

LES SÛRETÉS EN DROIT FRANÇAIS

Introduction

En droit français, les sûretés se présentent comme des techniques juridiques destinées à assurer le règlement des créances pour le cas où le débiteur ne disposerait pas de biens d'une valeur suffisante pour désintéresser l'ensemble des créanciers.

Elles constituent des garanties de paiement. Elles s'ajoutent au rapport d'obligation sur lequel elles portent mais n'en résultent pas. Elles ont comme source, soit la loi, soit une convention spéciale.

Les sûretés ont pour objectif d'améliorer la situation du créancier et leur mise en œuvre a pour effet d'éteindre la créance grâce à la technique de l'accessoire.

I. La forme des sûretés

Certaines sûretés conditionnent leur constitution à l'accomplissement de certaines formalités. Parfois leur constitution implique un acte notarié qui doit être publié comme c'est le cas pour les sûretés réelles.

Pour ce qui est des sûretés personnelles, le cautionnement est soumis à un formalisme relativement strict dans certains cas.

Les cautionnements consentis par des personnes physiques bénéficient des techniques de protection du droit de la consommation à savoir, la mention manuscrite et la limitation de l'engagement. La loi du 31 décembre 1989 s'applique aux personnes physiques qui se portent caution d'un consommateur de crédit. La caution qui s'engage par acte sous seing privé doit écrire de sa main une mention dictée par la loi, « *et uniquement celle-ci* », lui expliquant le sens de son engagement et surtout comportant un plafond chiffré couvrant le paiement du principal et de tous les accessoires et une durée limitée. Si le cautionnement est solidaire, une mention manuscrite supplémentaire est prescrite. Ces deux mentions sont imposées à peine de nullité de l'engagement.

La loi Dutreil du 21 juillet 2003 a étendu cette règle à tous les cautionnements donnés par une personne physique à un créancier professionnel.

Il en est de même pour la formation du cautionnement en matière de baux d'habitation et mixtes (loi du 21 juillet 1994 venant modifier la loi du 6 juillet 1989). Un article 22-1 alinéa 1 a été ajouté prévoyant la reproduction manuscrite du montant du loyer, des conditions de sa révision, une mention « *exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte* » et la reproduction manuscrite de l'article 22-1 alinéa 1. Un exemplaire du contrat doit être par ailleurs remis à la caution. L'exigence de la forme manuscrite interdit par conséquent de consentir des cautionnements par voie électronique.

Par ailleurs, l'article L 225-35 du Code de commerce prescrit l'autorisation du conseil d'administration pour permettre d'engager une société anonyme par un « *cautionnement, aval ou garantie* ».

Pour les autres cas en général, la mention manuscrite prescrite par l'article 1326 du Code civil permet de vérifier la conscience que le garant a de son engagement mais n'est qu'une règle de preuve tant dans le cadre du cautionnement que dans celui de la garantie autonome.

II. Classification et appréciation

Le droit français distingue deux types de sûretés, les sûretés réelles et les sûretés personnelles.

Dans le cas d'une sûreté personnelle, le créancier conjure le risque d'insolvabilité en le répartissant sur deux patrimoines. Il obtient que le tiers s'engage aux cotés du débiteur, ce qui lui donne deux débiteurs au lieu d'un. Sans doute n'a-t-il dans le patrimoine de chacun d'eux, qu'un droit de créancier chirographaire. Mais son droit de gage général est multiplié : il est peu probable que les deux débiteurs seront l'un et autre insolvable lors de l'exigibilité de la dette.

Le cautionnement et les garanties autonomes sont quasiment les seules institutions qui adjoignent au débiteur un garant obligé pour un autre. Ce garant aura un recours contre le débiteur principal qui devra finalement supporter la dette.

Dans le cas de la sûreté réelle en revanche, le créancier se contente d'avoir le patrimoine de son débiteur. Cependant il dispose d'un droit de préférence sur le prix de la vente forcée d'un élément déterminé ou de l'ensemble du patrimoine : il sera donc payé par priorité lors de la distribution du prix. Le droit de préférence permet de ne pas se trouver en concurrence avec les autres créanciers chirographaires.

On dénombre deux grands types de sûretés réelles : le nantissement et l'hypothèque. Le nantissement se caractérise par la remise de la chose au créancier qui en acquiert la possession (et non la propriété) et le droit de rétention. Le créancier nanti a en plus un droit de préférence. Il se paiera avant tous les créanciers. L'hypothèque permet au débiteur de conserver la possession, la jouissance et la propriété de son bien ainsi que le droit de vendre et de constituer sur lui de nouvelles sûretés. En revanche l'hypothèque a deux attributs, le droit de suite qui permet de saisir le bien entre les mains d'un tiers détenteur et le droit de préférence.

Il existe néanmoins un troisième type de sûretés réelles, les privilèges. Il s'agit d'une sûreté que la loi donne à un créancier en raison de la nature de sa créance. Ils n'entraînent pas dépossession et confèrent au créancier un droit de préférence.

En droit anglais, le terme de *guarantee* désigne l'engagement d'une personne envers un créancier en tant que garant de la dette d'un débiteur. Il s'engage à exécuter l'obligation du débiteur, à payer en cas de défaillance de celui-ci.

Cette définition correspond à celle de la sûreté personnelle en droit français. Les sûretés personnelles désignent essentiellement le cautionnement et la garantie autonome.

Les sûretés ont comme avantage principal de favoriser le crédit, aussi bien le crédit institutionnel que le crédit individuel.

Il n'y a pas réellement de sûreté recommandée mais une étude des qualités respectives des différentes sûretés permet de choisir l'instrument idéal à chaque usage¹.

QUALITÉS				
SÛRETÉS	Constitution simple et peu onéreuse	Adapté. Ne gaspille pas le crédit du débiteur	Efficace	Réalisation simple et rapide
Privilège général	X	X		
Privilège mobilier général	X	X		
Privilège mobilier spécial	X	X		
Hypothèque et privilège immobilier		X	X	
Gage avec dépossession	X		X	
Gage sans dépossession	X	X	X	
Cautionnement	X	X		
Garantie autonome		X	X	X
Crédit-bail			X	X
Réserve de propriété	X		X	X
Fiducie			X	X

Les quatre qualités des sûretés sont les suivantes :

- une constitution simple et peu onéreuse : il s'agit de ne pas augmenter le coût du crédit ;
- adaptée à la dette qu'elle garantit : ni trop, ni pas assez de manière à éviter l'abus de sûreté qui gaspille le crédit du débiteur ;
- efficacité : elle doit donner au créancier la certitude d'être payé à l'échéance, si le débiteur ne s'exécute pas ;
- une réalisation simple : en vue d'éviter les lenteurs et les frais inutiles.

Il n'existe pas de sûreté parfaite mais certaines se rapprochent plus de l'idéal que d'autres. On observe toutefois que la garantie autonome constitue un instrument assez avantageux.

¹ Tableau publié in *Les sûretés, la publicité foncière*, L.AYNÈS et P.CROCQ, Defrénois, 2003 , n°7

III. Le cas du cautionnement : modalités

A. Protection de la caution au cours de la formation du cautionnement

Le cautionnement est formé lorsque quatre éléments sont réunis : le consentement de la caution, sa capacité ou son pouvoir de contracter, une cause licite, un objet qui forme la matière de son obligation. Concernant cet objet, la caution peut limiter son engagement.

Le principe de l'accessoire permet de limiter l'étendue du cautionnement. A ce titre, l'article 2013 du Code civil dispose que « *le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses* ». La caution ne peut supporter une dette plus lourde que celle du débiteur principal. L'obligation principale est elle-même une limite. Il faut néanmoins tenir compte du principe de liberté contractuelle qui doit se combiner avec cette exigence afin de déterminer l'objet du contrat. Celui-ci peut être également limité lorsque la caution est une personne physique. En effet, si cette dernière consent un cautionnement avec un consommateur de crédit, son engagement sera limité en vertu de l'article L 313-1 du Code de la consommation.

Dans le cas du cautionnement limité, la dette de la caution n'est pas purement et simplement celle du débiteur. Le contrat comporte des limitations. La caution peut limiter son engagement à une partie de la dette principale par exemple. Cependant ce type de cautionnement soulève des difficultés d'interprétation.

B. Caractéristiques du cautionnement

1. Le droit de poursuite du créancier

La convention liant la caution au créancier constitue une source autonome d'obligation. La caution s'engage à procurer au créancier la satisfaction que lui doit le débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci. Par conséquent, le créancier acquiert contre la caution un droit de gage général qui double celui dont il dispose contre le débiteur principal.

Il permet donc au créancier de poursuivre directement la caution indépendamment de son débiteur. C'est pourquoi on dit de ce droit de poursuite qu'il est autonome.

Ce droit de poursuite étant autonome, il n'est pas affecté par les causes qui rendent impossible la poursuite du débiteur principal.

Ainsi, les délais de grâce, moratoires ou suspensions de poursuites dont bénéficie le débiteur ne profitent pas à la caution.

2. Le recours de la caution contre le débiteur

La caution dispose en principe d'un recours après paiement contre le débiteur principal dont elle aura acquitté la dette.

La caution, simple ou solidaire, est tenue pour une autre, le débiteur principal. Aussi dispose-t-elle contre lui d'un recours, en principe après paiement, exceptionnellement avant paiement.

a) Lorsque le recours intervient après le paiement, la caution doit avoir payé le créancier mais pas nécessairement la totalité de la dette. La caution ne doit néanmoins pas avoir renoncé ou perdu son recours. Il peut s'agir soit d'un recours personnel, soit d'un recours subrogatoire.

Le premier a pour objet le remboursement de ce que la caution a payé pour le compte du débiteur, le paiement des frais qu'elle a engagé et l'indemnisation des dommages subis en raison de l'exécution de sa mission. L'avantage de ce recours est que la caution peut demander au débiteur plus que ce qu'elle a effectivement payé.

Lorsqu'il y a pluralité de débiteurs principaux solidairement tenus, le recours est différent selon que la caution les a tous cautionnés ou seulement certains d'entre eux.

Le second permet à la caution d'exercer contre le débiteur les droits du créancier à concurrence de son paiement effectif, c'est-à-dire qu'elle ne peut réclamer plus que ce qu'elle n'a payé. Cependant l'intérêt du recours subrogatoire réside dans le bénéfice pour la caution du droit du créancier avec les accessoires qui y sont attachés à l'exception de certains accessoires intransmissibles à la caution, par exemple, les prérogatives de puissance publique du Trésor Public.

b) Lorsque la caution n'a pas encore payé, on peut s'interroger sur le bien-fondé d'un recours contre le débiteur. Le risque pour la caution est celui de devoir payer sans bénéficier d'un recours utile, risque aggravé en cas d'insolvabilité du débiteur ou lorsque la durée de l'obligation dépasse celle de la caution. La caution exerce donc là une action préventive. Cependant ce recours ne peut être qu'exceptionnel. C'est pourquoi n'existent que cinq cas d'ouverture de recours anticipé énumérés à l'article 2032 du Code civil. En réalité, seul la faillite du débiteur présente un intérêt pour un tel recours.

3. Le recours de la caution contre les cofidésseurs

La caution qui a payé, outre les recours contre le débiteur, dispose d'un recours contre les autres cautions qui, le cas échéant garantissaient avec elle la même dette ou la même fraction de la dette, solidairement ou conjointement peu importe. Ces deux recours ne sont pas identiques : le premier permet à la caution de se faire rembourser tout ce qu'elle a payé, et même davantage, le second, au contraire, ne peut qu'être partiel : entre cofidésseurs, la dette se divise. Cependant la caution *solvens* a souvent intérêt à exercer le second plutôt que le premier en raison de l'insolvabilité du débiteur. Elle peut d'ailleurs exercer l'un et l'autre en même temps.

La caution qui a payé ne peut agir contre ses cofidésseurs que pour leur part et portion dans la dette (articles 2033 et 1214 du Code civil). Elle doit donc diviser son recours et supporter elle-même une partie de la dette, pour laquelle elle peut évidemment exercer un recours contre le débiteur principal.

Si l'une des cautions est insolvable, il est équitable de ne pas laisser sa part en totalité au *solvens*. La part de l'insolvable se répartit entre les autres.

Pour exercer un recours contre ses cofidés, la caution doit naturellement avoir payé, totalement ou partiellement en tant que caution. Elle ne peut agir qu'à l'encontre des autres cautions de la même dette.

C. Extinction du cautionnement : la libération de la caution

La caution n'attend rien en contrepartie de son engagement, son unique perspective est donc la libération.

Les causes d'extinction du cautionnement sont nombreuses et variées. Contrat ordinaire, il s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations. Contrat accessoire constitutif d'une sûreté, il s'éteint aussi en même temps.

On distingue l'extinction par voie accessoire de l'extinction par voie principale.

1. L'extinction par voie accessoire

Le cautionnement étant par essence accessoire, il s'éteint avec l'extinction de l'obligation principale.

L'obligation principale peut s'éteindre pour plusieurs raisons énumérées pour la plupart à l'article 1234 du Code civil. Soit un paiement est intervenu à condition qu'il soit total et effectué par le débiteur ; soit elle s'éteint par novation, c'est-à-dire qu'un élément objectif (soit le changement d'objet soit le changement de créancier ou de débiteur) et un élément subjectif (la volonté d'éteindre l'obligation par la création d'une nouvelle) sont réunis ; lorsque le débiteur s'est vu accordé une remise de dette ; en cas de compensation ou de confusion ; en cas de nullité, résolution ou forclusion ; enfin en cas de dation en paiement (article 2038 du Code civil).

2. L'extinction par voie principale

D'autre part, le cautionnement étant un contrat ordinaire, l'article 2034 du Code civil dispose que l'obligation qui en résulte « *s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations* ». Il convient donc d'appliquer le droit commun à l'exception d'une cause d'extinction propre au cautionnement, la faute du créancier.

- Il importe de distinguer entre le cautionnement des dettes présentes et celui des dettes futures. Le premier suppose une obligation de règlement pour la caution des dettes présentes et pour la caution des dettes futures en cas d'extinction d'une obligation de couverture et lorsqu'il existe une dette principale. Cette obligation prendra fin par l'une des causes énumérées à l'article 1234 du Code civil. La libération de la caution emporte alors des effets sur le débiteur principal ainsi que sur les cofidés. Le second donne naissance à une obligation de couverture. Celle-ci a pour objet des dettes à naître pendant une durée qui peut être déterminée. Lorsqu'elle est déterminée, la survenance du terme extinctif met fin à l'obligation de couverture. En revanche lorsqu'elle est indéterminée, l'obligation s'éteint soit par la résiliation unilatérale du cautionnement, soit par des événements extérieurs tels que le décès de la caution, le

changement dans les relations de la caution avec le débiteur principal ou encore le changement de débiteur ou de créancier.

- Le sort de la caution dépend du créancier, son engagement auprès du débiteur n'ayant aucune contrepartie. Le créancier a donc un devoir de loyauté envers la caution. C'est pourquoi le droit positif prévoit la libération de la caution en cas de faute du créancier. Toutefois, la caution peut décider d'engager la responsabilité civile du créancier afin de diminuer sa dette. Enfin, la loi du 31 décembre 1989 fait bénéficier la caution d'une déchéance spéciale. Elle interdit notamment une banque de se prévaloir d'un cautionnement consenti par une personne physique ne pouvant assumer ses engagements, la banque devant vérifier elle-même les moyens de la caution. Le créancier voit également son droit de poursuite limité.

IV. Ecueils des sûretés

Les sûretés ont pour objet de favoriser le crédit et permettent au créancier d'avoir la sécurité d'être payé.

Cependant, les sûretés peuvent avoir des inconvénients. Les créanciers se soucient peu d'exiger le paiement à l'échéance. Par conséquent, le débiteur accumule un passif préjudiciable aux créanciers chirographaires.

Par ailleurs, bien souvent, le débiteur ne mesure pas l'importance de son engagement. La constitution conventionnelle de sûretés réelles est donc considérée comme un acte grave.

Certaines sûretés peuvent avoir des inconvénients d'ordre économique dans la mesure où elles augmentent le coût du crédit, lorsque leur constitution est soumise à un formalisme particulier ou lorsque le garant exige, pour le risque qu'il court, une rémunération.

Elles peuvent enfin compromettre la circulation des biens dans la mesure où la revente d'un immeuble hypothéqué ou gagé n'est pas chose aisée alors que la réalisation de la sûreté est lente et onéreuse.

C'est pourquoi il importe de bien choisir le type de sûreté correspondant à la situation.

V. Sûretés et protection des consommateurs

Le droit français des sûretés comporte quelques dispositions spécifiques à la protection des consommateurs. Ces dispositions sont contenues dans le Code de la consommation.

Ainsi, lorsque le débiteur principal est un consommateur exposé au recours personnel de sa caution pendant 30 ans, la loi du 31 décembre 1989 a modifié l'article 2 de la loi de 1978, afin de soumettre le régime du cautionnement, spécialement le recours de la caution, à celui des

opérations de crédit. Ce recours, soumis à l'article 311-37 du Code de la consommation prévoit un délai de prescription de deux ans et la compétence du tribunal d'instance.

La relation contractuelle entre le créancier et la caution constitue elle-même une opération de crédit, soumise par détermination de la loi Neiertz de 1989 au délai de prescription de deux ans à compter de l'acte et à la compétence du tribunal d'instance, lorsque le cautionnement est donné en garantie d'un prêt au consommateur relevant de l'article L311-1 du Code de la consommation : tous les litiges entre la caution et le créancier relèvent de l'article L 311-37 du Code de la consommation, de même que tous les recours de la caution contre le débiteur.

De plus, l'article L 331-7 (alinéas 1 et 4) prévoit des mesures de réduction de la dette du débiteur surendetté concernant les rapports entre le débiteur et le créancier.

Lorsque le débiteur principal est déclaré en redressement judiciaire, les droits des créanciers subissent une atteinte dans l'intérêt de la survie de l'entreprise. En France - contrairement aux droits étrangers qui considèrent la cessation des paiements du débiteur principal comme rendant exigible la dette de la caution - on considère que la dette principale n'est pas affectée par l'ouverture de la procédure collective : le sort de la caution dépend de celui de la dette.

La loi Neiertz du 31 décembre 1989 a instauré une procédure de traitement des situations de surendettement des personnes physiques contenue dans les articles L 331-1 à 333-8 du Code de la consommation. En vertu de ces dispositions, le juge peut également imposer aux créanciers d'une personne physique une suspension provisoire des poursuites, le report ou le rééchelonnement des dettes autres que fiscales, la suspension de l'exigibilité...

VI. Précisions terminologiques

A. La distinction entre cautionnement et garantie

La garantie autonome se distingue du cautionnement en droit français.

Tandis que le cautionnement consiste pour la caution à payer la dette du débiteur et peut se retourner contre lui, le garant est un simple trait d'union entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire dans la mesure où il paie sa propre dette. La cause de son engagement n'est pas le paiement de la dette du débiteur.

Le cautionnement fait de plus apparaître une relation stricte d'accessoire en ce que la caution s'engage à payer le créancier. L'engagement de la caution a le même objet que celui du débiteur. En revanche dans le cadre de la garantie à première demande, le garant paie une dette dont l'objet n'est pas identique à celle du débiteur, elles sont indépendantes. L'objet de la garantie est précisé de façon autonome ; la somme mais également les conditions de l'appel sont prévues. L'objet de la dette du garant ne suit pas les variations de l'objet dette du débiteur.

Enfin, le principe de l'inopposabilité des exceptions a vocation à jouer en matière de garanties. Autrement dit, le paiement par l'un n'éteint pas le dette de l'autre. S'agissant du

cautionnement, lorsque le créancier appelle la caution, cette dernière peut opposer toutes les exceptions.

B. Le nantissement

Selon l'article 2071 du Code civil, le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette. Cette sûreté efficace permet au créancier de conserver la mainmise sur le bien de son débiteur et connaît deux variantes : l'antichrèse, qui consiste à grever un immeuble et le gage, qui consiste pour le débiteur à se déposséder d'un meuble au profit d'un créancier qui pourra se faire payer sur celui-ci par préférence.

C. Le nantissement du fonds de commerce

Selon les articles L 142-1 et suivants du Code de commerce, un commerçant peut obtenir du crédit en nantissant son fonds de commerce. Il s'agit néanmoins d'une sûreté fragile, la valeur du fonds étant liée à la prospérité du commerçant.

Le régime de ce nantissement est proche de celui de l'hypothèque. Le débiteur n'est pas dépossédé et peut aliéner son fonds de commerce. La sûreté est publiée au greffe du tribunal de commerce dans la quinzaine de l'acte constitutif. Les créanciers nantis ont donc un droit de suite, mais également un droit de préférence sur le prix et sont classés selon leur ordre d'inscription. Ils réalisent leur droit au moyen d'une vente forcée aux enchères. Enfin, ils ne peuvent demander l'attribution judiciaire du fonds et n'ont pas non plus de droit de rétention.

D. La lettre d'intention

Il s'agit d'une déclaration émanant le plus souvent d'une société mère, que celle-ci délivre en garantie de l'une de ses filiales. Par des formules diverses, dont les termes ont une grande importance, la société mère parraine la filiale et lui permet ainsi d'obtenir du crédit auprès d'une banque. Elle s'engage à veiller à ce que la filiale puisse faire face à ses engagements, ou à ne rien faire qui puisse l'en empêcher ou à tout faire pour qu'elle dispose d'une trésorerie suffisante et y parvienne.

La nature de l'obligation qui en résulte est incertaine. Pour les uns, il s'agit d'une obligation morale, un gentlemen's agreement tandis que pour les autres elle donne naissance à une obligation civile de faire. En France elle est utilisée habilement pour simuler une situation de cautionnement tout en s'engageant peu. Si on l'analyse en un simple engagement moral, ce ne peut être réellement une sûreté.

La Cour de cassation approuve cette variété de qualifications et admet qu'une lettre d'intention puisse constituer dans certains cas un véritable cautionnement. Certaines lettres d'intention constituent donc un engagement moral, d'autres, un cautionnement déguisé (Cass.Com., 20 déc. 1987).

Lorsque la lettre donne naissance à une obligation de faire, la jurisprudence semble hésiter entre la qualification d'obligation de moyens et celle d'obligation de résultat, cependant aucune ligne d'ensemble ne se dégage.

Certains auteurs pensent que la lettre d'intention a été mal réglée en droit français et qu'elle ne peut en conséquence constituer un instrument solide.

Cet instrument d'origine anglo-américaine tend à être considérée en France comme une variété de garantie autonome.

VII. Sûretés et droit international privé : la loi applicable

La question du droit applicable est largement régie par le droit international privé. Cependant il semblerait qu'il existe diverses interprétations de la Convention de Rome.

En Allemagne, par exemple, le critère de détermination du droit applicable au cautionnement, est le lieu de résidence de la caution. Par conséquent, le droit applicable est celui du lieu de résidence de la caution.

Il en va différemment en droit français où le point de rattachement du cautionnement est le même que le point de rattachement de la créance.

Le contrat est donc régi par sa loi propre mais en cas de silence des parties sur le droit applicable, c'est la loi de l'obligation qu'il garantit qui aura vocation à s'appliquer (Cass.civ. 1^{er} juillet 1981).

La Cour de cassation française s'est effectivement prononcée plusieurs fois sur ce point. Selon notamment un arrêt du 3 décembre 1996, la Cour de cassation a décidé, au visa de l'article 3 du Code civil, que *si le contrat de cautionnement est soumis à sa loi propre, il y a lieu de présumer, dans le silence des parties à cet égard, qu'il est régi par la loi de l'obligation qu'il garantit.*

VIII. Le mécanisme des garanties à première demande

Dans le cadre des grands travaux internationaux, les entreprises se déplacent pour des chantiers à l'étranger. L'entreprise va effectuer les travaux, mais il est certain qu'a posteriori, il y aura des malfaçons légères ou importantes qui se révéleront avec le temps ou bien que le maître d'œuvre est insolvable. Il faut donc garantir un paiement sans difficultés.

La garantie à première demande est une création de la pratique bancaire étrangère qui est apparue progressivement en France. Elle intervient généralement dans les relations d'affaires internationales. Une entreprise française qui envisage de réaliser un marché à l'exportation, est généralement inconnue du maître d'ouvrage. Elle devra donc, à la demande du maître d'ouvrage étranger, fournir une garantie. Celle-ci sera donnée par la banque de l'entrepreneur ou par une banque de l'État du maître d'ouvrage, contre-garantie par une banque de l'entreprise maître d'œuvre. Les banques garantes s'engagent donc à payer à première demande du bénéficiaire et les contre-garantes à première demande des garantes.

Ainsi, si le maître d'ouvrage constate une défaillance, il appellera la garantie et recevra le pourcentage prévu. On renverse donc la charge du contentieux. L'objectif n'est pas de couvrir les dettes mais d'éviter au maître d'ouvrage des charges procédurales pénibles.

Le garant dispose d'un recours contre le donneur d'ordre. Il s'agit d'un recours personnel du garant fondé sur les relations avec le donneur d'ordre. L'engagement du garant est souvent fondé sur une convention de crédit, qui aménage ce recours personnel. Le raisonnement est le même qu'en matière de cautionnement, c'est-à-dire qu'en payant la somme garantie, le garant a libéré à due concurrence le donneur d'ordre et lui a rendu un service qui l'appauvrit.

Le recours du garant contre le donneur d'ordre implique que le premier ait payé le bénéficiaire.

Après le paiement de la garantie, le donneur d'ordre pourra demander la restitution de son montant au bénéficiaire s'il prouve l'absence de dette envers celui-ci.

Novembre 2003

Rapport préparé par :

***Maître Judith Adam-Caumeil
Avocat au Barreau de Paris
Rechtsanwältin au Barreau de Coblenz***

***2, avenue Trudaine
75009 PARIS
France***

***Tél. (00 33) (0) 1 42 81 41 51
Fax. (00 33) (0) 1 42 81 49 26
E-Mail : avocats@adam-caumeil.com***