

Les garanties personnelles privées – Critères et enjeux de la qualification en droit suisse

Résumé de thèse de doctorat¹

MARINE HALDY*

MOTS-CLÉS

Cautionnement – Porte-fort – Contrat de garantie – Engagement solidaire

I. Introduction

Dans le cadre de notre thèse de doctorat, nous avons choisi de nous intéresser aux garanties personnelles sous les différentes formes qu'elles revêtent en droit suisse. À la lecture de la foisonnante jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, il nous est apparu que quelques propositions méritaient d'être formulées en vue de favoriser la prévisibilité du droit, tout en cherchant à concilier le principe de la liberté contractuelle avec la nécessité de la protection des parties inexpérimentées dans ce domaine technique.

En effet, nous considérons comme particulièrement problématique le fait que certains contrats de garanties, promesses de porte-fort ou engagements solidaires puissent être considérés comme absolument nuls, par le biais de leur requalification en cautionnement (nul pour vice de forme), alors même que les parties avaient manifesté de façon réciproque et concordante leurs volontés. Il nous semble fondamental de favoriser les plus grandes sécurité et prévisibilité du droit possible dans le domaine des garanties personnelles. En pratique, lorsque la garantie concerne l'exécution d'une obligation contractuelle, l'existence et la validité d'une telle garantie constituent souvent un élément subjectivement essentiel pour le créancier de l'obligation principale.

II. Définition et formes de garanties personnelles en droit suisse

De façon générale, les garanties constituent des obligations ayant une fonction de sûreté. Les garanties personnelles confèrent, comme leur nom l'indique, un droit personnel, soit une créance, à l'égard d'un garant. Elles s'opposent traditionnellement aux garanties réelles qui confèrent au créancier un droit réel sur un objet.

Le droit suisse distingue trois formes principales de garanties personnelles :

- le contrat de cautionnement (art. 492 ss CO)² ;
- la promesse de porte-fort (art. 111 CO), à laquelle est rattachée le contrat de garantie³ ;
- l'engagement solidaire (art. 143 ss CO) qui peut prendre la forme d'une reprise cumulative de dette lorsque l'engagement concerne une obligation préexistante⁴.

En vertu du principe de la liberté contractuelle, les garanties personnelles ne sont cependant pas limitées à ces trois formes⁵. Des garanties personnelles *sui generis* sont donc tout à fait envisageables.

* MARINE HALDY, Docteure en droit, Avocate.
Cette contribution est publiée sous une licence Creative Commons. DOI de cet article: 10.3256/978-3-03929-036-9_11.

¹ MARINE HALDY, *Garanties personnelles privées – Critères et enjeux de la qualification en droit suisse*, Thèse Lausanne, Berne 2022.

² Pour une présentation détaillée du contrat de cautionnement, cf. HALDY (n. 1), 13 ss et les références citées.

³ Pour une présentation détaillée de la promesse de porte-fort et du contrat de garantie, cf. HALDY (n. 1), 171 ss et les références citées.

⁴ Pour une présentation détaillée de la solidarité passive en tant que garantie personnelle, cf. HALDY (n. 1), 229 ss et les références citées.

⁵ Cf. notamment Tribunal fédéral, arrêt 5P.450/1999 du 23 mars 2000, c. 3c ; Tribunal fédéral, arrêt 4C.24/1992 du 13 avril 1993, c. 4a (non publié in : ATF 119 II 132), reproduit et commenté par LOGOZ, in : Bulletin CEDIDAC No 20, 6 ss.

A. Garanties accessoires et garanties autonomes ou indépendantes

Les garanties personnelles peuvent être subdivisées en deux grandes familles : les garanties accessoires et les garanties dites autonomes ou indépendantes.

L'accessoriété d'une garantie signifie que son existence dépend de celle d'une dette principale et du contenu de celle-ci⁶ ; le sort de la garantie accessoire suit le sort de l'obligation principale⁷. De plus, le paiement de la garantie n'intervient qu'en cas d'inexécution de cette dernière⁸. Le contrat de cautionnement (art. 492 ss CO) constitue la forme la plus fréquente de garantie accessoire.

Quant à elles, les garanties dites autonomes ou indépendantes existent pour elles-mêmes sans que leur sort ne soit lié à une obligation principale⁹. L'obligation de paiement du garant découle ainsi strictement des conditions posées par la garantie elle-même. La validité d'une garantie indépendante ou autonome ne suppose ainsi pas que cette relation garantisse une obligation principale existante et valable. L'engagement du garant subsiste donc, en principe, lorsque le rapport de base ne prend pas naissance, lorsqu'il est frappé d'invalidité ou lorsqu'il ne peut pas faire l'objet d'une action en justice¹⁰.

La promesse de porte-fort constitue une telle garantie autonome. Tel est en principe également le cas du contrat de garantie, bien que l'existence de contrats de garantie de nature accessoire ne doive pas être exclue, en vertu du principe de la liberté contractuelle¹¹. L'engagement solidaire et la reprise cumulative de dette constituent aussi des garanties indépendantes, dans la mesure où chacun des débiteurs répond de la dette de manière indépendante et à titre principal¹².

B. Garanties primaires et garanties subsidiaires

Le niveau de subsidiarité des garanties personnelles par rapport à une obligation principale constitue un second critère de distinction important. Ce critère se rapporte aux conditions de mise en œuvre de la garantie ; plus le niveau de subsidiarité est élevé, plus il est compliqué pour le créancier d'aller rechercher le garant. Concrètement, une garantie primaire permettra au créancier d'aller rechercher directement le garant, alors que, en présence d'une garantie subsidiaire, il devra rechercher en premier lieu le débiteur principal, ou effectuer d'autres démarches préalables. Alors que le contrat de cautionnement est toujours subsidiaire, l'engagement solidaire et la reprise cumulative de dette sont primaires par nature. Le niveau de subsidiarité des contrats de garantie variera, pour sa part, en fonction des modalités convenues par les parties¹³.

III. Les distinctions entre les différentes formes de garanties personnelles

Les différentes garanties personnelles ne sont pas toujours aisées à distinguer en pratique. En effet, conformément à l'article 18 CO, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur soit pour déguiser la nature véritable de la convention.

Afin de faciliter la distinction entre les différentes formes de garanties personnelles, nous avons comparé celles-ci entre elles, dans le cadre de notre thèse, selon différents critères. Les comparaisons ont ensuite été synthétisées sous forme de tableaux.

Nous avons retenu les critères suivants pour effectuer notre analyse comparative¹⁴ :

- a. accessoriété de la garantie ;
- b. subsidiarité de la garantie ;
- c. nature du rapport de base ;
- d. objet du contrat ;
- e. intérêt personnel du garant ;
- f. forme du contrat ;
- g. conditions d'exécution de la garantie ;
- h. existence d'une action récursoire à disposition du garant qui s'est exécuté.

⁶ Cf. notamment ATF 122 III 125, JdT 1998 II 82, c. 2b ; ATF 120 II 35, c. 3a (résumé au JdT 1995 I 157).

⁷ Cf. notamment ATF 125 III 305, JdT 2000 I 635, c. 2b ; HALDY (n. 1), 5 et les références citées.

⁸ Cf. notamment ATF 131 III 511, c. 4.2 ; HALDY (n. 1), 5 et les références citées.

⁹ Cf. notamment ATF 138 III 241, SJ 2012 I 365, c. 3.2 ; HALDY (n. 1), 6 et les références citées.

¹⁰ Cf. notamment ATF 131 III 511, c. 4.2 ; HALDY (n. 1), 197 et les références citées.

¹¹ Pour plus de détails sur cette question, cf. HALDY (n. 1), 202 s. et les références citées.

¹² Cf. notamment ATF 129 III 702, JdT 2004 I 535, c. 2.1 ; HALDY (n. 1), 229 s. et les références citées.

¹³ Pour plus de détails sur cette question, cf. HALDY (n. 1), 6 s. et les références citées.

¹⁴ Pour une comparaison détaillée des différentes formes de garanties personnelles, cf. HALDY (n. 1), 251 ss.

IV. Qualification d'une garantie personnelle concrète

A. Liberté contractuelle

Avant de qualifier une garantie personnelle concrète, par le biais de son interprétation, il est nécessaire de passer par l'examen préalable de la liberté contractuelle des parties. En effet, selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, la liberté contractuelle des parties en matière de garanties personnelles n'est pas absolue. Se fondant sur l'objectif de protection des parties inexpérimentées, notre Haute Cour pose ainsi certaines conditions à la conclusion de promesses de porte-fort, de contrats de garantie et d'engagements solidaires (ou de reprises cumulatives de dettes) par une personne physique qui n'est ni rompue aux contrats de sûreté ni familière du vocabulaire juridique suisse. Dans un tel cas, il est requis que le contrat atteste, de manière clairement compréhensible pour la partie inexpérimentée, de la connaissance qu'a cette partie quant à la portée réelle de son engagement et explicite les raisons pour lesquelles elle a souhaité se détourner de la conclusion d'un contrat de cautionnement¹⁵.

Les exigences ainsi posées par la jurisprudence du Tribunal fédéral nous semblent excessives. Il nous paraît, en effet, contraire au principe fondamental de la liberté contractuelle de limiter le cercle des personnes habilitées à s'engager par le biais d'une garantie indépendante. Nous considérons que chacun doit pouvoir choisir quel genre d'engagement il souhaite conclure, dans la mesure où il procède à ce choix en toute liberté et en ayant conscience de la portée de son engagement¹⁶. Cela correspond, par ailleurs, au choix opéré par le législateur au moment de la révision du droit du cautionnement¹⁷.

B. Interprétation du contrat

L'enjeu pratique central des distinctions entre les différentes garanties personnelles revient à savoir si, en présence d'un contrat qui n'a pas été conclu dans une forme particulière, celui-ci constitue une garantie informelle valable ou un contrat de cautionnement nul pour vice de forme. La réponse à cette question suppose de procéder

en deux étapes ; lorsque l'on est confronté à un contrat, il s'agit, en premier lieu, de déterminer la nature juridique de celui-ci – la question de sa validité, notamment formelle, ne se pose que dans un second temps¹⁸.

Les principes généraux d'interprétation des contrats sont applicables aux contrats de garanties personnelles¹⁹. En addition, le Tribunal fédéral a développé, dans sa foisonnante jurisprudence en la matière, certaines lignes directrices basées sur l'identification d'indices²⁰. Le juge n'est pas pour autant dispensé de procéder systématiquement à un examen de l'ensemble des circonstances du cas concret, pas plus que d'apprécier le contrat dans sa globalité²¹.

Lorsque les circonstances et l'interprétation du contrat par l'application des principes généraux et l'identification d'indices permettent de qualifier le contrat de façon univoque, il convient de s'en tenir à la conclusion à laquelle l'interprète aboutit²². Lorsqu'un doute subsiste, notamment lorsque l'interprète se trouve en présence d'indices contradictoires, il convient d'appliquer les présomptions suivantes²³ :

- a. présomption en faveur d'un contrat de cautionnement lorsqu'un particulier²⁴ s'engage ;
- b. présomption en faveur d'une garantie indépendante en présence d'un garant rompu aux affaires.

La complexité de l'interprétation et de la qualification des contrats de garanties personnelles nous a donné l'opportunité de proposer, dans le cadre de notre thèse, une marche à suivre, également résumée sous forme de schéma, afin de guider le praticien²⁵.

¹⁵ Cf. notamment ATF 129 III 702, JdT 2004 I 535, c. 2.4.3 ; pour plus de détails sur cette problématique, cf. HALDY (n. 1), 279 ss et les références citées.

¹⁶ Pour plus de détails concernant notre prise de position, cf. HALDY (n. 1), 283 s. ; cf. également Section V ci-dessous concernant nos propositions.

¹⁷ Pour plus de détails sur cette question, cf. HALDY (n. 1), 277 s. et les références citées.

¹⁸ Cf. notamment ATF 122 III 361, JdT 1997 I 206, c. 4 ; HALDY (n. 1), 284 et les références citées.

¹⁹ Pour une présentation et un schéma récapitulatif de l'application des principes généraux d'interprétation contractuelle aux garanties personnelles, cf. HALDY (n. 1), 285 ss et les références citées.

²⁰ Pour une présentation des indices en faveur du contrat de cautionnement et des indices en faveur d'une garantie indépendante, cf. HALDY (n. 1), 291 ss et les références citées.

²¹ Cf. notamment ATF 131 III 511, c. 4.3 ; HALDY (n. 1), 291 et les références citées.

²² Pour plus de détails sur cette question, cf. HALDY (n. 1), 308 et les références citées.

²³ Pour plus de détails concernant la présomption en faveur d'un contrat de cautionnement et la présomption en faveur d'une garantie indépendante, cf. HALDY (n. 1), 309 ss et les références citées.

²⁴ Selon le Tribunal fédéral, le « particulier » est une personne physique privée non expérimentée en affaires (cf. notamment ATF 113 II 434, JdT 1988 I 185, c. 2c).

²⁵ Cf. HALDY (n. 1), 312 ss et 371.

V. Propositions visant à concilier liberté contractuelle et protection des parties inexpérimentées

Nous défendons l'opinion qu'un contrat passé en la forme écrite (art. 12 ss CO) peut garantir, de façon satisfaisante, la protection d'une partie inexpérimentée, à condition qu'il soit rédigé de façon à rendre celle-ci attentive à la portée de l'obligation contractée. À cet égard, nous admettons qu'il soit possible de renvoyer à une annexe spécifiquement rédigée dans ce but, à condition naturellement que celle-ci soit valablement intégrée au contrat²⁶.

Nous proposons également d'admettre une présomption irréfragable en faveur d'une garantie indépendante en présence d'un contrat clairement identifié comme étant de nature indépendante et exposant, de façon compréhensible pour la partie inexpérimentée, la portée de son engagement. Cette proposition est formulée dans le souci de répondre à l'absence de sécurité juridique découlant de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral qui expose toutes les garanties indépendantes souscrites par des particuliers au risque de requalification en cautionnement nul pour vice de forme²⁷.

De façon plus générale, nous recommandons aux parties de rédiger tout contrat de garantie personnelle de la manière la plus précise possible, afin de ne pas laisser la place au doute dans le cadre d'une interprétation ultérieure. Lorsqu'une partie inexpérimentée s'engage et que les parties souhaitent se détourner de la forme du cautionnement, il est indispensable que l'accord soit soumis à la forme écrite et qu'il détaille, en termes clairs et compréhensibles, la responsabilité assumée. En complément, il est nécessaire, pour prévenir tout risque de requalification en cautionnement nul pour vice de forme, d'intégrer une formule selon laquelle le garant confirme qu'il a saisi les risques auxquels il s'expose et qu'il a ainsi pleine conscience de la portée de son engagement²⁸.

VI. Conclusion

Notre thèse ne s'adresse pas exclusivement aux juristes, mais à l'ensemble des praticiens actifs dans le domaine des garanties personnelles. Les objectifs poursuivis dans notre ouvrage sont de guider le délicat processus d'interprétation et de qualification d'un contrat de garantie personnelle, à la lumière des principes dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, ainsi que de mettre en lumière les points essentiels auxquels le rédacteur d'un tel contrat doit être attentif.

Les propositions formulées tendent à favoriser la liberté contractuelle des parties en matière de garanties personnelles, telle qu'elle a été souhaitée par le législateur, tout en garantissant une protection adéquate des parties inexpérimentées dans ce domaine bien particulier.

²⁶ Pour plus de détails concernant cette proposition et sa mise en œuvre, cf. HALDY (n. 1), 363 ss.

²⁷ Pour plus de détails concernant cette proposition, cf. HALDY (n. 1), 364 s.

²⁸ Cf. HALDY (n. 1), 365.