Table des matières

Avant-propos	V
Sommaire.....	VII
Table des abréviations.....	XIX
Bibliographie	XXIII
1. Introduction	1
2. Les garanties personnelles en général	3
2.1. Définition	3
2.2. Formes de garanties personnelles en droit suisse	4
2.2.1. Les garanties accessoires et les garanties autonomes ou indépendantes.....	5
2.2.1.1. Les garanties accessoires	5
2.2.1.2. Les garanties autonomes ou indépendantes.....	6
2.2.2. Les garanties primaires et les garanties subsidiaires	6
2.3. Le caractère unilatéral des garanties personnelles.....	7
2.4. Le caractère conditionnel de l'engagement du garant	8
2.4.1. Typologie des conditions	9
2.4.1.1. Conditions suspensives et résolutoires	9
2.4.1.2. Conditions positives et négatives.....	10
2.4.1.3. Conditions casuelles et potestatives.....	11
2.5. Le caractère patrimonial des garanties personnelles.....	12
3. Le contrat de cautionnement.....	13
3.1. Définition et bases légales.....	13
3.2. Typologie du contrat	14
3.3. Conclusion du contrat.....	15
3.4. Parties.....	16
3.4.1. Parties au contrat de cautionnement.....	16
3.4.1.1. Capacité de contracter.....	17
3.4.1.1.1. Capacité de cautionner.....	17
3.4.1.1.2. Capacité du créancier.....	18
3.4.1.2. Représentation.....	19
3.4.1.2.1. Représentation directe	19
3.4.1.2.2. « Représentation » indirecte	19
3.4.2. Relation entre la caution et le débiteur principal.....	20
3.4.2.1. Généralités et nature de la relation.....	21
3.4.2.2. Droit à la fourniture de sûretés et à la libération.....	22
3.4.2.3. Impact sur le contrat de cautionnement de la relation entre la caution et le débiteur principal.....	23
3.4.2.4. Droit de recours de la caution contre le débiteur principal	24
3.4.2.4.1. Droit de recours général (art. 507 al. 1 et 2 CO).....	24
3.4.2.4.2. Droit de recours spécial	28
3.4.2.4.3. Relation entre le droit de recours général et le droit de recours spécial.....	29

3.5. Objet du contrat.....	29
3.5.1. Engagement de la caution.....	29
3.5.1.1. Nature.....	29
3.5.1.2. Portée.....	31
3.5.1.3. Réduction légale de la garantie.....	35
3.5.1.3.1. Réduction périodique.....	35
3.5.1.3.2. Réduction proportionnelle.....	36
3.5.1.3.3. Exceptions.....	37
3.5.1.3.4. Lien entre l'amortissement périodique et la réduction proportionnelle.....	37
3.5.2. Caractéristiques de la dette principale garantie.....	38
3.5.2.1. Fondement.....	38
3.5.2.2. Nature de la prestation.....	40
3.5.2.3. Altérité du débiteur principal.....	41
3.5.2.4. Détermination de la dette principale.....	42
3.5.2.5. Obligation future ou conditionnelle (art. 492 al. 2 <i>in fine</i> CO).....	45
3.5.2.6. Extension de l'obligation principale.....	46
3.5.3. Obligations du créancier ?.....	47
3.5.3.1. Absence générale d'obligation.....	47
3.5.3.2. Incombances particulières.....	49
3.5.3.2.1. Sauvegarde des sûretés (art. 503 al. 1 CO).....	50
3.5.3.2.2. Délivrance des sûretés et des renseignements utiles à la caution (art. 503 al. 3 et 4 CO).....	52
3.5.3.2.3. Incombances découlant de l'article 505 CO.....	53
3.5.3.2.4. Autres incombances.....	56
3.6. Accessoriété.....	56
3.6.1. Moyens de défense en général.....	57
3.6.2. Exceptions au principe de l'accessoriété.....	64
3.6.2.1. Moyens de défense propres au débiteur principal.....	64
3.6.2.1.1. Exceptions résultant de l'insolvabilité du débiteur principal.....	64
3.6.2.1.2. Vices du consentement.....	65
3.6.2.2. « Cautionnement-garantie ».....	66
3.6.3. Moyens de défense propres à la caution.....	68
3.6.4. Cession de créance et reprise privative de dette.....	69
3.6.4.1. Cession de créance.....	69
3.6.4.2. Reprise privative de dette.....	70
3.6.5. Election de droit, prorogation de for, clause arbitrale.....	71
3.7. Validité du contrat.....	71
3.7.1. Validité de l'obligation principale.....	72
3.7.2. Validité matérielle du cautionnement.....	73
3.7.2.1. Impossibilité, illicéité et contrariété aux mœurs.....	73
3.7.2.1.1. Impossibilité.....	73
3.7.2.1.2. Illicéité.....	73
3.7.2.1.3. Contrariété aux mœurs.....	74
3.7.2.1.4. Conséquences.....	75
3.7.2.2. Vices du consentement et lésion.....	75
3.7.2.2.1. Erreur essentielle (art. 23 ss CO).....	76

3.7.2.2.2.	Dol (art. 28 CO).....	78
3.7.2.2.3.	Crainte fondée (art. 29 s. CO).....	79
3.7.2.2.4.	Conséquences de l'existence d'un vice du consentement	80
3.7.2.2.5.	Lésion (art. 21 CO).....	80
3.7.2.3.	Engagement excessif.....	81
3.7.2.4.	Prise en compte du lien émotionnel ?	85
3.7.2.5.	Indication du montant maximal de l'engagement de la caution	86
3.7.3.	Validité formelle du cautionnement	88
3.7.3.1.	Éléments objectivement essentiels devant figurer dans le contrat.....	89
3.7.3.2.	Forme légale.....	92
3.7.3.2.1.	Forme écrite simple	93
3.7.3.2.2.	Forme écrite qualifiée	94
3.7.3.2.3.	Forme authentique	95
3.7.3.2.4.	Une réforme de ces exigences formelles est- elle souhaitable ?	95
3.7.3.2.5.	Modifications subséquentes du contrat de cautionnement.....	97
3.7.3.2.6.	Pouvoir spécial de cautionner et promesse de cautionner	97
3.7.3.2.6.1.	Pouvoir spécial de cautionner	98
3.7.3.2.6.2.	Promesse de cautionner	99
3.7.3.2.7.	Reprise interne de la dette issue du contrat de cautionnement.....	100
3.7.3.3.	Éléments couverts par la forme légale.....	100
3.7.3.4.	Sanction du vice de forme.....	102
3.7.3.5.	Conditions générales	104
3.7.3.5.1.	Intégration des conditions générales	104
3.7.3.5.2.	Conditions générales abusives	105
3.7.3.5.3.	Clauses insolites	106
3.7.3.6.	Consentement du conjoint ou du partenaire enregistré	106
3.8.	Types de cautionnements	111
3.8.1.	Cautionnement simple.....	112
3.8.1.1.	Bénéfice de discussion personnelle	112
3.8.1.2.	Bénéfice de discussion réelle	113
3.8.1.3.	Cautionnement pour le découvert	114
3.8.1.4.	Nature dispositive de l'article 495 CO	115
3.8.2.	Cautionnement solidaire.....	115
3.8.2.1.	Qualification de cautionnement solidaire.....	116
3.8.2.2.	Retard qualifié de la part du débiteur principal	117
3.8.2.2.1.	Sommation.....	117
3.8.2.2.2.	Insolvabilité notoire.....	118
3.8.2.2.3.	Transfert du domicile du débiteur à l'étranger.....	119
3.8.2.3.	Bénéfice de discussion réelle limité.....	119
3.8.2.4.	Autres exceptions de la caution	120
3.8.2.5.	Nature primaire de l'engagement de la caution ?	121

3.8.2.6. Applicabilité des articles 143 ss CO, relatifs à la solidarité passive ?.....	121
3.8.3. Le cautionnement solidaire lié au COVID-19.....	122
3.8.3.1. Contexte.....	122
3.8.3.2. Mécanisme de soutien.....	123
3.8.3.3. Conditions d’octroi des cautionnements solidaires.....	126
3.8.3.3.1. Cautionnements solidaires avec conditions allégées.....	126
3.8.3.3.2. Autres cautionnements solidaires.....	127
3.8.3.3.3. Exclusions.....	128
3.8.3.4. Montant cautionné.....	129
3.8.3.5. Procédure.....	130
3.8.3.5.1. Crédit COVID-19.....	130
3.8.3.5.2. Crédit COVID-19 Plus.....	131
3.8.3.5.3. Dispositions communes.....	131
3.8.3.6. Forme du contrat de cautionnement solidaire.....	132
3.8.3.6.1. Cautionnements solidaires avec conditions allégées (art. 3 OCaS-COVID-19).....	132
3.8.3.6.2. Autres cautionnements solidaires (art. 4 OCaS-COVID-19).....	133
3.8.3.7. Exécution des contrats de cautionnements solidaires.....	133
3.8.3.7.1. Cautionnement solidaire avec conditions allégées.....	134
3.8.3.7.2. Autres cautionnements solidaires.....	134
3.8.3.8. Durée du cautionnement solidaire.....	135
3.8.3.9. Conséquences pour les entreprises bénéficiaires.....	135
3.8.3.10. Obligations d’informer des banques.....	135
3.8.3.11. Droit de recours des organisations de cautionnement.....	136
3.8.3.12. Synthèse et perspectives.....	137
3.8.4. Cautionnement conjoint.....	138
3.8.4.1. Cautionnement conjoint simple.....	139
3.8.4.2. Cautionnement conjoint solidaire.....	140
3.8.4.2.1. Cautionnement conjoint solidaire parfait.....	141
3.8.4.2.2. Cautionnement conjoint solidaire imparfait.....	142
3.8.4.2.3. Droit de recours interne entre les co-cautions.....	142
3.8.4.3. Libération de la caution conjointe.....	145
3.8.5. Cautionnement plural indépendant.....	147
3.8.6. Certificat de caution et arrière-cautionnement.....	148
3.8.6.1. Certificat de caution.....	148
3.8.6.2. Arrière-cautionnement.....	149
3.9. Exécution du contrat – Paiement de la caution.....	151
3.9.1. Exigibilité.....	151
3.9.1.1. En général.....	151
3.9.1.2. Prescription.....	152
3.9.1.3. Exécution anticipée.....	153
3.9.1.4. Faillite de la caution.....	155
3.9.2. Lieu d’exécution et for.....	156
3.9.3. Preuves.....	156
3.9.4. Suspension de la poursuite.....	156

3.9.5. Avis du paiement opéré par la caution (art. 508 CO).....	158
3.10. Durée et fin du cautionnement	159
3.10.1. Extinction de la dette principale.....	160
3.10.2. Confusion des qualités de débiteur et de caution.....	162
3.10.3. Expiration d'un délai de vingt ans dès la conclusion du contrat.....	162
3.10.4. Cautionnement d'une dette future.....	163
3.10.5. Cautionnement pour un temps déterminé.....	164
3.10.6. Cautionnement pour un temps indéterminé.....	168
4. La promesse de porte-fort et le contrat de garantie.....	171
4.1. Définitions et bases légales	171
4.1.1. Promesse de porte-fort	171
4.1.2. Contrat de garantie	172
4.1.3. Lettre de crédit standby.....	174
4.2. Typologie de la relation.....	176
4.3. Conclusion de la relation.....	177
4.4. Parties.....	178
4.4.1. Parties à la relation de porte-fort et au contrat de garantie	178
4.4.2. Relation entre le garant et le donneur d'ordre	180
4.4.2.1. Qualification juridique	180
4.4.2.2. Diligence et fidélité.....	181
4.4.2.3. Action récursoire ?	183
4.4.3. Relation entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire de la garantie.....	184
4.5. Objet du contrat.....	185
4.5.1. Prestation caractéristique	185
4.5.2. Nature juridique de la relation de base.....	187
4.5.2.1. Garantie liée à l'exécution d'un contrat (<i>Bürgschaftsähnliche Garantie</i>)	189
4.5.2.2. Garantie déliée (<i>reine Garantie</i>).....	190
4.5.2.3. Garanties de résultat	192
4.5.3. Les garanties bancaires (survol).....	193
4.5.3.1. Garantie en cas de défaut de paiement (<i>Zahlungsgarantie</i>).....	194
4.5.3.2. Garantie de soumission (<i>Bietungs-, Offert-, Ausschreibungs- ou Submissionsgarantie</i>).....	194
4.5.3.3. Garantie de bonne exécution (<i>Erfüllungsgarantie</i>).....	195
4.5.3.4. Garantie de restitution ou de remboursement d'acomptes (<i>Anzahlungs-, Rückzahlungs- ou Vorauszahlungsgarantie</i>).....	196
4.5.3.5. Contre-garantie (<i>Rück- ou Gegengarantie</i>)	196
4.6. Indépendance.....	197
4.6.1. Principe	197
4.6.1.1. Moyens de défense.....	198
4.6.1.2. Cession de créance	200
4.6.1.2.1. Cession de la créance issue du rapport de valeur	200
4.6.1.2.2. Cession de la créance issue de la promesse de porte-fort ou du contrat de garantie.....	200

4.6.1.3. Clause arbitrale.....	201
4.6.1.4. Cas particulier : le « cautionnement-garantie ».....	202
4.6.2. Garantie de nature accessoire ?.....	202
4.7. Validité.....	203
4.7.1. Validité matérielle.....	203
4.7.1.1. En général.....	203
4.7.1.2. Licéité et conformité aux mœurs du risque couvert.....	204
4.7.1.3. Impossibilité de la prestation garantie.....	204
4.7.1.4. Lésion et vices du consentement.....	206
4.7.2. Validité formelle.....	206
4.8. Exécution.....	208
4.8.1. Modes de mise en œuvre des garanties.....	210
4.8.1.1. Garanties à première demande.....	211
4.8.1.2. Garanties documentaires.....	214
4.8.1.3. « Conditions non documentaires » de la garantie.....	217
4.8.2. Appel abusif à la garantie.....	218
4.8.2.1. Appel à la garantie et bonne foi.....	218
4.8.2.2. Exemples de cas d'appels abusifs à la garantie.....	219
4.8.2.3. Conséquences de l'appel abusif à la garantie.....	221
4.8.2.4. Devoir de diligence du mandataire.....	222
4.8.2.5. Caractère manifeste de l'abus de droit.....	224
4.8.3. Prescription.....	225
4.9. Extinction.....	226
4.9.1. Principe d'irrévocabilité.....	226
4.9.2. Réalisation du fait garanti.....	227
4.9.3. Échéance.....	227
4.9.4. Faillite.....	228
5. L'engagement solidaire et la reprise cumulative de dette.....	229
5.1. Terminologie et bases légales.....	229
5.2. La solidarité passive comme garantie personnelle indépendante.....	229
5.3. Naissance de la solidarité.....	231
5.3.1. Solidarité conventionnelle.....	232
5.3.2. Solidarité légale.....	232
5.4. Objet.....	234
5.5. Validité.....	234
5.5.1. Validité matérielle.....	234
5.5.2. Validité formelle.....	234
5.6. Rapports externes – Exécution.....	235
5.6.1. Moyens de défense.....	236
5.6.1.1. Moyens de défense personnels.....	236
5.6.1.2. Moyens de défense communs à l'ensemble des débiteurs solidaires.....	237
5.6.2. Fait personnel de l'un des débiteurs solidaires.....	238
5.7. Rapports internes entre débiteurs solidaires.....	241
5.7.1. Répartition interne de la dette.....	241
5.7.2. Action récursoire interne.....	242
5.7.3. Subrogation aux droits du créancier.....	245
5.8. Libération personnelle de l'un des débiteurs solidaires.....	247

5.9. Extinction de la solidarité.....	250
6. Les distinctions entre les différents types de garanties personnelles.....	251
6.1. En général	251
6.1.1. Garanties accessoires et garanties indépendantes.....	251
6.1.2. Garanties primaires et garanties subsidiaires.....	253
6.2. Délimitation entre le cautionnement et la promesse de porte-fort ou le contrat de garantie	254
6.2.1. Accessoriété ou indépendance ?.....	255
6.2.1.1. Objet du contrat.....	256
6.2.1.2. Moyens de défense.....	257
6.2.1.3. Modification de l'obligation principale ou du rapport de valeur	257
6.2.1.4. Cession de créance et extinction de l'obligation principale.....	258
6.2.1.5. Nuances quant à l'importance de ce critère de distinction	258
6.2.1.6. Proposition	260
6.2.2. Subsidiarité	261
6.2.3. Nature du rapport de base	261
6.2.4. Portée de l'engagement.....	262
6.2.5. Intérêt personnel distinct du promettant	263
6.2.6. Forme.....	264
6.2.7. Exécution	265
6.2.8. Action récursoire.....	266
6.2.9. Tableau comparatif	267
6.3. Délimitation entre le cautionnement et l'engagement solidaire ou la reprise cumulative de dette.....	268
6.3.1. Accessoriété ou indépendance ?.....	268
6.3.2. Subsidiarité	269
6.3.3. Intérêt personnel distinct.....	270
6.3.4. Forme.....	272
6.3.5. Étendue de l'action récursoire.....	272
6.3.6. Tableau comparatif	273
6.4. Délimitation entre la promesse de porte-fort, ou le contrat de garantie, et l'engagement solidaire, ou la reprise cumulative de dette.....	274
6.5. <i>Excursus</i> : la distinction des garanties personnelles par rapport au contrat d'assurance.....	276
7. La qualification d'une garantie personnelle concrète.....	277
7.1. Liberté de choix ?.....	277
7.1.1. Jurisprudence du Tribunal fédéral : importance de l'expérience des parties	279
7.1.2. Critiques doctrinales	282
7.1.3. Synthèse et prise de position	283
7.1.4. Absence de limitation du nombre de garanties personnelles engageant un individu	284
7.2. Interprétation du contrat	284
7.2.1. Principes généraux	285
7.2.1.1. Interprétation subjective et interprétation objective	285

7.2.1.2.	Interprétation littérale.....	286
7.2.1.3.	Tableau récapitulatif.....	289
7.2.2.	Identification d'indices.....	291
7.2.2.1.	Indices en faveur du cautionnement	291
7.2.2.1.1.	Personne de la caution	291
7.2.2.1.2.	Prestation garantie définie par référence à l'obligation principale.....	292
7.2.2.1.3.	Renonciation aux bénéfices de discussion et de division.....	293
7.2.2.1.4.	Action récursoire	294
7.2.2.2.	Indices en faveur d'une garantie indépendante	294
7.2.2.2.1.	Personne du garant.....	295
7.2.2.2.2.	Intérêt personnel distinct.....	296
7.2.2.2.2.1.	Engagement solidaire et reprise cumulative de dette.....	297
7.2.2.2.2.2.	Exemples	298
7.2.2.2.2.3.	Intérêt personnel de la caution ?	300
7.2.2.2.2.4.	Garantie bancaire.....	300
7.2.2.2.2.5.	Synthèse.....	301
7.2.2.2.3.	Prestation garantie définie de manière indépendante.....	302
7.2.2.2.4.	Conscience de la probabilité d'inexécution de la part du débiteur principal	303
7.2.2.2.5.	Exclusion d'invocation des exceptions et objections issues du rapport de base	304
7.2.2.2.6.	Païement à première demande	305
7.2.2.2.7.	Garantie documentaire.....	306
7.2.2.2.8.	Étendue du risque couvert.....	307
7.2.3.	Qualification univoque du contrat.....	308
7.2.4.	Qualification de l'engagement en cas de doute	308
7.2.4.1.	Présomption en faveur du cautionnement	309
7.2.4.2.	Présomption en faveur d'une garantie indépendante	311
7.2.5.	Synthèse – Proposition de marche à suivre	312
7.2.5.1.	En présence d'un texte clair	312
7.2.5.2.	En l'absence d'un texte clair.....	314
8.	La protection d'une partie au contrat	317
8.1.	En général	317
8.2.	Protection d'une partie en matière de garanties personnelles.....	317
8.2.1.	Identification de la partie ayant un besoin de protection	318
8.2.1.1.	Contrat de cautionnement	318
8.2.1.2.	Promesse de porte-fort et contrat de garantie	318
8.2.1.3.	Solidarité passive.....	319
8.2.1.4.	Personnalité physique et personnalité morale	319
8.2.2.	Protection découlant de la loi – la législation sur le contrat de cautionnement	320
8.2.2.1.	Nature relativement impérative de la législation sur le cautionnement	320
8.2.2.2.	Exigences formelles strictes.....	321

8.2.2.3.	Consentement du conjoint ou du partenaire enregistré	321
8.2.2.4.	Réduction légale de la garantie	322
8.2.2.5.	Incombances à la charge du créancier	323
8.2.2.6.	Droit de recours de la caution contre le débiteur principal	324
8.2.2.7.	Fin du cautionnement	324
8.2.2.8.	Synthèse : les critères retenus	326
8.2.3.	La jurisprudence	326
8.2.3.1.	L'expérience des parties et la liberté de choix quant au type de garantie	326
8.2.3.2.	L'expérience des parties dans le cadre de l'interprétation du contrat	327
8.2.3.3.	Expériences des parties et présomptions	328
8.3.	La protection d'une partie en droit financier suisse	329
8.3.1.	En général	329
8.3.2.	La loi fédérale sur les services financiers (LSFin)	330
8.3.2.1.	La classification des clients	332
8.3.2.2.	L' <i>opting-out</i> et l' <i>opting-in</i>	333
8.3.2.3.	Les critères retenus	334
8.3.2.4.	Mise en œuvre de la protection des investisseurs (questions choisies)	335
8.3.2.4.1.	Obligation d'information	338
8.3.2.4.2.	Feuille d'information de base	339
8.3.2.4.3.	Vérification du caractère approprié et de l'adéquation des services financiers	342
8.3.2.4.4.	Devoirs de transparence et de diligence	345
8.3.3.	Relation de droit privé entre le client et le prestataire de services financiers (aperçu)	345
8.3.3.1.	Exécution conforme aux instructions données	346
8.3.3.2.	Devoir de diligence	348
8.3.3.3.	Devoir de fidélité	348
8.3.3.3.1.	Obligation d'information	350
8.3.3.3.2.	Obligation de conseil et de mise en garde	352
8.3.3.3.3.	Conflits d'intérêts	353
8.3.3.3.4.	Choix des investissements	353
8.3.3.4.	Execution only	354
8.3.3.5.	Applicabilité du for de l'article 32 CPC	355
8.4.	Comparatif entre le secteur financier et les garanties personnelles	356
8.4.1.	Les critères retenus pour définir la partie ayant un besoin spécifique de protection	356
8.4.1.1.	Les connaissances et l'expérience	356
8.4.1.2.	La capacité financière	357
8.4.2.	La nature de la protection	357
8.4.2.1.	Exigences formelles	358
8.4.2.2.	Devoirs d'information	359
8.4.2.3.	Obligations de vérification	361
8.5.	Propositions alternatives en matière de garanties personnelles	362
8.5.1.	Garanties personnelles obligeant des particuliers	362
8.5.1.1.	Le système actuel	362

Table des matières

8.5.1.2. Proposition : recours à la forme écrite (art. 12 ss CO).....	363
8.5.1.2.1. Modification législative ?	364
8.5.1.2.2. Présomption irréfragable.....	364
8.5.1.2.3. Recommandation pratique	365
8.5.1.2.4. Conséquences et lien avec le contrat de cautionnement.....	366
8.5.2. Prise en compte de critères alternatifs ?	367
8.5.2.1. Prise en compte du montant de l'engagement ?	367
8.5.2.2. Prise en compte de la capacité financière ?	367
9. Conclusion.....	369
10. Annexe Récapitulatif : La qualification du contrat (solution retenue par le Tribunal fédéral).....	371
11. Index.....	373