'obligation garantie envers le bénéficiaire initial.

979. Enfin, rien ne fait obstacle à la cession de la créance sans le droit de faire appel à la garantie, car dans ce cas, le garant effectue le paiement sur la demande du créancier initial et après que le risque soit survenu.

980. En pratique turque, selon Yargıtay, le bénéficiaire ne peut céder sa créance qu'après que les conditions du paiement se sont réalisées¹⁹⁰⁸.

III. Reprise de dette

981. Ce qu'on entend en l'occurrence par reprise de dette, c'est « la reprise de dette privative ». En d'autres termes, l'institution juridique qui change l'ancien débiteur en le remplaçant par un nouveau débiteur.

¹⁹⁰⁷ DOHM, Garantie, p. 98, n. 186 ; Voir aussi LOMBARDINI, p. 309, n. 71, SJ 1985 637, 638, c. 2.

¹⁹⁰⁸ 11. HD, E. 1990/7824, K. 1992/5567, T. 21.4.1992 (www.kazanci.com.tr).

982. A l'encontre de la « reprise privative de dette », on trouve la « reprise cumulative de dette », institution par laquelle un nouveau débiteur s'engage aux côtés du débiteur originel. Celle-ci ne donne en aucun cas lieu à une extinction de la dette ni pour la caution ni pour le garant.

983. La reprise de dette de la caution, comme celle du garant d'ailleurs, n'a pas de spécificités. Elle n'intéresse pas le bénéficiaire de la garantie aussi longtemps que cette reprise reste interne (art. 175 CO). Le consentement du bénéficiaire est nécessaire s'il s'agit d'une reprise privative (art. 176 CO)¹⁹⁰⁹.

984. Il est intéressant au regard de notre sujet de savoir si la reprise de dette principale entraîne l'extinction de l'obligation de la caution ou du garant.

A. Cautionnement

985. En règle générale, la reprise privative de la dette principale (art. 175 ss CO) ne devrait pas provoquer l'extinction du cautionnement. La caution devrait donc rester obligée envers le créancier. Mais la loi prévoit, en tenant compte du risque encouru par la caution¹⁹¹⁰, qu'elle est libérée, à moins qu'elle n'y consente par écrit¹⁹¹¹. En d'autres termes, contrairement à la règle générale, la caution ne reste obligée envers le créancier que si elle a consenti à cette reprise (art. 178 II, 493 V CO)¹⁹¹².

¹⁹⁰⁹ Dans ce dernier cas, le donneur d'ordre pourrait également faire valoir son droit, puisque le garant est débiteur envers lui de la bonne exécution du mandat instituant la garantie. PETER, p. 319.

¹⁹¹⁰ TERCIER, Contrats, p. 896, n. 6252.

¹⁹¹¹ Le cautionnement s'éteint si la caution n'a pas donné son consentement au moment de la reprise de dette ou avant. Un consentement donné postérieurement, après l'extinction du cautionnement primitif, constitue en réalité un nouveau cautionnement. ATF 60 II 332, 333 ss, c. 2 (= JdT 1935 I 168, 170). Le consentement du conjoint est requis s'il s'agit d'une caution mariée (art. 494 CO). BK-GIOVANOLI, art. 493, n. 45. En revanche, la caution ne peut valablement consentir d'avance à la reprise de la dette par n'importe quel débiteur qu'il conviendra au créancier d'accepter en remplacement de l'ancien. ATF 67 II 128, 131, c. 3 (= JdT 1942 I 85, 87); BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 18.

¹⁹¹² C'est pour la simple et bonne raison que la caution s'engage en tenant compte de la personne du débiteur principal. ARTUS, p. 318. Voir aussi HEMMELER, p. 59. « Le consentement d'une caution, au sens de l'art. 178 al. 2 CO, n'est subordonné à l'observation d'aucune forme; il peut être donné, avant la reprise de dette, soit expressément, soit par des actes concluants ». ATF 67 II 128, 130, c. 2 (= JdT 1942 I

Le consentement du conjoint est également nécessaire dans ce cas (art. 494 III CO)¹⁹¹³. Cette disposition ne s'applique pas dans le cas où le débiteur principal serait en faillite et où les créances garanties (et cautionnées) seraient déléguées à l'acquéreur dans une vente aux enchères. Le failli est alors libéré, mais les cautions continuent de répondre (art. 135 et 259 LP).

986. Lorsque le consentement est donné par la caution après la réalisation de la reprise privative de dette, il va rester sans effet, car le cautionnement prend fin dès que la reprise sans son consentement a lieu¹⁹¹⁴.

987. La reprise cumulative de dette n'affecte cependant pas la responsabilité de la caution qui garantit toujours la dette du débiteur principal initial¹⁹¹⁵. En revanche, un paiement effectué par le reprenant libère la caution pour autant que le débiteur initial soit libéré.

B. Garantie indépendante

988. La garantie donne lieu à un contrat indépendant. Par conséquent, l'article 178 II CO n'est pas applicable par analogie aux garanties¹⁹¹⁶. Etant donné que la garantie reste valable malgré la caducité du contrat de base, il faudrait admettre *a priori* qu'elle est valable malgré une reprise de dette principale par un nouveau débiteur. Si le reprenant et le créancier se mettent d'accord sur la reprise de dette, ce qu'on appelle « la reprise de dette externe », le débiteur initial est libéré (art. 176 I CO), à moins que la reprise de dette ne soit annulée postérieurement (art. 180 I CO).

989. En revanche, le contrat de garantie ne présuppose pas, pour qu'il continue d'exister, l'accord du garant à la reprise de la dette de valeur. A

85, 86). Voir aussi ZR 1945 n. 20, p. 68, 75, c. 2a et 2b, ATF 63 II 14, 16, c. 4 (= JdT 1937 I 328, 332). En outre, en matière de reprise cumulative de dette, la caution ne se libère pas, car, comme le débiteur original reste engagé, cette reprise n'a pas d'influence sur la caution. von RICHENTHAL, p. 80.

¹⁹¹³ CR-MEIER, art. 493, n. 26

¹⁹¹⁴ Il faudra un nouveau cautionnement. ATF 67 II 128, 130, c. 2 (= JdT 1942 I 85, 86); ZR 1945 n. 20, p. 68, 75, c. 2a; ATF 60 II 332, 333 ss, c. 2 (= JdT 1935 I 168, 170); ZK-OSER, SCHÖNENBERGER, art. 178, n. 10; CR-MEIER, art. 493, n. 26; BaK-PESTALOZZI, art. 493, n. 18.

¹⁹¹⁵ En effet, le débiteur original reste toujours engagé. von RICHENTHAL, p. 80; BECK, art. 493, n. 75.fg

¹⁹¹⁶ ZR 1945 n. 20, p. 68, 73, c. 8.1. Voir aussi BÜSSER, p. 185 ss, n. 626 ss.

l'inverse, le sort de la responsabilité pour la garantie ne suit pas nécessairement une reprise du rapport de base. Cela signifie que le garant ne répond, en l'absence de convention contraire claire, que du cas où le donneur d'ordre (débiteur initial dans le rapport de valeur) n'accomplit pas sa prestation et non lorsque le reprenant du rapport de valeur ne s'exécute pas¹⁹¹⁷.

990. Il en résulte que, si les parties n'en ont pas convenu autrement, le donneur d'ordre ne fournit pas une garantie pour le potentiel futur reprenant de dette, il n'a aucun intérêt à faire cela. A son tour, le garant non plus n'accepterait pas un tel élargissement dans le domaine du risque qu'il a assumé.

991. En conséquence, si le contrat de garantie ne le prévoit pas expressément, la reprise privative de dette libère le garant de son obligation. Le contraire n'est pas admissible quand on tient compte du sujet des contrats de garantie : le fait du donneur d'ordre. Si le donneur d'ordre se libère de sa dette par la reprise de dette, on ne peut plus parler du risque que le garant a assumé. En d'autres termes, la garantie reste sans objet (*formell zweckwidrig*), et le bénéficiaire ayant conclu le contrat de reprise de dette externe avec le reprenant ne pourra plus faire l'appel à la garantie¹⁹¹⁸.

¹⁹¹⁷ *Idem*, p. 186, n. 631.

¹⁹¹⁸ S'il le fait, il s'agit d'un appel manifestement abusif. BÜSSER, p. 187, n. 635 ss.

CONCLUSION

992. Le cautionnement et la garantie indépendante sont des contrats de sûretés personnelles. Ils sont semblables sur de nombreux points, en particulier sur le rôle qu'ils jouent dans le système économique et juridique.

993. Le but principal de ces deux contrats est de protéger le créancier contre le risque d'insolvabilité et « le refus de paiement d'indemnité » du débiteur principal. En d'autres termes, les garanties doivent couvrir le dommage et permettre au créancier de sortir indemne de l'affaire. Pour réaliser ce but, ils prévoient l'adjonction d'un nouveau débiteur à côté du débiteur principal : le garant. Ils construisent un système triangulaire qui donne lieu à trois rapports juridiques : celui entre le débiteur et le créancier, celui entre le garant et le débiteur principal et enfin, celui entre le garant et le créancier.

994. Malgré toutes ces ressemblances et malgré l'existence d'une réglementation assez détaillée du cautionnement dans le Code des obligations, la pratique a créé la garantie indépendante qui n'est pas un contrat accessoire comme le cautionnement. La création d'un tel contrat indépendant à côté du cautionnement s'explique par les besoins de la pratique, tels que le besoin de liquidité et la couverture des risques qui ne peuvent être couverts par le cautionnement. Il est donc exclu d'assimiler la garantie indépendante au cautionnement.

995. Cette différence de traitement législatif a pour conséquence qu'il y a souvent une mésentente entre les parties à propos de la qualification de leur contrat. Pour qualifier les garanties, il faut interpréter la volonté des parties, sans s'arrêter aux dénominations dont elles ont pu se servir (art. 18 CO). Ces dénominations auront toutefois un poids déterminant s'il s'agit d'un contrat entre professionnels.

996. Doctrine et jurisprudence ont développé plusieurs critères d'interprétation qui ressortent des clauses fréquemment utilisées, critères qui ne sont toutefois pas toujours pertinents. Constituent notamment des indices en faveur du cautionnement la clause de renonciation aux bénéfices de discussion et de division ainsi que la clause de solidarité. Quant aux clauses de paiement à première demande, de renonciation à toutes les exceptions provenant du contrat de base et celle de paiement documentaire, elles laissent présumer l'existence d'une garantie indépendante.

997. Il faut encore préciser que les clauses ci-dessus ne constitueront des indices déterminants que si le contrat est passé entre des professionnels. Par contre, si l'une des parties à la garantie est un particulier, on ne leur donnera pas beaucoup d'importance dans la mesure où il ressort des autres circonstances et des intérêts des parties que l'autre type de garantie que celle qui est présumée doit être retenue.

998. De plus, lorsque le garant est un particulier alors que le bénéficiaire est rompu aux affaires, il faudra que celui-ci lui explique clairement et de manière individuelle les conséquences juridiques découlant de son choix pour une garantie indépendante au lieu d'un cautionnement. A défaut, la seule existence d'une clause présumant une garantie indépendante dans le texte du contrat ne suffit pas pour admettre qu'il s'agit bien d'une telle garantie et non d'un cautionnement.

999. A côté des critères cités, on peut encore citer celui découlant du risque assumé par le garant. Selon ce critère, si le garant a assumé un risque qui ne peut pas être couvert par un cautionnement, on est en présence d'une garantie indépendante. Il s'agit du critère le plus convaincant, puisqu'en pratique, une des raisons principales qui poussent les parties à conclure une garantie indépendante est celle de la couverture d'autres risques, en particulier ceux qui dépendent du caractère international de l'affaire.

1000. Finalement, si on n'arrive toujours pas à identifier de quel type de contrat il s'agit, on devra recourir aux présomptions. Si la personne qui a accordé une garantie peut être considérée comme professionnelle, on présumera une garantie indépendante, et cela surtout dans les affaires internationales. En revanche, le contrat sera qualifié de cautionnement si le garant est une personne physique non rompue aux affaires.

1001. Si l'application des méthodes d'interprétation ci-dessus permet de conclure à l'existence d'un cautionnement, les articles du titre vingtième du Code des obligations seront applicables et le contrat sera nul si les parties n'ont pas respecté la forme prévue par le législateur. En revanche, si on arrive à la conclusion qu'il s'agit d'une garantie indépendante, aucune forme n'est nécessaire (art. 11 I CO), sauf stipulation contraire (art. 16 CO) et les dispositions du Code des obligations sur le cautionnement ne sont pas applicables.

1002. Dans ce dernier cas, la question est de savoir quelle est la règle de droit qui doit être appliquée à la garantie indépendante. Etant donné que la garantie indépendante ne fait objet d'aucune réglementation étatique

détaillée, seul le libellé du contrat de garantie sert à déterminer les obligations du garant. Le plus souvent, une approche plus individualisée, qui s'inspire de l'économie du contrat et de son but et qui tient compte de l'ensemble des circonstances, sera la plus appropriée. Le juge ayant la tâche de combler les lacunes du contrat essaiera donc de trouver la volonté hypothétique des parties en se fondant sur les intérêts en présence et sur la façon dont les parties les ont arbitrés pour les questions qu'elles ont réglées.

1003. Deux autres méthodes entrent également en ligne de compte. Il s'agit premièrement de l'application des règles de la partie générale du Code des obligations (art. 1-183 CO). Cette application n'aura toutefois lieu que dans la mesure où elle est compatible avec la garantie. Par exemple, les articles 82, 83, 107 ss, 117 III, 121, 136 III et 178 II CO ne peuvent pas s'appliquer en matière de garantie indépendante.

1004. Deuxièmement, on tiendra compte de l'application analogique des règles spéciales d'un contrat nommé, méthode par laquelle on applique au contrat innommé les règles d'un contrat nommé avec lequel il présente le plus d'analogie. Le premier contrat nommé qui vient en premier à l'esprit est sans aucun doute le cautionnement, étant donné ses ressemblances avec la garantie indépendante. En revanche, la plupart des règles relatives au cautionnement ne trouveront pas application. On pense surtout, à côté des règles relatives à la forme, aux règles concernant le caractère accessoire du cautionnement. Il est en effet exclu de les appliquer à la garantie indépendante.

1005. Nous pensons toutefois que certains articles propres au cautionnement peuvent jouer un rôle en matière de garantie indépendante, surtout quand le garant est une personne physique non rompue aux affaires.

1006. C'est le cas des articles 497 III et 510 I CO, car ils ne concernent pas le caractère accessoire du cautionnement mais tendent à sauvegarder les intérêts de la caution, partie réputée faible. De même, l'article 499 III dont la *ratio legis* ne dépend pas du caractère accessoire du cautionnement, mais de la présomption par laquelle la caution s'engage à procurer un nouveau crédit au débiteur (ce qui est d'ailleurs valable pour le garant). On peut encore ajouter l'article 505 I 2^{ème} phrase CO, qui repose sur l'idée selon laquelle le créancier est mieux informé et armé que la caution, ainsi que l'article 509 II CO qui a pour but de sauvegarde les intérêts du bénéficiaire.

1007. En dehors des articles du Code des obligations, certains autres articles qui concernent le cautionnement pourront s'appliquer à la garantie indépendante. C'est notamment le cas de l'article 395 CC, dont le but est la protection de la personne sous conseil légal, de l'article 298 II LP⁴, qui interdit au débiteur tous actes diminuant son patrimoine pour sauvegarder les intérêts de ses créanciers, et de l'article 215 LP qui permet la liquidation de l'ensemble des dettes du débiteur selon les règles de l'universalité de la faillite.

TABLE DES MATIERES

RÉSUMÉ.....	V
REMERCIEMENTS	VII
BIBLIOGRAPHIE.....	XI
ABREVIATION.....	XXXIII
INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE :	5
LES NOTIONS DE CAUTIONNEMENT ET DE GARANTIE INDEPENDANTE, CARACTERISTIQUES COMMUNES ET DISTINCTES, CONCLUSION ET REGLES D'INTERPRETATION....	5
CHAPITRE PREMIER :	7
LES NOTIONS DE CAUTIONNEMENT ET DE GARANTIE INDEPENDANTE.....	7
§1 TERMINOLOGIE	7
I. Notion de « Garantie » au sens large.....	7
II. Notion de « Sûreté ».....	9
A. Sûreté réelle	10
B. Sûreté personnelle.....	11
III. Délimitation quant aux contrats-types.....	12
§2 HISTORIQUE.....	14
I. Cautionnement.....	14
II. Garantie indépendante.....	18
III. Systématique des sûretés personnelles du point de vue du législateur	23
§3 DEFINITIONS ET DOMAINES D'APPLICATION.....	28
I. Cautionnement.....	28
A. Définition	28
B. Domaine d'application.....	30
II. Garantie indépendante.....	31
A. Définition	31
B. Domaine d'application.....	34
§4 QUELQUES TYPES DE CAUTIONNEMENT ET DE GARANTIE	36
I. Cautionnement.....	36

A.	Cautionnement simple	36
B.	Cautionnement solidaire	37
II.	Garantie indépendante	41
A.	Généralités	41
B.	Types de garantie indépendante selon le mode de mise en œuvre.....	48
1.	Garantie simple.....	48
2.	Garantie à première demande.....	49
a)	Généralités	49
b)	Garantie à première demande avec clause d'effectivité	51
3.	Garantie documentaire	54
4.	Garanties <i>sui generis</i>	56
§5	RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE LES PARTIES AUX DIFFERENTS CONTRATS.....	57
I.	Rapports entre le créancier et le débiteur principal	57
A.	Cautionnement	57
B.	Garantie indépendante	58
II.	Rapports entre le garant et le débiteur principal.....	61
A.	Cautionnement	61
B.	Garantie indépendante	62
III.	Rapports entre le garant et le créancier	64
A.	Cautionnement.....	64
B.	Garantie indépendante	66
	CHAPITRE DEUXIEME :	73
	CARACTERISTIQUES COMMUNES ET DISTINCTES DU CAUTIONNEMENT ET DE LA GARANTIE INDÉPENDANTE	73
§1	CARACTERISTIQUES COMMUNES AU CAUTIONNEMENT ET A LA GARANTIE INDÉPENDANTE.....	73
I.	Fonction économique	73
A.	Généralités	73
B.	Risque assumé par le garant.....	76
C.	Caractéristiques de la dette principale	82
1.	La dette principale est une dette d'argent ou une dette dont l'objet peut être exprimé en argent	82
2.	La dette principale est la dette d'autrui	83
II.	Contrats unilatéraux et à titre gratuit	85
A.	Engagement unilatéral	85
B.	Contrats à titre gratuit	86
C.	Exceptions.....	88

III.	Contrats créant des obligations subsidiaires	90
IV.	Contrats conditionnels	93
§2	CARACTERISTIQUES DISTINCTES DU CAUTIONNEMENT ET DE LA GARANTIE INDÉPENDANTE	97
I.	Contrats accessoires ou indépendants.....	97
A.	Généralités	97
B.	Cautionnement.....	102
C.	Garantie indépendante	105
D.	Exceptions.....	106
1.	Indépendance du cautionnement	106
2.	Dépendance de la garantie indépendante par rapport à l'obligation principale.....	110
E.	Conséquences juridiques du caractère accessoire du cautionnement et de l'indépendance de la garantie indépendante	113
1.	Quant au moment de la naissance de la créance.....	113
2.	Quant au contenu de l'obligation	114
3.	Quant aux effets des changements que subit le contrat de base sur les contrats de garanties	117
4.	Quant aux effets de l'extinction de la dette principale sur les contrats de garantie.....	119
II.	Contrats créant des obligations causales ou abstraites	120
A.	Cautionnement.....	120
B.	Garantie indépendante	121
C.	Critiques.....	122
	CHAPITRE TROISIEME :	129
	DIFFERENCES RELATIVES AUX CONDITIONS DE LA NAISSANCE DE LA CREANCE.....	129
§1	FORME DE LA GARANTIE	130
I.	Cautionnement.....	130
A.	Forme écrite simple	137
B.	Forme écrite qualifiée	138
C.	Forme authentique	140
II.	Garantie indépendante	140
§2	VALIDITE DE LA GARANTIE	144
I.	Existence d'une obligation valable.....	144
A.	Cautionnement	144
B.	Garantie indépendante	147
II.	Existence d'une dette déterminée ou déterminable	148
A.	Cautionnement.....	148

B.	Garantie indépendante	154
III.	Indication numérique du montant total à concurrence duquel la caution est tenue (art. 493 I CO).....	156
A.	Cautionnement.....	156
B.	Garantie indépendante	160
IV.	Consentement du conjoint.....	160
A.	Cautionnement.....	160
B.	Garantie indépendante	164
V.	Consentement du juge	164
A.	Cautionnement.....	164
B.	Garantie indépendante	165
VI.	L'illicéité et l'immoralité	165
A.	Cautionnement.....	165
B.	Garantie indépendante	166
VII.	L'impossibilité objective.....	170
A.	Cautionnement.....	170
B.	Garantie indépendante	171
§3	VICES DU CONSENTEMENT ET LESION	173
I.	Erreur.....	174
A.	Erreur de déclaration.....	175
1.	Erreur sur la nature du contrat	176
a)	Cautionnement.....	176
b)	Garantie indépendante	177
2.	Erreur sur la chose et sur la personne.....	178
a)	Cautionnement.....	179
b)	Garantie indépendante	180
3.	Erreur sur la quantité	181
a)	Cautionnement.....	181
b)	Garantie indépendante	182
B.	Erreur de base	182
a)	Cautionnement.....	183
b)	Garantie indépendante	187
II.	Dol.....	188
A.	Cautionnement.....	189
B.	Garantie indépendante	192
III.	Crainte fondée	193
A.	Cautionnement.....	193
B.	Garantie indépendante	194
IV.	Lésion.....	194
A.	Cautionnement.....	198
B.	Garantie indépendante	199

CHAPITRE QUATRIEME :	201
CRITERES DE QUALIFICATION DES CONTRATS DE CAUTIONNEMENT ET DE GARANTIE INDEPENDANTE.....	201
§1 DESIGNATION DU CONTRAT EN TANT QUE REGLE D'INTERPRETATION GRAMMATICALE.....	202
I. Généralités.....	202
II. Spécificités des contrats de cautionnement et de garantie.....	204
§2 CRITERES DE DISTINCTION DEGAGES DES CLAUSES DU CONTRAT.....	210
I. Clauses considérées comme indicatives de l'existence d'un cautionnement	211
A. Clause de renonciation aux bénéfices de discussion et de division	211
B. Clause de renonciation à l'action récursoire.....	212
C. Clause de solidarité.....	213
D. Clause de for	214
E. Clause d'arbitrage	214
F. Renvoi au contrat de base	214
G. Renvoi aux lois	220
II. Clauses considérées comme indicatives de l'existence d'une garantie indépendante.....	220
A. Clause de paiement à première demande.....	220
B. Clause de paiement accompagné des documents.....	223
C. Clause d'engagement irrévocable	226
D. Clause de responsabilité sans condition.....	226
E. Clause de renonciation aux exceptions provenant du contrat de base	228
F. Renvoi aux règles et usances uniformes de CCI.....	232
§3 INTERPRETATION TELEOLOGIQUE	232
I. Critère découlant de l'intérêt du garant à l'exécution de la contre-prestation de la prestation garantie.....	233
II. Critère découlant du risque assumé par le garant	240
III. Garantie d'une prestation en tant que telle ou exécution d'une prestation	243
IV. Individualisation de la dette garantie.....	243
V. Le cautionnement est axé sur la personne du débiteur, la garantie indépendante est axée sur la personne du créancier....	244
§4 PRESOMPTION EN FAVEUR DU CAUTIONNEMENT ET SES EXCEPTIONS.....	245
I. Généralités.....	245

Table des matières

II. Présomptions	246
A. En faveur du cautionnement	246
B. En faveur de la garantie indépendante	248
§5 REMARQUES	252
DEUXIEME PARTIE :	257
EFFETS ET EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT ET DE LA GARANTIE	257
CHAPITRE PREMIER :	259
DIFFERENCES QUANT AUX OBLIGATIONS DU GARANT	259
§1 OBLIGATIONS DU GARANT ENVERS LE CREANCIER	259
I. Généralités	259
II. Obligation de payer une somme d'argent	260
A. Cautionnement	260
B. Garantie indépendante	261
III. Etendue de l'obligation du garant	266
A. Cautionnement	266
B. Garantie indépendante	271
IV. Réduction du montant auquel le garant est tenu	272
A. Cautionnement-réduction légale	272
B. Garantie indépendante-réduction conventionnelle	274
V. Conditions de l'obligation	276
A. Cautionnement	276
1. Conditions relatives à l'obligation principale	276
2. Conditions relatives au cautionnement	278
3. Suspension de la poursuite	279
4. Art. 303 LP (art. 295 LPtr)	280
B. Garantie indépendante	281
§2 OBLIGATIONS DU GARANT ENVERS LE DEBITEUR PRINCIPAL	285
I. Généralités	285
II. Obligation d'émettre la garantie	286
A. Garantie indépendante	286
B. Cautionnement	287
III. Obligation d'exécuter personnellement la garantie	288
A. Garantie indépendante	288
B. Cautionnement	288
IV. Obligation de suivre les instructions du donneur d'ordre	289
A. Garantie indépendante	289

Table des matières

B. Cautionnement	291
V. Devoir de conseil vis-à-vis du donneur d'ordre	291
A. Garantie indépendante	291
B. Cautionnement	293
VI. Devoir d'information du donneur d'ordre	293
A. Garantie indépendante	293
B. Cautionnement	295
VII. Obligation d'examiner les conditions, ainsi que les documents, en cas d'appel à la garantie	296
A. Garantie indépendante	296
B. Cautionnement	304
VIII. Obligation de ne pas effectuer le paiement en cas d'appel abusif	304
A. Garantie	304
1. Généralités	304
2. Cas d'appel abusif	313
B. Cautionnement	317

CHAPITRE DEUXIEME :

DIFFERENCES QUANT AUX DROITS DU GARANT

§1 DROITS DU GARANT ENVERS LE CREANCIER	319
I. Droit d'opposer des exceptions envers le créancier	319
A. Exceptions résultant du contrat de couverture	319
B. Exceptions résultant du contrat de base	321
1. Cautionnement	321
2. Garantie indépendante	327
C. Exceptions résultant de la garantie	329
1. Généralités	329
2. Exceptions résultant de la conclusion de la garantie	330
a) Cautionnement	330
b) Garantie indépendante	331
3. Exceptions résultant de la réalisation des conditions de l'appel à la garantie	332
a) Cautionnement	332
b) Garantie indépendante	337
4. Exceptions résultant de l'extinction de la garantie	340
a) Cautionnement	340
b) Garantie indépendante	341
II. Devoirs du créancier envers le garant	344
A. Généralités	344
1. Cautionnement	344
2. Garantie indépendante	347

B.	Devoir de sauvegarder les sûretés et devoir de délivrer celles-ci ainsi que les justifications utiles à la caution.....	350
1.	Cautionnement	350
2.	Garantie indépendante	355
C.	Devoir d'accepter le paiement	356
1.	Cautionnement	356
2.	Garantie indépendante	358
D.	Devoir d'information	359
1.	Cautionnement	359
2.	Garantie indépendante	362
§2	DROITS DU GARANT ENVERS LE DEBITEUR PRINCIPAL ...	363
I.	Généralités	363
A.	Cautionnement	363
B.	Garantie indépendante	365
II.	Droit de recours du garant	366
A.	Cautionnement	366
1.	Droit de recours général	367
2.	Droit de recours spécial	371
B.	Garantie indépendante	373
1.	Gestion d'affaires sans mandat	376
2.	Enrichissement illégitime	378
III.	Obligations du débiteur principal envers le garant	380
A.	Garantie indépendante	380
B.	Cautionnement	383
	CHAPITRE TROISIEME :	385
	EXTINCTION DE LA GARANTIE	385
§1	CAUSES D'EXTINCTION DE LA DETTE PRINCIPALE.....	385
I.	Cautionnement.....	385
II.	Garantie	389
§2	CAUSES D'EXTINCTION DE LA GARANTIE	393
I.	Généralités.....	393
A.	Cautionnement	393
B.	Garantie indépendante	393
II.	Extinction de la garantie de durée déterminée.....	396
A.	Cautionnement	396
B.	Garantie indépendante	399
III.	Extinction de la garantie de durée indéterminée.....	402
A.	Cautionnement	402
B.	Garantie indépendante	405
IV.	Extinction par l'expiration du délai légal	406

A.	Cautionnement	406
B.	Garantie indépendante	408
V.	Résolution du contrat.....	409
A.	Cautionnement	409
B.	Garantie indépendante	410
VI.	Confusion des qualités de débiteur et de garant	411
A.	Cautionnement	411
B.	Garantie indépendante	411
VII.	Prescription.....	412
A.	Cautionnement	412
B.	Garantie indépendante	413
§3	CESSION DE LA CRÉANCE PRINCIPALE ET REPRISE DE DETTE PRINCIPALE.....	414
I.	Cession de la créance principale.....	415
A.	Cautionnement	415
B.	Garantie indépendante	415
II.	Cession de la créance de la garantie	418
A.	Cautionnement	418
B.	Garantie indépendante	419
III.	Reprise de dette	423
A.	Cautionnement	424
B.	Garantie indépendante	425
	CONCLUSION	427
	TABLE DES MATIERES.....	431

Hüseyin Murat Develioğlu
Docteur en droit

Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement

Etude de droit suisse et de droit turc

La question de la délimitation entre le cautionnement et la garantie indépendante ne cesse d'être d'actualité. On peut donner pour principales justifications, premièrement, la ressemblance entre les contrats de sûreté personnelle quant à leur domaine d'application et, deuxièmement, le fait que le cautionnement soit un contrat soumis à des règles de forme très strictes, tandis que la garantie indépendante ne l'est pas. La première partie de cet ouvrage traite des divergences et convergences de ces deux contrats ainsi que des règles d'interprétation susceptibles de permettre leur qualification. La seconde partie aborde les effets de ces contrats, soit les droits et obligations des parties, et la fin des contrats. Le droit suisse constitue l'objet principal de cette étude, tout en étant enrichi par les solutions apportées par la doctrine et la Cour de cassation turques (Yargıtay) ; la Turquie ayant presque les mêmes Code civil et Code des obligations que la Suisse depuis l'an 1926.

The logo for ASR, consisting of the letters 'A', 'S', and 'R' in a stylized, bold, black font. The 'A' and 'S' are connected, and the 'R' is separate.

Stämpfli Editions SA Berne
www.staempfliverlag.com

ISBN 3-7272-0459-1