

Rédaction du cautionnement « omnibus » : la durée doit être appréhendée sous deux angles (Com., 22 nov. 2011 : [10](#)). S'il évoque la figure innocente et tranquille du petit tortillard, le cautionnement « omnibus » est une sûreté pour le moins aventureuse. La caution y garantit le paiement des dettes *futures* que le débiteur principal viendra à contracter envers le créancier. Elle n'est donc pas en mesure de connaître *ab initio* le montant de son engagement, qui dépendra le plus souvent de la propension du débiteur à utiliser son crédit et de son aptitude à l'honorer. Pour tempérer le risque qui en découle, on délimitera le périmètre des dettes garanties quant à leur source (dettes issues de marché, de tel contrat, y inclus ou non le renouvellement, etc.), voire quant à leur montant. On plafonnera par ailleurs la garantie, précaution devenue presque systématiquement indispensable en présence d'une caution personne physique (v. not. art. L. 341-5 C. consom.). On s'interrogera aussi, et peut-être surtout, sur la durée de la garantie. L'arrêt signalé est l'occasion de rappeler que cette question est double. Une banque se porte caution solidaire de toutes les sommes dont une société pourrait être débitrice à l'égard d'une autre au titre d'un contrat de distribution, à concurrence de deux millions de francs. Il est prévu que l'engagement de la caution « *est valable jusqu'au 15 janvier 2000* » et que « *passé cette date, il ne pourra plus y être fait appel* ». Le 14 avril 2000, soit près de trois mois après ladite date, la société créancière met en œuvre le cautionnement pour obtenir le règlement de dettes impayées. La caution refuse de s'exécuter, objectant que cette demande est formulée hors délai. La cour d'appel saisie du litige la suit, mais son arrêt est cassé ([Com. 27 mai 2008, n° 07-11374](#)). La cour de renvoi résiste et déboute elle aussi la société créancière, motif pris de la clause de durée. Nouvelle cassation : « *en statuant ainsi, la cour d'appel a dénaturé le sens clair et précis de cette clause dont le seul effet était de limiter la garantie de la caution au temps convenu par les parties et non d'imposer au créancier d'engager contre elle ses poursuites dans le même délai* ».

L'arrêt – non publié au Bulletin – illustre à merveille la célèbre distinction, mise en lumière par Christian Mouly (Les causes d'extinction du cautionnement, Litec, 1979), entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement (sur cette distinction et les controverses qu'elle suscite : A.-S. Barthez et D. Houtcieff, Les sûretés personnelles, LGDJ

2010, n° 411 et s.). La première fixe la période à l'intérieur de laquelle les dettes doivent être nées pour relever de la garantie. C'est un intervalle de captation : telle dette tombe dans le giron du cautionnement si et seulement si au jour de naissance, l'obligation de couverture est en vigueur. Quant à l'obligation de règlement, elle désigne tout simplement celle qu'à la caution de régler les dettes nées en période de couverture et demeurées impayées. En l'espèce, c'est autour de cette distinction qu'est née la divergence entre les juges d'appel et la Cour de cassation. Pour les premiers, la clause de durée affectait l'obligation de règlement, laquelle devait en conséquence s'éteindre le 15 janvier 2000 à minuit : d'où le débouté. Pour la Chambre commerciale, au contraire, cette clause ne concernait que l'obligation de couverture, de sorte que la date butoir ne mettait fin qu'à l'intervalle de captation, laissant subsister l'obligation de règlement des dettes nées antérieurement (v. déjà [Com., 29 févr. 1984, Bull. n° 83](#) ; [Civ. 1^{ère}, 4 juil. 1979, Bull. n° 201](#)). Cette position peut être surprenante pour la caution. La notion d'« *appel* » au cautionnement renvoie en effet plus vraisemblablement au règlement, qui suppose une demande du créancier, qu'à la couverture, dont le fonctionnement ne nécessite en principe aucune initiative de ce dernier. En tout cas, l'arrêt montre que la durée du cautionnement *omnibus* doit être appréhendée à deux égards et, dans l'idéal, au sein de deux clauses distinctes soigneusement libellées. L'une renseignera sur la période de couverture, en l'assortissant d'une durée déterminée ou non, étant rappelé que dans ce dernier cas la caution pourra résilier son engagement à tout moment avec préavis. L'autre clause fixera le délai qui est imparti au créancier *pour agir en paiement contre la caution* . On pourra, à cet égard, recourir à une clause abrégative de prescription, dont la loi reconnaît aujourd'hui expressément la validité à la condition qu'elle ne descende pas au-dessous d'un an (art. 2254 C. civ.). Pourvu que le point de départ du délai imparti au créancier ne soit pas antérieur à l'exigibilité de la dette principale, rien ne s'oppose à la présence d'une telle stipulation dans un cautionnement (v. déjà [Civ. 2^{ème}, 14 oct. 1987, Bull. n° 195](#), retenant cependant la qualification de délai de forclusion), puisque la caution peut être tenue moins durement que le débiteur principal (art. 2290 C. civ.). Et dans cette stipulation, la caution trouvera un avantage direct, mais aussi, peut-être, un effet favorable incident. Il n'est pas rarissime que, fort de sa garantie, le créancier tarde

à prendre les mesures qui s'imposent (action paiement, réduction ou suppression de la ligne de crédit) face aux difficultés que l'impayé révèle en la personne du débiteur principal. Mais plus il attend, plus la situation peut se dégrader, plus le recours contributoire de la caution, si celle-ci vient à payer, peut être compromis. En théorie, cet attentisme peut durer cinq années (art. 2224 C. civ.). Réduire la durée de l'obligation de règlement, c'est limiter d'autant le risque qui en découle pour la caution.

Pacte de préférence : de la réactivité imposée au bénéficiaire qui apprend l'existence d'une vente (Com., 3 nov. 2011 : [C11010](#)). Il y a un peu plus de cinq ans, la Chambre mixte de la Cour de cassation changeait de position sur la sanction applicable en cas de violation d'un pacte de préférence et décidait que le bénéficiaire d'un tel pacte « *est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur (...) à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* » (26 mai 2006, Bull. n° 4 ; v. [notre Lettre, juil. 2006](#)). A cette condition, relative à l'état psychologique du tiers au seuil du contrat, un arrêt rendu par la Ch. com. le 3 novembre dernier ajoute, *de facto*, une autre exigence, tenant à l'attitude que doit adopter le bénéficiaire lorsqu'il a connaissance de la violation du pacte. Un bail commercial contient un pacte de préférence en cas de cession de l'immeuble loué. Celui-ci est vendu, puis revendu. Informé de ces ventes, le preneur s'acquitte successivement des loyers entre les mains des nouveaux propriétaires, sans contestation. Puis, quelques années après, il assigne en nullité des deux ventes et en substitution. La cour d'appel saisie du litige estime qu'il a renoncé au pacte. Elle en est approuvée par l'arrêt signalé, dans les termes suivants : « *ayant relevé que [le preneur] avait eu connaissance des ventes et de leurs conditions financières dans le mois qui avait suivi leur réalisation (...), qu'[il] avait effectué les paiements des loyers au nouveau propriétaire dès le mois qui avait suivi chacune des cessions, sans la moindre protestation, et qu'[il] n'avait pas non plus manifesté de protestation, ni exprimé la volonté d'invoquer le pacte de préférence lors du congé avec offre de renouvellement du bail délivré par le nouveau propriétaire, la cour d'appel a pu déduire de ces seuls motifs que ces actes s'analysaient en une renonciation tacite, certaine et non équivoque (...) à se prévaloir du pacte de préférence* ».

La solution peut paraître sévère, mais elle s'explique peut-être au regard de la singularité du droit conféré au

bénéficiaire en cas de violation du pacte. Sévère, parce que la renonciation est déduite d'un comportement qui ne la traduit pas avec évidence. Le paiement des loyers procède d'une obligation qui existe et dont l'exécution conditionne en outre la pérennité des droits du preneur. Certes, l'annulation de la vente et la substitution devraient emporter rétroactivement cette obligation. Mais le preneur prendrait un risque sérieux à s'abstenir de payer son loyer en pariant sur cette annulation. L'acquiescement des loyers peut donc raisonnablement s'expliquer par la prudence, si bien que la renonciation qu'il pourrait traduire est au moins équivoque. Reste l'absence de protestation. Il est vrai que le preneur aurait été bien inspiré d'émettre des réserves expresses dans tout échange susceptible d'être perçu comme une reconnaissance de la légitimité des droits du tiers acquéreur. Mais son silence était-il pour autant éloquent et univoque ? Observons d'abord que, même si tacite vient de *tacere*, qui signifie « se taire », les tribunaux sont généralement réticents à déduire une renonciation d'un simple silence (v. not. [Civ. 1^{ère}, 12 juil. 2007, Bull. n° 273](#) ; [Civ. 2^{ème}, 10 mars 2005, Bull. n° 68](#)) et, en particulier, d'une absence de protestation (v. not. [Civ. 2^{ème}, 20 juin 2002, Bull. n° 138](#) ; [Civ. 1^{ère}, 5 juil. 1989, Bull. n° 281](#)). De fait, l'immobilisme peut très bien s'expliquer par d'autres causes qu'une renonciation : l'hésitation, la stratégie, l'ignorance du droit, la peur, etc. Et pour éviter que l'inertie ne s'éternise, il existe une institution toute dédiée à l'extinction du droit en souffrance : c'est la prescription – encore elle. Face à quoi, la renonciation déduite d'une absence de protestation fait un peu double-emploi. Sans doute, en l'espèce, est-ce la réunion des deux séries « d'actes » du preneur – absence de protestation *et* paiement des loyers – qui a emporté la solution. L'équivoque sur équivoque débouche sur l'univoque ... En vérité, on peut se demander si cette solution ne tient pas davantage au caractère atypique de la sanction dont le preneur réclamait ici le prononcé. Comme le relevait Jean Carbonnier, il est des prérogatives que le droit ne confère qu'à regret (les « *jura singularia* »), en imposant à celui qui entend en bénéficier une réactivité plus aiguë que d'ordinaire (Notes sur la prescription extinctive, RTD civ. 1952, 171, spéc. p. 178). La faculté dont le bénéficiaire du pacte se prévalait en l'espèce, faculté que la jurisprudence a eu tant de mal à consacrer, ne serait-elle pas de celles-ci ? On s'expliquerait ainsi l'accueil assez bienveillant qui est fait à la renonciation en ce domaine. L'annulation et la substitution se méritent peut-être plus que d'autres sanctions, ce dont le bénéficiaire doit désormais avoir conscience.