



Mémoire
Présenté par
CISSE, Rokhaya

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP
DE DAKAR
FACULTE DES SCIENCES
JURIDIQUES ET POLITIQUES

Le cautionnement bancaire

ANNEE ACADEMIQUE

1994-1995

A red, rounded triangular shape pointing upwards, located in the bottom right corner of the page.

08 OCT. 1996

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR
FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES



MEMOIRE DE MAITRISE
ES SCIENCES JURIDIQUES

OPTION : DROIT DES AFFAIRES

SUJET :

LE CAUTIONNEMENT BANCAIRE

Présenté par
Mlle Rokhaya CISSE

Sous la Direction de
Monsieur Moussa SAMB
Maître de Conférence Agrégé à
la FSJP de Dakar

110202
CIS
9416

ANNEE 1994-1995

DEDICACES

A mes défunt(e)s Grand-mères qui sont toujours vivantes dans mon esprit.

A mon père et à ma mère : vous êtes adorables et exemplaires, merci infiniment

A mon oncle et tuteur Nani CISSE : recevez par là l'expression de ma très profonde gratitude. Encore, merci.

A tous les autres membres de ma famille paternelle comme maternelle.

REMERCIEMENTS ET EXPRESSION DE GRATITUDE

A mon oncle et correspondant à l'UCAD : Daouda CISSE, vous n'avez ménagé aucun effort depuis mon entrée dans cette institution.

A M. Aziz DIALLO : Les mots me manquent vraiment. Merci pour ton soutien indéfectible.

A M. Mamadou DIOP, BCEAO
A M. Aziz DIOKHANE, SGBS
A M. Vitorino GOMIS, SGBS
A M. THIAM, SGBS

Merci pour les conseils et l'assistance.

A mes adorables ami(es) plus particulièrement Marie Berthe TINE, Makhtar GUEYE, Oumou WADE, Fanty FALL, Penda DIAW, El Hadji Soumah, Crespin MENDY.

A tout le personnel enseignant depuis la maternelle jusqu'à l'université : ceci est également le fruit de vos efforts.

A mon encadreur M. Moussa SAMB : vous êtes de ces enseignants qui marquent leurs élèves par leur esprit d'ouverture, leur disponibilité et leur sens de la communication. Un grand merci à vous.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	2
1ère PARTIE : L'ENGAGEMENT PAR CAUTION DE LA BANQUE EN FAVEUR D'UN CLIENT	10
CHAPITRE PRELIMINAIRE : NOTION DE CAUTION BANCAIRE	10
SECTION I : CAUTION BANCAIRE ET AUTRES TYPES D'ENGAGEMENT PAR SIGNATURE	10
§ I : CAUTION BANCAIRE ET AVAL	10
§ II : CAUTION BANCAIRE ET ACCEPTATION	11
§ III : CAUTION BANCAIRE ET DUCROIRE	12
SECTION II : CAUTION BANCAIRE ET AUTRES GARANTIES BANCAIRES	13
§ I : CAUTION BANCAIRE ET CREDOC	13
§ II : CAUTION BANCAIRE ET AFFACTURAGE	14
CHAPITRE I : LE DOMAINE D'UTILISATION DE LA CAUTION BANCAIRE	15
SECTION I : DOMAINE LEGAL DE LA CAUTION BANCAIRE	15
§ I : LES CAUTIONS BANCAIRES EN FAVEUR DE L'ADMINISTRATION FISCALE	15
A : LES CAUTIONS EN DOUANE	15
1) : CAUTIONS FOURNIES AUX IMPORTATEURS DE PRODUITS DESTINES A LA CONSOMMATION NATIONALE	16
2) : CAUTIONS FOURNIES AUX IMPORTATEURS DE PRODUITS DESTINES A L'EXPORTATION	17
B : CAUTIONS AUPRES DES CONTRIBUTIONS INDIRECTES	20
C : CAUTIONS AUPRES DU SERVICE DE L'ENREGISTREMENT	22

D : LES IMPOTS CONTESTES	24
§ II : LES CAUTIONS BANCAIRES EN FAVEUR DES ADMINISTRATIONS ADJUDICATRICES DE MARCHES PUBLICS	25
1) : LA CAUTION EN GARANTIE DES AVANCES	27
2) : LA CAUTION EN GARANTIE DES BIENS MIS A LA DISPOSITION DES TITULAIRES DE MARCHES PUBLICS	27
3) : LA CAUTION EN RETENUE DE GARANTIE	27
§ III : LA CAUTION DES MARCHES PRIVES DE CONSTRUCTION	28
SECTION II : DOMAINE CONVENTIONNEL DE LA CAUTION BANCAIRE	28
§ I : JUSTIFICATIONS DES CAUTIONS BANCAIRES EN MATIERE DE COMMERCE EXTERIEUR	29
§ II : LES CAUTIONS A L'OCCASION DE MARCHES AVEC L'ETRANGER	30
A :LA CAUTION DE SOUMISSION OU D'OFFRE	30
B :LA CAUTION DE BONNE FIN OU DE CONFORMITE	30
C :LA CAUTION DE REMBOURSEMENT D'ACOMPTES	31
D :LA CAUTION DE REMBOURSEMENT DE PAIEMENTS LOCAUX	31
§ III : LES CAUTIONS EN MATIERE DE TRANSPORT MARITIME	31
A :LA CAUTION POUR ABSENCE DE DOCUMENTS	32
B :LA CAUTION POUR AVARIES COMMUNES	32
SECTION III : LES CAUTIONS JUDICIAIRES	33
CHAPITRE II LA FORMATION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT BANCAIRE		
SECTION I : LES OPERATIONS PREALABLES	34
§I : L'EXAMEN DES DEMANDES DE CAUTION	34
A : ETUDE DE L'OPERATION	35
B : ETUDE DE LA SITUATION FINANCIERE DE L'ENTREPRISE	35

1) : LES RATIOS RELATIFS AUX CAUTIONS BANCAIRES35
2) : LES PROVISIONS ET AMORTISSEMENTS35
C : ETUDE DES QUALITES DU DEMANDEUR36
SECTION II : L'EVALUATION DES RISQUES BANCAIRES PROPRES36
§I : LA DECLARATION AU SERVICE DES RISQUES37
§II : LA PUBLICATION HORS BILAN37
SECTION III : LA CONTREPARTIE DU RISQUE BANCAIRE : LA COMMISSION	
SECTION IV : LA CONCLUSION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT BANCAIRE38
CHAPITRE III : EXECUTION DU CONTRAT40
SECTION I : LES OBLIGATIONS DE LA CAUTION BANCAIRE40
SOUS-SECTION I : LES OBLIGATIONS COMMUNES A TOUS LES TYPES DE CAUTIONNEMENT40
SOUS-SECTION II : LES OBLIGATIONS DE LA CAUTION BANCAIRE DANS LE CAUTIONNEMENT ILLIMITE41
SOUS-SECTION III : LES OBLIGATIONS DE LA CAUTION BANCAIRE DANS LE CAUTIONNEMENT LIMITE42
SOUS-SECTION IV : LA SITUATION PARTICULIERE DE LA CAUTION FISCALE43
CHAPITRE IV : L'EXTINCTION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT BANCAIRE45
SECTION I : L'EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE46
SOUS-SECTION I : LE PAIEMENT EFFECTUE PAR LA CAUTION BANCAIRE46
§I : LES CONDITIONS46
§II : LES MODALITES47
§III : LES EFFETS47

SECTION II : MODE D'EXTINCTION PAR VOIE DE CONSEQUENCE49
§I : LE PAIEMENT EFFECTUE PAR LE DEBITEUR49
§II : LA REMISE DE DETTE CONSENTIE AU DEBITEUR49
§III : LES EXCEPTIONS INHERENTES A LA DETTE : EXEMPLE DE LA PRESCRIPTION50
§IV : LA DATION EN PAIEMENT50
§V : LE BENEFICE DE LA CESSION D' ACTIONS50
§VI : LA NOVATION51
§VII : LA COMPENSATION51
2ème PARTIE : LES CAUTIONS FOURNIES EN FAVEUR DE LA BANQUE CREANCIERE52
CHAPITRE I : LA CONSTITUTION D'UN DOSSIER53
SECTION I : LES CONDITIONS DE FORME53
§I : LES RENSEIGNEMENTS SUR LA VALEUR ECONOMIQUE DE LA CAUTION53
§II : LES RENSEIGNEMENTS SUR L'IDENTITE DE LA CAUTION54
SECTION II : LES CONDITIONS DE FOND54
§I : LES CONDITIONS REQUISES DE LA CAUTION PERSONNE PHYSIQUE54
A : LA CAPACITE54
B : LES CAS PARTICULIERS55
1) : SITUATION DU MINEUR55
2) : SITUATION DU MAJEUR PROTEGE55
3) : SITUATION DES EPOUX56

§II : CONDITIONS REQUISES DE LA CAUTION PERSONNE MORALE57
A : CONDITION COMMUNE A TOUTES LES PERSONNES MORALES : RESPECT DE L'OBJET SOCIAL57
B : CONDITIONS SPECIALES RELATIVES A CHAQUE TYPE DE SOCIETE59
1) : LES CAUTIONNEMENTS DES SOCIETES CIVILES59
2) : LES CAUTIONNEMENTS DES SOCIETES ANONYMES60
a) LES CONDITIONS GENERALES60
b) CAS DE L'EXISTENCE DE DIRIGEANTS COMMUNS A LA CAUTION ET A L'ENTREPRISE CAUTIONNEE60
3) : LES CAUTIONNEMENTS DES SOCIETES A RESPONSABILITE LIMITEE61
4) : LES CAUTIONNEMENTS DES SOCIETES EN NOM COLLECTIF OU DES G.I.E.61
CHAPITRE II : LES EVENEMENTS SUSCEPTIBLES D'AFFECTER LE CAUTIONNEMENT62
SECTION I : LE FAIT DE LA CAUTION PERSONNE PHYSIQUE62
§I : LE DECES DE LA CAUTION62
§II : LA DENONCIATION PAR LA CAUTION DE SON ENGAGEMENT63
§III : LA CAUTION DEVENUE INCAPABLE63
§IV : L'AUGMENTATION DU MONTANT DE L'ENGAGEMENT64
SECTION II : LE FAIT DE LA PERSONNE MORALE CAUTIONNEE64
§I : LA FUSION OU L'ABSORPTION DE LA PERSONNE MORALE64
SECTION III : FAIT COMMUN AUX PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES : LE REGLEMENT JUDICIAIRE66

CHAPITRE III : LES DIFFICULTES SOULEVEES PAR LA REALISATION DE CES TYPES DE CAUTIONNEMENT68
SECTION I : DONNEES DU PROBLEME68
§I : PRECARITE DE CE TYPE DE CAUTION68
§ II : LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DE LA CAUTION69
A : LA MENTION MANUSCRITE69
B : L'OBLIGATION D'INFORMATION71
§III : RISQUE DE DESAFFECTION73
CONCLUSION :75
VERS DES SOLUTIONS DE SUBSTITUTION AU CAUTIONNEMENT OU VERS SA REACTUALISATION	

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

RESUME

Le cautionnement bancaire, en tant que mode de garantie traditionnel longtemps usité dans les pratiques bancaires, pose aujourd'hui plus que jamais le problème de son actualité.

Au vu des multiples évolutions dont il a été sujet et face à l'apparition de nouvelles formes de garanties, cet instrument de crédit ne peut manquer de susciter des interrogations quant à sa place dans le nouvel environnement juridico-économique. Certes, comme nous avons eu à le développer dans la première partie, le cautionnement bancaire a connu une période d'apogée marquée par sa prééminence sur les autres types de garanties. Cette situation s'est traduite par son usage permanent et préférentiel, pour ne pas dire monopolistique, dans les relations d'affaires de l'époque. C'est pour cette raison que nous avons tenu à le spécifier d'abord, à définir ses domaines d'intervention ensuite, pour enfin terminer avec l'analyse du contrat proprement dit.

Toutefois, au terme des développements de la seconde partie, nous avons soulevé des difficultés liées à la procédure de réalisation du cautionnement bancaire, notamment les cautions constituées en faveur des banques créancières. Concernant ce dernier point, il convient de rappeler que dans le cadre de notre étude, nous avons opté pour une acception large du cautionnement bancaire englobant aussi bien les cautions données par les banques, que celles reçues par elles.

Ces difficultés précitées ont été accentuées par une application jurisprudentielle largement favorable à la caution-tiers au point de précariser l'institution.

Cependant, en dépit de ces considérations, l'abandon ne s'avère pas être la solution car cette institution n'en est pas pour autant désuète. Tout au plus, il urge de penser à sa réactualisation notamment son réaménagement juridique en vue d'une application plus adaptée aux réalités économiques de l'heure.

INTRODUCTION

L'élaboration du système bancaire et financier remonte à des siècles. Le personnage du banquier ainsi que le rôle joué par lui ont subi des modifications substantielles.

Déjà avant l'empire romain, les phéniciens dont l'activité principale était le commerce extérieur, pratiquaient des opérations de change et de prêt sur la cargaison.

Dans la Rome antique, le commerce de l'argent se caractérisait par l'usure. Dans le prêt à la grosse aventure par exemple, le banquier octroyait du crédit à celui qui voulait armer son navire en contrepartie d'un pourcentage de 70% pour le prêteur en cas de réussite de l'opération.

Au moyen âge, les opérations effectuées par le banquier se faisaient à l'occasion des grandes foires et se limitaient au change.

A l'origine donc, le commerce de banque était très limité et était surtout développé dans le domaine maritime.

C'est au XIV^e siècle qu'on va assister en Italie, à la naissance de compagnies dont les activités étaient multiples et illimitées. Leurs associés étaient à la fois des commerçants, des industriels et des banquiers. C'est le commerce qui les a poussés à développer des activités industrielles mais aussi de banque. Elles procédaient ainsi à des opérations de change, de crédit mais aussi de dépôt.

Les banquiers ne manquaient pas de demander aux particuliers des gages, en général des terres pour couvrir le risque de non remboursement.

Le plus souvent ceux-ci ne pouvant rembourser, abandonnaient leurs terres au profit de ces banquiers. Finalement, ces compagnies se retrouvèrent à la tête de grandes propriétés foncières et les familles des dirigeants devinrent des privilégiés.

Il faut attendre la renaissance pour que le corporatisme éclate, mettant fin au monopole. Mais les opérations de banques privées restent mal définies. C'est pourquoi dans le dernier quart du XVI^e siècle apparaissent les banques publiques ou banques d'État.

Par ailleurs, au XVII^e siècle, les Hollandais puis les Anglais fondèrent respectivement les banques d'Amsterdam et d'Angleterre. Ces banques étaient soumises à une réglementation de la puissance publique.

Au XVIII^e siècle partout en Europe se créèrent des banques sauf en France dont le désastre de l'écossais LAW a retardé le développement des banques.

Les banques contemporaines se caractérisent par le souci d'assurer une collecte organisée des fonds que l'économie nationale accumule et leur affectation aux besoins de trésorerie suscités par la marche du commerce et de l'industrie.

Il faut ajouter que, jusqu'à la seconde guerre mondiale, il n'existait pas de réglementation bancaire d'ensemble en France. C'est seulement par les lois du 13 et 14 Juin 1941 que la profession bancaire fit l'objet de réglementation.

A ces lois, s'ajoute celle du 02 Décembre 1945 qui renforçait les moyens de contrôle des pouvoirs publics. Plusieurs décrets-lois ont suivi, mais ces deux premières lois restent fondamentales.

En Afrique, le contexte historique du système bancaire fut marqué dans les premières années de l'indépendance par la distinction entre les banques de développement et les banques de commerce.

Les premières avaient comme activité principale, l'octroi de crédit social et agricole pour encourager les initiatives privées et augmenter le pouvoir d'achat des citoyens.

Les secondes se caractérisaient par une activité essentiellement tournée vers le dépôt de fonds.

Ce n'est qu'avec la nouvelle réglementation de 1973 que les pays de l'U.M.O.A. d'alors (Bénin, Côte d'Ivoire, Haute Volta, Niger, Sénégal, Togo) renoncent à cette distinction.

Au Sénégal, il faut se référer à la loi 76-52 du 09 Avril 1976 portant organisation de la profession bancaire et des professions s'y rattachant. Cette loi a été réformée par celle 90-06 du 06 Juin 1990 JORS n° 5361 du 23 Juillet 1990.

Aux termes de l'article 1 de la loi de 1941 en France ou encore l'article 3 de la loi bancaire de l'U.M.O.A., sont considérées comme banques "les Entreprises ou Etablissements qui font pour profession habituelle de recevoir du public, sous forme de dépôt ou autrement des fonds qu'ils emploient pour leur propre compte en opérations d'escompte, en opérations de crédit ou en opérations financières".

Cette définition appelle deux remarques :

- D'une part, les banques se différencient des établissements financiers, qui sont des personnes physiques ou morales qui font profession habituelle d'effectuer pour leur propre compte des opérations de crédit, d'escompte ou de vente à crédit ; ils peuvent servir de commissionnaires également.

- D'autre part, il ressort de cette définition une diversité des activités bancaires qui consistent en la réception de fonds, en la gestion de ces fonds moyennant paiement, mais également en l'octroi de crédit. Nous nous intéresserons particulièrement à cette dernière catégorie dans notre étude.

Les opérations de crédit représentent la fonction économique la plus importante pour les banques commerciales.

Dans le monde contemporain, le crédit représente une force non négligeable en tant que levier essentiel des affaires ; facteur de développement des entreprises, grâce à lui la production et les échanges connaissent un accroissement progressif.

Le crédit est défini comme tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux, met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend dans l'intérêt de celle-ci un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie ; (Art 3 loi bancaire 1984).

Selon Dutailis : "Faire crédit, c'est faire confiance, c'est donner librement la disposition effective et immédiate d'un bien réel ou d'un pouvoir d'achat, contre la promesse que le même bien ou un bien équivalent, vous sera restitué dans un certain délai, le plus souvent avec rémunération du service rendu et du danger couru, danger de perte partielle ou totale que comporte la nature du service. (G.P. Dutailis "le risque du crédit bancaire" G.D.D.)"

A la lumière de ces définitions, le crédit c'est du temps ou de l'argent. C'est du temps que l'on donne en attendant l'argent, ou de l'argent que l'on donne en attendant un temps.

La seconde définition a le mérite de faire ressortir un élément intrinsèque au crédit, il s'agit de la confiance.

Si l'on remonte à l'étymologie originelle, le crédit dérive du latin "CREDERE" qui signifie confiance, croyance.

Le crédit en effet, suppose toujours l'existence d'une obligation corrélative et concourante de rembourser une avance, il s'avère donc impérieux pour le créancier de se prémunir contre toute défaillance de son débiteur résultant d'une éventuelle inexécution de son obligation.

Du coup, on reconnaît que le crédit est avant tout une opération de garantie.

Selon Lestapis, la garantie est "un palliatif à une déficience de l'état juridique du créancier chirographaire."

La notion de garantie est employée le plus souvent dans le langage courant des affaires, elle est large et englobe ce que le langage juridique appelle sûreté. Les sûretés constituent donc une espèce de garantie.

La garantie se justifie dans les opérations de banques pour deux raisons:

- La banque dispose d'importants capitaux en provenance pour la majeure partie de participation et de dépôt des tiers, elle a le devoir d'en assurer la conservation et le remboursement par tous les moyens.

Cet impératif de sécurité intéresse également au premier chef la survie de la banque en ce sens que la perte n'est pas une donnée de l'activité bancaire contrairement à l'assurance.

L'influence de la garantie sur le crédit transparait même dans la classification des types de crédits.

Lorsque le crédit est accordé en blanc, c'est-à-dire que l'emprunteur ne donne pour garantie que sa personnalité, on parle de crédit personnel. Par contre si le crédit est subordonné à un droit spécial d'hypothèque ou de gage sur des valeurs existantes, il est dit réel. Rien n'empêche cependant, qu'un engagement personnel soit donné à l'appui d'un crédit hypothécaire sans lui faire perdre pour autant son caractère réel.

La notion de crédit réel diffère donc sensiblement de celle de crédit personnel.

Le crédit réel suppose l'existence d'un lien juridique avec une chose "le res" qui peut être mobilière ou immobilière. Dans le crédit réel, les actifs affectés à la garantie sont estimés sur la base de chiffres connus qui permettent une appréciation plus ou moins exacte ; mais dans le crédit personnel, l'évaluation est difficile en ce sens que les données d'appréciation sont changeantes et moins précises.

L'appréciation du rapport de garantie est objective dans le crédit réel, on peut évaluer la valeur des objets donnés en garantie.

Dans le crédit personnel ce rapport est purement subjectif même si on a recours à des méthodes qui permettent d'apprécier la consistance de la fortune du garant par exemple.

Les sûretés personnelles se traduisent le plus souvent par des engagements par signature dont le cas typique est le cautionnement.

Le cautionnement se définit comme l'engagement contracté par une personne qui se rend caution d'une obligation, c'est-à-dire "qui se soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même" Art 2011 code civil.

Il est organisé au Sénégal par les Articles 830 et suivants cocc.

Le cautionnement est une opération qui réunit d'une part le créancier et le débiteur principal, et d'autre part la caution qui vient conforter le crédit du débiteur.

En droit français, la qualification du cautionnement a posé de sérieuses difficultés comme en témoigne l'abondance du contentieux en la matière, en cinq ans, 115 arrêts relatifs au cautionnement ont été publiés au Bulletin des arrêts de la cour de cassation.

La principale source de ces difficultés est la transformation du rôle du cautionnement de 1804 à nos jours.

Si dans la conception de 1804, le cautionnement est apparu comme un acte gratuit, de bienfaisance, un service d'ami que la caution rendait au débiteur principal, la pratique d'aujourd'hui révèle une toute autre réalité.

Le choix de cette forme de garantie dans le monde contemporain des affaires se fait désormais plus par intérêt que par honneur ou par amitié. Le cautionnement devient un pouvoir économique et est l'apanage de personnes morales puissantes. L'application bancaire du cautionnement en est une illustration, le cautionnement rentre en effet dans le rôle normal des banques, fournisseurs de crédit.

La vision économique du cautionnement s'impose donc, la prise en compte de cette donnée économique a conduit à distinguer les hypothèses où le cautionnement est civil et celles où il est considéré comme commercial.

Le cautionnement est en principe civil, il en est ainsi même s'il émane d'un commerçant pour le compte d'un autre commerçant com 24 Nov 1966 D. 1967. De même, il peut revêtir la forme commerciale même s'il est donné par un non commerçant dans certaines hypothèses.

Pour trancher le problème, la jurisprudence française se réfère aux notions de service rémunéré ou intéressé. Le cautionnement est commercial dès lors que la caution se fait rémunérer sur le service qu'il rend. C'est également le cas lorsque l'employé donne caution à son Patron menacé de faillite afin de l'éviter dans le but de conserver son emploi.

Dans ce dernier cas, les juges du fond doivent constater l'existence d'un intérêt personnel, il ne suffit pas en effet que la personne caution soit un administrateur de la Société par exemple, pour conclure à l'existence d'un intérêt personnel de celui-ci.

La doctrine a eu à critiquer cette jurisprudence en soutenant que le simple avantage personnel ne caractérise pas l'acte encore faudrait-il qu'il y ait recherche d'un gain.
(¹)

De plus la notion d'intérêt personnel est assez vague, il appartient au créancier d'en rapporter la preuve. On devrait retenir en application de la règle << l'accessoire suit le principal >>, que le cautionnement est commercial dès que la dette est commerciale.

Tel n'est toutefois pas le cas, parce que la commercialité par accessoire ne se confond pas avec le caractère accessoire de l'engagement de la caution. Certes, le

¹ Hamel et Lagarde T1 n°177

cautionnement vient se greffer sur une obligation principale dont il est l'accessoire mais le caractère commercial de cette obligation n'influe pas sur la nature du cautionnement.

La commercialité par accessoire n'est établie que si le cautionnement est économiquement accessoire à l'exercice d'un commerce. Le rattachement juridique ne suffit donc pas.

Est commercial par exemple, le cautionnement donné par un commerçant pour les besoins de son commerce ⁽²⁾.

Plus simple est l'application du cautionnement considéré comme acte de commerce par nature. C'est notamment le cas lorsqu'il s'assimile à une opération de banque. Les cautionnements donnés par la banque sont de nature commerciale.

Cette distinction de la nature du cautionnement permet de déterminer le régime juridique applicable et la juridiction compétente, bien sûr pour le cas de la France. Le cautionnement commercial est le plus souvent invoqué, parce qu'en raison de la solidarité qu'il emporte, est plus profitable au créancier.

C'est ce qu'a compris le législateur sénégalais qui à la différence du législateur français, répute solidaire le cautionnement ; la solidarité est donc le principe au Sénégal.

A l'image de tout contrat, le cautionnement obéit à des conditions générales.

Le consentement exprès de la caution est nécessaire. La mention "caution" ou "bon pour cautionnement" n'est pas exigée, il suffit seulement que la volonté de la caution soit clairement exprimée.

Ce consentement doit en outre être réel, en d'autres termes la caution doit s'engager en connaissance de cause. La conséquence directe est que la caution n'est pas engagée lorsque son consentement est vicié : ex l'erreur sur la substance. La caution qui ignore la condition d'une pluralité de cautions, ou encore qui ignore la déclaration de faillite du débiteur intervenue avant le cautionnement, n'est pas engagée. Cette erreur doit être déterminante de l'engagement de la caution, ce caractère est apprécié souverainement par le juge.

La preuve du caractère déterminant de l'erreur incombe à la caution ⁽³⁾.

² Ch. Com. 5 Décembre 1967 Bull Civ.III n°403
Ch. Com. 13 Novembre 1972 Gaz Pal 1973 I-143

³ Ch. Civ. 11 Décembre 1990 Bull CIV-I n°201

La caution n'est pas engagée non plus en cas de dol ou de violence. Le Bénéficiaire n'est pas toutefois tenu de renseigner la caution sur la situation financière du débiteur.

Par ailleurs, l'engagement de la caution doit être causé au jour du contrat. Il a été jugé que le dirigeant d'une société qui a donné sa caution à la dite société et qui se trouve par la suite évincé par cette société, reste tenu malgré tout ⁽⁴⁾.

Enfin en ce qui concerne l'objet du cautionnement, sont susceptibles d'être cautionnées les obligations futures, à condition toutefois d'identifier la dette future dans l'engagement de la caution. L'obligation indéterminée, doit cependant être déterminable et la mention rédigée de la main de la caution afin d'avoir la certitude que le souscripteur a connaissance de la nature et de l'étendue de son engagement. (civ 25 mars 1991-contrat -concurrence). Cette mention manuscrite nous le verrons ensuite, a donné lieu à des appréciations jurisprudentielles différentes selon la qualité de la caution.

De plus, le débiteur doit être désigné dans l'acte de cautionnement sous peine de nullité ⁽⁵⁾.

Une obligation déjà cautionnée peut également faire l'objet d'un autre cautionnement, la caution initiale est à son tour cautionnée par une personne appelée certificateur de caution.

Il convient de préciser que ce nouvel engagement n'est pas une obligation conjointe. Cette dernière en effet, garantit l'engagement du débiteur principal alors que le certificateur garantit l'engagement de la caution.

Sont en revanche exclues du cautionnement, les obligations nulles pour illicéité ou pour absence de cause.

De même la caution n'est pas tenue au paiement de la dette nouvelle : ex la caution qui n'a pas participé au renouvellement du bail qu'elle avait garanti initialement, n'est pas tenue.

Le cautionnement est utilisé surtout dans les opérations de crédit à court terme. Il présente des avantages certains malgré les difficultés actuelles soulevées par sa pratique.

- Au regard du créancier : le cautionnement est de constitution facile, il suffit d'apposer une signature au bas d'un formulaire préétabli, aucun formalisme de publicité n'est exigé.

⁴ Ch. Com. 14 Novembre 1980 JCP 1981 II - 39

⁵ Ch. Civ. 29 Avril 1992 RJDA.7 192 n°743

De plus, il lie directement le sort du débiteur principal à celui de la caution.

- Au regard du débiteur : il lui permet d'obtenir des délais de paiement ou de versement, lui évite d'avoir à verser des sommes en garantie et par conséquent leur confère un moyen de conserver leurs liquidités. Les opérations de trésorerie s'en trouvent facilitées.

- Au regard de la caution : celle-ci n'a pas à débours des sommes dans l'immédiat, à priori son engagement se limite à prêter sa signature.

Le cautionnement bancaire sera envisagé ici dans un sens large, lato sensu, seront pris en compte non seulement les cautionnements donnés par les banques en faveur de leurs clients, mais également les cautionnements reçus par la banque créancière. Cette extension du cautionnement bancaire à cette deuxième catégorie s'explique par la bonne et simple raison que le cautionnement bancaire s'entend comme tout acte de cautionnement fait en matière bancaire.

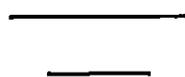
En outre l'expression "cautionnement" est plus large, s'il s'était agi de traiter de la "caution bancaire" cette dernière catégorie ne serait certainement pas envisagée.

Les cautionnements donnés en faveur des banques ne sont pas dépourvus d'intérêt, en ce sens qu'ils présentent des particularités liées à la qualité professionnelle du banquier.

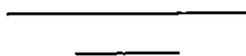
A cela s'ajoute le fait qu'ils sont le plus souvent source de difficultés qui méritent d'être soulevées.

C'est pourquoi, notre démarche sera axée essentiellement sur ces deux points. Nous étudierons en 1ère Partie la caution donnée par la banque ; et en 2ème Partie celle qu'elle reçoit lorsqu'elle avance des fonds au profit de son client.

PREMIERE PARTIE



**L'ENGAGEMENT PAR CAUTION
DE LA BANQUE
EN FAVEUR D'UN DEBITEUR**



CHAPITRE PRELIMINAIRE : NOTION DE CAUTION BANCAIRE

La notion est à envisager à un double niveau :

D'abord en tant qu'engagement par signature, la caution bancaire doit être distinguée des autres types d'engagement par signature.

Ensuite en tant que garantie offerte par la banque, il convient de la distinguer des autres garanties bancaires.

SECTION I - CAUTION BANCAIRE ET AUTRES TYPES D'ENGAGEMENT PAR SIGNATURE

La caution bancaire est un engagement par signature en ce sens que la banque n'est pas tenue de décaisser des fonds du moins si le débiteur respecte ses engagements.

Toutefois, il existe d'autres formes d'engagement par signature. Il s'agit notamment de l'aval, de l'acceptation et du ducroire.

§I - CAUTION BANCAIRE ET AVAL

L'aval est réglementé par l'art. 130 code cce qui est également applicable au Sénégal en raison du défaut d'une réglementation expresse.

L'aval est défini comme étant l'engagement par lequel, une personne physique ou morale, s'oblige à payer un effet de commerce, billet à ordre ou warrant à l'échéance, en cas de défaillance de l'une des personnes ayant apposé précédemment leur signature.

C'est donc une forme de caution, en ce sens qu'une personne s'engage à payer en lieu et place d'une autre en cas de défaillance.

Il suppose aussi un rapport triangulaire qui met en présence la personne qui souscrit l'aval, qualifiée donneur d'aval ou encore avaliste ou avaliseur ; la personne qui en bénéficie, l'avalisé et enfin la personne au profit de qui il est donné le bénéficiaire. Cependant, si du point de vue des conditions de fond, l'obligation de l'avaliste est soumise au droit commun du cautionnement solidaire, elle n'en présente pas moins des différences en raison même de ses caractères spécifiques qui dérogent sur des points importants aux dispositions du code civil.

En effet, si l'on se réfère à la définition précitée, l'objet de l'obligation de l'avaliste est de payer un effet de commerce en cas de défaillance de l'un des signataires précédents de l'effet. A ce titre, il ne paraît guère étonnant que l'aval obéisse à des règles propres au droit cambiaire.

C'est pourquoi il est soumis au formalisme rigoureux de ce droit, c'est ainsi que l'aval est donné obligatoirement par écrit. Cet écrit peut être le titre lui-même ou une allonge ; dans ce cas il est exprimé par la mention Bon pour Aval ou toute autre mention équivalente, apposée au recto du titre ou sur l'allonge. Le tout sera complété par la signature de l'avaliste.

En d'autres termes indépendamment de la signature de l'avaliste, l'aval doit également contenir la mention Bon pour Aval mais également la date.

En revanche, si l'aval est donné par acte séparé, c'est-à-dire extérieur au titre lui-même, en plus des exigences formelles précitées, la loi exige qu'il soit fait mention du montant à couvrir, de la durée de l'engagement, du nom de la personne pour le compte de qui il est donné.

L'aval est de ce fait un contrat solennel qui obéit à un certain formalisme de validité à la différence du cautionnement qui est un engagement consensuel même si les banques ont généralement recours à des formulaires préétablis en matière de caution.

Les différences entre ces deux types d'engagement se retrouvent également au niveau de leurs effets, même si, il faut le souligner, l'aval a ses effets tenant au droit commun du cautionnement solidaire (solidarité, subrogation, obligation accessoire).

L'aval produit des effets propres au droit cambiaire et qui ne se retrouvent pas par conséquent en matière de cautionnement.

Il s'agit notamment de l'inopposabilité des exceptions et du principe de l'indépendance des signatures réglés respectivement par les art.121 et suivants du code de cce.

L'inopposabilité des exceptions est le principe selon lequel, l'avaliste ne peut invoquer le rapport fondamental liant les signataires, pour se soustraire à son engagement.

Ce qui n'est pas le cas pour la caution bancaire qui dispose des exceptions dont peut se prévaloir le débiteur principal.

Par ailleurs en vertu du principe de l'indépendance des signatures, l'engagement de l'avaliste est autonome et de ce fait il reste tenu même si l'obligation garantie est nulle pour toute autre cause que le vice de forme.

Par contre, la caution bancaire contracte un engagement accessoire qui reste lié à l'existence et à la validité de l'engagement principal.

§II - CAUTION BANCAIRE ET ACCEPTATION

Le crédit par acceptation tout comme le cautionnement est une opération dans laquelle la banque prête sa signature sans pour autant avoir l'intention de décaisser.

Toutefois, il se différencie de la caution bancaire par son objet; en effet dans le crédit d'acceptation, la banque accepte en qualité de tiré l'effet de commerce tiré sur elle par le tireur.

Il compte sur la provision fournie par le client tireur pour payer à l'échéance. C'est donc une sorte d'ouverture de crédit en faveur de son client. On distingue quatre formes de concours bancaires par acceptation, il s'agit notamment de :

- L'acceptation donnée pour garantir la solvabilité d'un client ; c'est l'hypothèse où la banque accepte une traite à la place de son client dont le standing est jugé insuffisant par le créancier. Ce dernier, en possession d'une acceptation bancaire, peut faire escompter l'effet auprès d'une autre banque.

- Il y a également l'acceptation donnée à un client afin de lui faire bénéficier d'une aide en trésorerie au niveau d'une autre banque. On assiste dans ce cas à une sorte de partage des risques résultant du titre, entre la banque qui accepte et celle qui escompte. La première prend le risque de l'opération tandis que la seconde supporte les charges de trésorerie.

- L'acceptation est parfois donnée dans le but de mobilisation des créances.

- Enfin, l'acceptation est souvent donnée dans le commerce d'exploitation, c'est le domaine primitif du crédit par acceptation. En effet, le procédé tend à faciliter les échanges internationaux parce que le vendeur est plus rassuré par l'engagement d'une banque que par celui d'un particulier dont la réalisation en cas de défaillance, constituerait une aventure aux résultats aléatoires.

§III - CAUTION BANCAIRE ET DUCROIRE

Le ducroire de banque n'est pas pratiqué au Sénégal.

Il est un mode classique de financement des opérations d'importation. Il se définit comme étant le contrat par lequel le commissionnaire garantit le commettant contre l'insolvabilité du tiers acquéreur ou contre le défaut de livraison des marchandises par le tiers vendeur.

L'expression provient du terme " Del Credere", la confiance.

Le commissionnaire jouit en effet de la caution bancaire par le fait que la banque perçoit une commission, mais également parce que le vendeur ouvre un crédit à l'acheteur en se bornant à requérir la garantie d'une banque pour le crédit.

La traite sera tirée cette fois-ci non pas sur la banque mais sur le client, le banquier n'a que l'obligation d'une garantie de bonne fin de la traite.

Son crédit personnel vient alors conforter le crédit du client, il offre donc au vendeur une garantie contre l'insolvabilité du client. Mais à la différence de la caution bancaire, cette garantie se présente sous forme cambiaire.

En effet, le ducroire peut revêtir deux formes :

- Il peut être un aval donné au tiré par l'escompteur. Ici la banque intervient à côté du tiré acheteur en vue d'opérer le règlement. Elle avance bien des fonds au tireur. Mais dans ses rapports avec le tiré acheteur il s'agit bien d'un engagement par signature.

- Une autre forme est créée par la pratique, il s'agit du forfait d'escompte qui fonctionne selon le mécanisme suivant :

Le vendeur tire une traite sur l'acheteur et la fait escompter par la banque qui a ouvert le crédit de ducroire.

Une fois la traite acceptée par le tiré acheteur, la banque décompte la traite à forfait en prélevant une commission.

A l'échéance, si la traite est impayée, la banque perd tout recours contre le vendeur parce qu'on considère qu'il y a renoncé par la convention de ducroire.

SECTION II - CAUTION BANCAIRE ET AUTRES GARANTIES BANCAIRES

Il s'agit précisément de distinguer la caution bancaire des autres garanties offertes par la banque au profit de ses clients. Nous verrons notamment le CREDOC et le FACTORING

§I LA CAUTION BANCAIRE ET LE CREDOC

Le Credoc est un mode de financement classique des importations. C'est un procédé de garantie mais également un mode de paiement.

Le mécanisme est le suivant : Lors d'un contrat de vente internationale, l'exportateur exige de l'importateur acheteur l'intervention d'une banque. L'importateur ou donneur d'ordre écrit à son banquier pour lui demander d'ouvrir un crédit documentaire au profit du vendeur bénéficiaire.

L'engagement du banquier peut être réputé révocable, ou irrévocable. Dans le cas où le crédit est révocable, cet engagement est précaire et ne représente pas une garantie suffisante.

En revanche, s'il est irrévocable les effets qui en découlent sont similaires à ceux de la caution bancaire, puisque le banquier s'engage directement vis à vis du vendeur et une fois le bénéficiaire avisé, il ne peut plus se dégager ni modifier la convention que sous réserve de l'accord des parties intéressées.

C'est pourquoi une certaine jurisprudence a essayé d'assimiler le credoc à un véritable contrat de cautionnement. (D.P. 1923 II P. 137). Cette Position a été réfutée par la doctrine.

Le doyen Stoufflet a, tout en admettant des affinités entre ces deux contrats, refusé toutefois toute assimilation.

C'est ainsi qu'il remarque que : "malgré l'affinité provenant de l'identité de leur rôle économique et le fait que l'obligation de la caution est détachée de sa cause tout comme celle du banquier créateur envers le client est indépendante du contrat conclu par lui avec l'acheteur, ou ne peut admettre cette assimilation au credoc" (Stoufflet Credoc 1957 n° 450).

Par ailleurs, cette différence existant entre le contrat de cautionnement et le credoc est manifeste au niveau même de la portée de l'engagement.

En effet, même en cas de nullité ou d'inexistence du rapport fondamental, le banquier reste tenu. Par conséquent il ne peut invoquer les exceptions dont pourrait se faire prévaloir le débiteur principal. Ceci s'explique par le fait que l'engagement du banquier en matière de credoc est autonome, tandis que la caution bancaire se caractérise essentiellement par son caractère accessoire.

§II - CAUTION BANCAIRE ET AFFACTURAGE

Le factoring n'avait pas fait l'objet de définition ou de réglementation mises à part les allusions faites par les textes de l'art 168 10 (ème) de l'annexe 4 du code général des impôts qui dispense ces opérations des taxes, et par l'instruction ministérielle n° 70/94 B 1 du 04 Septembre 1970. Ce n'est qu'en 1973 plus précisément, le 29 Novembre, qu'un arrêté a usé de la version française affacturage. Si la terminologie a fait l'unanimité, il en va différemment pour la définition.

Nous retiendrons quant à nous, la définition donnée par la banque de France qui nous paraît plus complète.

Le contrat d'affacturage se définirait alors, comme le contrat qui consiste en un transfert de créances commerciales de leurs titulaires adhérents au factor qui se charge d'en opérer le recouvrement, et qui en garantit la bonne fin même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur. Les factures lorsqu'elles sont réglées par le factor avant échéance, rapprochent l'opération de factoring de l'escompte.

Le factor assume le risque de non paiement résultant de la défaillance du débiteur. A ce titre, il se rapproche du cautionnement bancaire puisque le factor assure à l'adhérent le paiement, c'est comme s'il se portait caution.

Par ailleurs, le domaine du factoring est plus large en ce sens que le factor garantit non seulement l'adhérent contre le non paiement du client débiteur, mais également sauvegarde les intérêts de ce dernier.

En effet, le client peut opposer au factor toutes les exceptions tirées de la mauvaise exécution du marché.

CHAPITRE I - LE DOMAINE D'UTILISATION DE LA CAUTION BANCAIRE

Il s'agit des domaines : légal, conventionnel et judiciaire

SECTION I - DOMAINE LEGAL DE LA CAUTION BANCAIRE

§I- LES CAUTIONS BANCAIRES EN FAVEUR DE L'ADMINISTRATION FISCALE

Dans le souci de faciliter le règlement des impôts qui frappent les personnes physiques et morales, le législateur a institué divers moyens pour permettre au trésor de percevoir avec le maximum de sécurité, les créances dues aux diverses administrations fiscales.

Parmi ces moyens, le législateur exige la fourniture d'une caution bancaire. On envisagera les cautions fournies en faveur des douanes d'abord, les cautions auprès de contributions indirectes, ensuite celles auprès de l'enregistrement et enfin les cautions pour impositions contestées.

A - LES CAUTIONS EN DOUANE

Les cautions en douane sont fournies en faveur des redevables de droits de douane. En règle générale, toute importation de marchandises donne lieu à la perception de droits et taxes.

Or, l'obligation de payer ces droits résultent de l'entrée des marchandises dans le circuit national de consommation, mais non de leur simple entrée dans le territoire national.

Par conséquent, le paiement des droits peut être différé soit parce que le produit importé n'est pas immédiatement livré au marché intérieur, il s'écoule un laps de temps entre l'arrivée et la livraison au marché intérieur ; soit parce que le produit doit être transformé et parfois stocké avant sa commercialisation, comme c'est le cas du pétrole brut importé.

De même, pour les marchandises qui ne font que traverser le territoire, ou encore qui sont réexportées, la perception des droits peut être suspendue.

Nous allons regrouper ces différentes hypothèses en deux rubriques essentielles et voir quels sont les régimes qui leur sont applicables.

1 - CAUTIONS FOURNIES AUX IMPORTATEURS DE PRODUITS DESTINÉS A LA CONSOMMATION NATIONALE

De telles cautions permettent de surseoir au paiement des droits et taxes. En effet, conformément à l'article 113 du code des douanes français : "aucune marchandise ne peut être retirée des bureaux de douanes si les droits et taxes n'ont pas été préalablement payés, consignés, ou garantis". Ainsi les importateurs ou les commissionnaires agréés en douane ont la faculté de retirer leur marchandise moyennant garantie. Cette garantie est en pratique et le plus souvent, une caution bancaire. Cette caution leur permettra alors de bénéficier soit d'un crédit d'enlèvement, soit d'un crédit de droits et taxes à quatre mois.

Le régime du crédit d'enlèvement est prévu par l'article 114 du code des douanes qui dispose qu'au fur et à mesure des vérifications et avant liquidation et acquittement des droits et taxes exigibles, moyennant soumission cautionnée, les importateurs peuvent effectuer l'enlèvement.

En principe, les droits et taxes sont dûs au comptant, c'est pourquoi l'autorisation de prendre livraison des marchandises avant le paiement effectif de ces impôts et taxes est subordonnée à la fourniture d'une soumission cautionnée. Celle-ci se définit comme l'engagement du banquier de payer les droits dès qu'ils seront calculés et devenus exigibles.

Le procédé est le suivant : l'importateur fournit une caution solidaire dans le mois qui suit l'inscription des sommes à recouvrer au registre de liquidation ou sur les bordereaux. La caution contresigne la soumission.

Ce document doit préciser le montant et la durée de la caution en général. La durée de la caution est annuelle. Toutefois la caution a la faculté de la dénoncer moyennant préavis de 15 jours par lettre recommandée avec accusé de réception.

Les engagements antérieurs à la dénonciation subsistent jusqu'à leur extinction complète. Dans ce cas, la caution a intérêt à demander une décharge douanière lui assurant que son engagement ne couvre plus la période postérieure.

Une fois que le receveur principal et la caution donnent leur acceptation, l'administration des douanes ouvre un compte au nom du principal obligé qui fonctionnera comme un compte bancaire. Ce compte est tenu par année calendaire, le report du solde n'est admis qu'en cas de demande de reconduction pure et simple de l'engagement antérieur fait par la caution et le soumissionnaire. Au crédit de ce

compte, sont portés respectivement le montant maximum de la caution offerte, ensuite les sommes libérées à l'occasion des décharges d'engagement.

Au débit sont inscrits les montants des droits, taxes ou autres éléments tels les pénalités et intérêts à imputer sur les cautionnements.

Une autre modalité s'offre à l'importateur, il s'agit du crédit des droits prévu par l'article 112 code des douanes qui prévoit que l'acquittement des droits et taxes peut être effectué au moyen d'obligations cautionnées.

Un tel procédé s'apparente à celui que l'administration accorde pour le paiement différé de la TVA.

2 - CAUTIONS FOURNIES AUX IMPORTATEURS DE PRODUITS DESTINÉS A L'EXPORTATION

Il s'agit d'étudier ici les régimes suspensifs institués par le législateur ; tout d'abord, le régime de l'entrepôt : Il en existe deux types.

Les entrepôts réels surveillés en permanence par la douane et les entrepôts fictifs qui ne sont soumis qu'à des visites de contrôle.

C'est dans cette dernière catégorie que le propriétaire des marchandises est appelé à fournir une caution en garantie de son engagement à représenter, ou le cas échéant, à acquitter les droits et amendes.

La caution à chaque entrée de marchandises, s'engage solidairement avec l'entrepositaire à assurer la conservation des marchandises et à veiller à ce qu'elles ne soient pas modifiées sans autorisation expresse de l'administration douanière.

Ensuite, nous avons le régime de l'admission temporaire prévu aux articles 159 à 174 code des douanes français qui s'applique aux marchandises importées en vue d'une réexportation après une transformation, une ouvraison ou un complément de main-d'oeuvre.

Tant qu'elles sont destinées à la réexportation effective, ces marchandises ne paient pas de droits.

Cependant, l'administration des douanes exige qu'il soit fourni une caution garantissant les droits éventuels à acquitter si l'exportation prévue ne se réalise pas conformément aux engagements pris.

L'importateur qui désire bénéficier d'un tel régime doit adresser une demande au receveur principal des douanes ou au directeur général des douanes, qui ne sera acceptée que moyennant fourniture d'une caution.

En France actuellement des mesures d'assouplissement de ce régime sont envisagées parce qu'un tel régime présente des avantages certains dans le cadre du marché commun et du commerce international ⁽⁶⁾.

Le mécanisme se présente comme suit :

La caution signe un engagement général. Cet engagement néanmoins donne lieu lors de chaque admission temporaire à une contreseing de la caution. cette dernière s'engage solidairement avec l'importateur.

Son engagement est en général illimité en montant ou en durée, mais la caution conserve toujours le droit de le dénoncer.

En outre, la durée de l'engagement ne saurait être supérieure à la durée fixée par l'arrêté ou la décision accordant l'admission temporaire.

Enfin, le dernier régime qui est constitué par le transit.

Il se définit comme " la faculté de transporter en franchise à travers le territoire douanier des marchandises grevées de droits ou frappées de prohibition". WATTIEZ "cautionnement bancaire" P.45.

Il en existe deux types : le transit ordinaire et le transit international ; mais quelle que soit sa forme le transit est accordé moyennant l'engagement d'une caution qui contresigne l'acquit à caution qui matérialise cet engagement. L'engagement de la caution diffère selon le type de transit utilisé.

- Le transit ordinaire qui s'effectue par toutes les voies à l'exception de la voie maritime, est placé sous la responsabilité des expéditeurs.

L'acquit à caution délivré dans ce cas, engage le transitaire et la caution à représenter les envois à destination dans un délai déterminé.

Les colis sont en principe plombés, pour certains produits, on opère un prélèvement d'échantillons ou encore des conditions particulières d'emballage sont parfois requises. Ces différentes méthodes sont utilisées pour faciliter le contrôle.

Ce contrôle est effectué à l'arrivée des marchandises au bureau-frontière de destination où l'acquit à caution est remis. Après vérification les agents revêtent l'acquit d'un certificat de reconnaissance qui sera renvoyé au bureau d'émission. En cas de rupture de scellement on délivre un certificat spécial. La sanction dans ce cas est prévue par l'article 411 du code des douanes qui prévoit une amende égale au triple des droits et taxes.

⁶ Titre II L n°63/1351 du 31 Décembre 63 JO 3 Janvier 64 p.59

L'engagement de la caution est en général limité en montant et en durée. En pratique on applique un délai d'usage qui n'excède pas 3 mois.

- Quant au transit international, il est effectué sous la responsabilité du transporteur par voie ferroviaire, routière, fluviale ou aérienne.

Les modalités de ce contrôle sont diverses.

- Lorsque l'expéditeur des alcools est un entrepositaire, il peut bénéficier d'un crédit à l'enlèvement s'il fournit une caution.

En effet l'entrepositaire qui fournit une caution peut être dispensé de payer les droits au moment de l'expédition. Au lieu de verser à chaque enlèvement les droits, les paiements sont regroupés et exigibles à date fixe.

Aux termes de l'art. 498 CGI, ce crédit d'enlèvement est de dix jours ou d'un mois.

L'étendue de l'obligation de la caution va se limiter au crédit consenti par l'administration. En effet, le crédit, ne peut porter sur une quantité supérieure aux restes en magasin.

L'engagement de la caution peut cependant être d'une durée annuelle, il est également valable d'une année à une autre par tacite reconduction.

L'entrepositaire a l'obligation, quant à lui, de faire accompagner d'un acquit de caution, les lots de marchandises encore passibles de droits.

- Lorsque le montant à payer s'élève à 250 FF au moins, le redevable peut souscrire des obligations cautionnées à 4 mois, dès l'arrêté de compte décadaire.

- L'administration des contributions indirectes peut également permettre à l'entrepositaire marchand en gros ou débitant, de bénéficier du régime de l'entrepôt. Mais une différence est à relever entre l'étendue de l'engagement de la caution à l'enlèvement et celle de la caution à l'entrepôt.

En effet dans le premier cas rien ne s'opposerait à ce que la caution se délie en cours d'année (les acquits de caution sont exigibles à chaque enlèvement) en revanche dans le second cas, la caution à l'entrepôt ne peut être résiliée unilatéralement en cours d'année.

La raison en est que le règlement ne se fait qu'à l'expiration de l'année ou de la campagne.

Son domaine d'utilisation se limite aux entreprises de transport désignées par le ministre des finances qui soumet les véhicules utilisés à des conditions normalisées de

constructions, de fermeture et de scellement ⁽⁷⁾ l'autorisation de pratiquer de telles opérations est soumise à la fourniture d'une caution.

B - LES CAUTIONS AUPRES DES CONTRIBUTIONS INDIRECTES

Le service des contributions indirectes assure l'assiette et le recouvrement des impôts indirects proprement dits mais aussi des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spéciales et parafiscales.

Le nombre important de ces impôts occasionnent aux redevables de grosses difficultés de trésorerie, c'est pourquoi le législateur a institué en faveur des redevables autorisés par l'administration des contributions indirectes, à bénéficier des régimes similaires à ceux qui sont en cours en matière douanière.

Les contributions indirectes frappent la fiscalité des produits de consommation. En France, seul un nombre limité de produits de consommation sont encore imposés. Il s'agit notamment des produits comme l'alcool, la viande.....

En ce qui concerne les alcools entendus au sens large (eau de vie, apéritif, liqueurs, mais également toute préparation alcoolique comme les médicaments ou les parfumeries cf art. 1598 CGI), les droits sont perceptibles en principe à leur moment de livraison à la consommation intérieure.

Le mécanisme est comparable à celui de la perception des droits de douane. Moyennant la fourniture d'une caution, les redevables sont autorisés à différer le paiement des droits.

Cette condition de fournir au préalable une caution est posée dans le but d'éviter l'écoulement frauduleux de produits, il s'avère alors nécessaire de contrôler aussi bien les magasins que les fabrications.

En outre, aucun transport d'alcool ne peut se faire sans que le transporteur ne soit muni d'un titre de mouvement, c'est ainsi qu'une caution est exigée s'il s'agit de transport d'alcool, non encore libéré d'impôts.

- En ce qui concerne la circulation de la viande : ce sont les articles 17 et 18 de la loi de finances du 24 mai 1951 qui ont institué la taxe sur la circulation de la viande. Cette taxe a été modifiée en 1959 et doit être acquittée lors du premier enlèvement de la viande. Cet enlèvement s'effectue sous le couvert d'une facture revêtue d'une vignette transport délivrée par le receveur après consignation de droits ou encore après la fourniture d'une caution.

⁷ Cf. article 139 code des douanes français

Par ailleurs, le passage des produits aux différents stades du circuit commercial donne lieu à des taxes sur le chiffre d'affaire.

Ces taxes frappent les dépenses et non les revenus, elles sont collectées par les redevables sur les prix des produits vendus aux clients.

Pour éviter à ces redevables de payer des sommes récupérables uniquement après encaissement, l'art 384 de l'annexe III du CGI prévoit des moyens de paiement qui ne peuvent être utilisés qu'après autorisation du receveur principal et fourniture d'une caution.

Ces moyens de paiement se présentent sous forme d'obligations cautionnées dont il conviendra d'étudier ensuite la nature juridique.

Quant au domaine d'utilisation en matière de chiffre d'affaire, l'art. 1592 CGI le limite aux redevables qui consentent un crédit commercial d'une durée d'au moins un mois à leur client. Seul ce type de redevables est autorisé à effectuer le paiement par obligations cautionnées.

Ces redevables sont en général des entreprises industrielles ou de commerce de gros à l'exclusion des entreprises qui vendent au comptant tels que les succursalistes ou les supermarchés.

En outre les entreprises exportatrices nouvelles bénéficiant d'une TVA sur les ventes à l'étranger, peuvent effectuer des achats de marchandises et de matières premières en franchise de taxe à condition de fournir une caution bancaire.

Il en est de même en matière immobilière, la présentation d'une caution permet de différer le paiement de la TVA sur le montant global de la transaction dès la première vente des immeubles neufs.

Ceci aura pour effet d'éviter au vendeur, lorsque la vente est faite en l'état futur d'achèvement, à faire l'avance d'un montant important d'impôt (Loi du 3 janvier 1957).

La pratique des obligations cautionnées se retrouve aussi bien en matière de la perception des droits de douane que dans celle des droits des contributions indirectes, c'est pourquoi il paraît opportun d'étudier leur nature juridique.

NATURE JURIDIQUE DES OBLIGATIONS CAUTIONNEES

Les entreprises sont assujetties à la TVA. Chaque mois, elles doivent régler aux contributions indirectes le montant des taxes correspondant au chiffre de leur vente déduction faite des taxes qu'elles paient au titre de leurs achats.

Les obligations cautionnées se matérialisent par la création d'effets tirés sur le redevable par l'administration.

La question qui se pose dès lors est de savoir si les obligations cautionnées rédigées sous forme de billets à ordre sont de véritables effets de commerce.

Selon une certaine doctrine ⁽⁸⁾ les obligations cautionnées ne sont pas de véritables effets de commerce parce qu'elles ne sont pas souscrites entre commerçants, le trésor n'ayant pas cette qualité ; mais aussi parce qu'elles ne sont pas négociables.

Cependant, l'assimilation des obligations cautionnées aux effets de commerce ne saurait être rejetée en bloc en raison de la procédure de protêt qui est similaire aux deux. Par ailleurs elles sont sous forme de billets à ordre et en plus ont un but de mobilisation des créances du trésor auprès de la banque. En effet " les obligations cautionnées, centralisées chez le receveur général de finances à qui le receveur principal les a endossées sont réescomptées par la banque de France" (cf WATTIEZ P.62) qui applique un taux d'escompte ordinaire.

Et selon l'une ou l'autre tendance la banque qui s'engage à garantir l'engagement du souscripteur d'obligations cautionnées, est tantôt considérée comme une caution, tantôt comme un avaliste.

C - CAUTIONS AUPRES DU SERVICE DE L'ENREGISTREMENT

En principe, le paiement des droits d'enregistrement doit être effectué dès l'accomplissement de la formalité ou le dépôt de la déclaration.

Toutefois, la caution auprès de l'enregistrement permettra d'y déroger pour certains droits.

Il s'agit des droits dont le montant est indéterminé ou l'échéance incertaine, ou des droits exigibles dont le redevable a demandé le paiement échelonné.

Dans ces hypothèses la loi permet au redevable de différer le paiement ou de l'échelonner en présentant une caution.

- C'est d'abord le cas des "sociétés étrangères abonnées, tenues personnellement de l'impôt, mais qui doivent fournir un représentant responsable pour en assurer le recouvrement" WATTIEZ page 64.

En effet, c'est dans le but de contrôler les valeurs des sociétés étrangères circulant dans le pays et leur impact sur le développement du marché financier et des bourses de valeurs, que le législateur les a grevées d'impôts sur leurs revenus de valeurs.

⁸ Alix et Lecercle TI p.97

Mais, par suite de modifications profondes une distinction est opérée entre les sociétés étrangères non abonnées qui n'ont aucun rapport avec l'administration fiscale et qui acquittent leur impôt par des intermédiaires nationaux et les sociétés abonnées.

C'est dans ce dernier cas qu'on retrouve l'usage d'une caution désignée sous le terme de représentant responsable. Ce représentant est généralement une banque chargée des opérations financières de la société étrangère sur le territoire d'accueil.

Le représentant responsable prend l'engagement d'acquitter l'impôt ce qui le rend débiteur personnel et direct, et à ce titre il peut être actionné directement en recouvrement des droits.

- C'est ensuite le cas des droits de mutation par décès. De tels droits doivent être payés avant l'enregistrement de la déclaration de succession.

Mais, en raison des difficultés de réalisation de certains biens et le caractère trop onéreux des tarifs, la loi permet dans ces cas de différer ou de fractionner le paiement.

La demande adressée au receveur du bureau d'enregistrement où la succession est déclarée doit être accompagnée d'une garantie nette et précise, cette garantie peut être remplacée par un engagement personnel contracté par un ou plusieurs établissements bancaires ⁽⁹⁾.

- La caution bancaire permet aux ayant-droits d'une nue-propriété, de différer le paiement des droits de mutation par décès, à concurrence de la part proportionnelle à la valeur imposable de cette nue propriété. Le bénéfice des dispositions de la loi du 16 avril 1930 ⁽¹⁰⁾ qui a institué le paiement différé, trouve sa justification dans le fait qu'on ne peut pas obliger le nu-propriétaire à payer des droits sur des biens qui ne sont pas lucratifs.

Mais dès la réunion de l'usufruit et de la nue-propriété, les droits deviennent exigibles dans un délai qui ne peut excéder 6 mois.

L'engagement de la caution peut s'étendre au paiement des intérêts et pénalités si à l'expiration de ce délai de six (6) mois après la réunion de l'usufruit et de la nue_ propriété, le redevable ne s'est pas acquitté de ses droits.

- En outre, la caution bancaire permet à tout légataire ou co-héritier de fractionner en plusieurs versements égaux le paiement des droits. Le premier versement doit

⁹ Article 399 al.3 in fine annexe III CGI

¹⁰ Article 23 JO (français) 17 Avril 1930 p.1841

obligatoirement s'effectuer dans les 3 mois qui suivent la décision accordant le délai de paiement. Entre deux versements il ne peut y avoir un intervalle de plus de 6 mois.

Aux termes de l'article 399 CGI, le fractionnement des droits sur une période de 10 ans n'est possible qu'à une double condition :

- Ces droits successoraux doivent être à la charge des héritiers en ligne directe ou du conjoint, de plus l'actif successoral doit comprendre à concurrence de 60% au moins des biens non liquides.

- A cela, il faut ajouter que le service de l'enregistrement ne consent le fractionnement que sur présentation d'une caution bancaire.

Le service de l'enregistrement perçoit d'autres droits notamment sur les sociétés redevables de droits d'enregistrement, mais également sur les redevables qu'il a autorisés à employer des machines à timbrer.

Dans la première hypothèse, les droits portent sur certaines opérations sociales, telles que l'incorporation de réserves, de provisions ou de bénéfices au capital, qui sont passibles d'une majoration de 12% applicable lors de la présentation des actes à la formalité d'enregistrement.

C'est l'article 719 al 3 CGI qui permet le fractionnement en plusieurs versements égaux si le redevable adresse une demande au directeur départemental de l'enregistrement, en plus d'une garantie.

Généralement, c'est l'engagement personnel d'un établissement bancaire qui est exigé. Cet engagement doit à peine de déchéance être constitué dans un délai de 6 mois à compter de l'enregistrement.

Dans la seconde hypothèse, il s'agit des actes soumis au timbre de dimension, vignettes ou marques. Généralement leur apposition est faite par le service de l'enregistrement pour attester du paiement des droits dont les actes sont grevés. Mais l'utilisation des machines à timbrer peut être autorisée aux redevables, et dans ce cas, pour prévenir d'éventuelles fraudes, l'administration exige la constitution de garanties par les concessionnaires usagers.

Ces garanties peuvent être remplacées par un engagement personnel et inconditionnel d'une banque conformément à l'arrêté du 10 janvier 1958 inséré dans l'article 83 annexe IV CGI.

D - LES IMPOTS CONTESTES

Il peut arriver que dans le calcul des impôts dûs par un client de la banque, l'administration fiscale commette des erreurs sur la quotité des impôts directs ou des taxes sur le chiffre d'affaires.

Ou bien, elle interprète la législation fiscale d'une manière défavorable au redevable.

En principe général, les contestations ne sauraient dispenser ce dernier du paiement des sommes dues mais, l'administration peut suspendre l'exigibilité des droits à condition que le redevable fournisse une garantie.

Dans un tel cas, le redevable adresse une correspondance de contestation auprès de la direction générale des impôts et dans certaines situations, requiert l'arbitrage du ministre de l'économie.

Deux recours s'offrent dès lors au redevable ; soit il dépose dans un compte bloqué et sans intérêts le montant de l'impôt en attendant la décision administrative, soit il fournit une caution bancaire.

Ce dernier recours est plus avantageux car le client n'a pas à effectuer de décaissement.

Un tel recours est fondé sur l'article 97 de la loi N°59-1472 du 28 décembre 1959.

Il convient toutefois de souligner qu'un tel engagement n'est pris par la banque qu'en faveur de certains clients privilégiés en raison de la difficulté d'apprécier le bien fondé de la réclamation du client.

§II - LES CAUTIONS EN FAVEUR DES ADMINISTRATIONS ADJUCATRICES DE MARCHES PUBLICS

Le patrimoine de l'Etat et les tâches qui lui incombent nécessitent des travaux importants en nombre et en valeur.

L'entretien des services administratifs exige de nombreuses livraisons en fourniture et service, ce sont ces divers contrats qui sont regroupés sous le vocable de marchés publics.

Le plus souvent, ce sont des Entreprises privées qui sont chargées de leur exécution . Mais l'administration est autorisée par le législateur, à s'entourer de garantie pour se prémunir contre toute défaillance de l'adjudataire. C'est alors que les titulaires de marchés publics sont appelés à fournir une caution bancaire agréée par le ministre de l'économie et des finances.

Les cautions bancaires peuvent être fournies en remplacement des cautionnements provisoires et définitifs.

Le cautionnement provisoire est exigé par l'administration afin de se prémunir contre les offres peu sérieuses au moment où l'entreprise soumissionne, on parle de caution

de soumission, ou contre le refus d'exécution des marchés. Il est incorporé au dossier de réponse du concurrent, son montant est indiqué dans le C.P.A.P et dans l'avis d'appel à la concurrence. Il est exprimé en Francs CFA et fixé par le responsable du marché. Un tel cautionnement est dit provisoire parce qu'il doit être restitué aux candidats non retenus, mais également au titulaire du marché dès sa désignation définitive.

Ce type de cautionnement est réglé par les articles 79, 86, 94, 95, du décret N°82/690 du 7 septembre 1982 au Sénégal.

En revanche en France, le cautionnement provisoire est supprimé depuis la loi du 7 janvier 1959. Seule la caution définitive est prévue actuellement dans ce Pays.

La caution définitive est quant à elle obligatoire pour tout marché comportant un délai de garantie qui permet à l'administration de s'assurer de la bonne exécution, de la qualité des travaux et des fournitures de l'entreprise adjudicataire.

Elle est réglée au Sénégal par les articles 80, 87, et 94 à 96 du décret du 7 septembre 1982 et comprend un élément fixe et un élément proportionnel.

- L'élément fixe est constitué de l'approbation d'un montant égal à 3% du montant initial du marché, diminué ou augmenté des avenants.

- L'élément proportionnel aux acomptes reçus au titre du marché, s'élève quant à lui à 10% du montant des décomptes.

Toutefois, cet élément ne sera plus retenu si la somme avec l'élément fixe est égale à 10% du montant des marchés.

En France selon l'article 1 du décret du 22 septembre 1960, le montant de la garantie ne peut être supérieur à 3% du montant initial du marché, augmenté le cas échéant des avenants, si le marché ne comporte pas de délai de garantie.

Lorsque le marché est assorti d'un délai de garantie ce montant est limité à 10%.

Ces cautions sont fournies en remplacement des cautionnements prévus en espèces. Les cautions personnelles et solidaires, consistent en l'engagement d'un tiers à verser les sommes dont le titulaire viendrait à être reconnu débiteur au titre du marché.

Au Sénégal les banques et les organisations mutuelles seules sont autorisées à se porter caution. Une liste énumérant ces établissements a été dressé il s'agissait de la BIAO, de la BICIS, de la BNDS, de l'USB, et de USBCI.

Cette liste doit normalement être restreinte aujourd'hui en raison de la fermeture de certains établissement comme la BNDS, l'U.S.B.

L'établissement agréé doit remettre alors au titulaire une déclaration portant certaines indications.

Il existe d'autres garanties particulières supplémentaires. En effet, les administrations peuvent consentir aux fournisseurs des avances en argent d'une certaine importance ou encore mettre à la disposition des titulaires des matériels et outillages.

1 - LA CAUTION EN GARANTIE DES AVANCES

En règle générale de la comptabilité publique, aucun paiement n'est effectué avant service fait. Mais les administrations sur autorisation légale, peuvent consentir aux entrepreneurs et fournisseurs une avance moyennant constitution d'une garantie, généralement une caution.

Cette dernière s'engagera à rembourser s'il y a lieu 100% du montant consenti.

En France, ces cautions portent sur 30% ou 50% des avances consenties pour les marchés d'Etat et 50% pour ceux des collectivités locales.

Il existe 3 types d'avances : il s'agit notamment des avances sur matériel, des avances sur approvisionnements et des avances de démarrage.

2 - LA CAUTION EN GARANTIE DES BIENS MIS A LA DISPOSITION DES TITULAIRES DE MARCHES PUBLICS

Une caution bancaire est requise pour garantir la représentation des matériels, outillages, machines, remis aux titulaires des marchés publics lors de l'exécution des travaux.

A ces garanties particulières s'ajoute la garantie des retenues.

3 - LA CAUTION EN RETENUE DE GARANTIE

La retenue de garantie est une pratique qui permet à l'administration de régler une fraction du prix convenu et de garder par devers elle le solde "à titre de retenue" de garantie jusqu'à la réception définitive permettant d'apprécier la bonne exécution du contrat. Cette accumulation de retenue peut peser lourdement sur la trésorerie de l'entreprise, d'où le recours à une caution bancaire.

Ce qui va lui permettre de soulager sa trésorerie, et en contrepartie l'administration bénéficiera de la garantie d'un établissement présentant un standing financier fiable.

§III - LA CAUTION DES MARCHES PRIVÉS DE CONSTRUCTION

Dans ces marchés, l'entrepreneur peut obtenir le paiement immédiat des "retenues de garantie" en fournissant une caution bancaire, conformément aux dispositions de l'article 1 de la Loi du 15 Juillet 1972 français. Une telle caution est accessoire et ne saurait être constituée par une garantie indépendante ⁽¹¹⁾.

Par ailleurs, en cas de sous-traitance, l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 impose à l'entrepreneur principal de donner une caution en garantie des sommes dues au sous-traitant.

Le contrat de sous-traitance, est défini comme étant le contrat par lequel le maître d'ouvrage en l'occurrence le titulaire d'un marché, fait appel à un spécialiste appelé sous-traitant pour lui confier tout ou partie des travaux qui lui sont confiés. En général il en est ainsi lorsque ces travaux nécessitent l'emploi de techniques complexes que seul un spécialiste est capable de faire. Puisque le titulaire d'un marché en principe est tenu d'exécuter lui-même la prestation s'il passe outre, il lui faut une autorisation soumise à la présentation d'une caution.

Enfin l'obligation de fournir une caution est également exigée lorsque l'entrepreneur nantit ou cède l'ensemble du marché (article 63 loi bancaire).

SECTION II - LE DOMAINE CONVENTIONNEL DE LA CAUTION BANCAIRE

En matière de transaction interne, tout créancier peut exiger de son débiteur la fourniture d'une caution bancaire.

Mais en pratique, les banques fournissent beaucoup moins leur caution parce qu'elles considèrent que les parties en présence sont en mesure de bien se connaître et qu'il appartient dès lors aux créanciers d'apprécier la qualité de leurs débiteurs.

C'est pour ces raisons que dans le commerce intérieur, la banque ne se porte caution que pour des opérations particulières, notamment la caution auprès de certains groupements tels que les groupements d'intérêt général qui exigent de leurs clients qu'ils fournissent une caution bancaire en garantie des crédits qu'ils leur accordent.

Cependant, le besoin des parties d'obtenir une caution bancaire se fait surtout ressentir dans le cadre du commerce international.

C'est pourquoi il convient de voir les différentes cautions fournies en matière de commerce extérieur.

¹¹ Paris 21 Avril 1983 D.1983 I.R. p.403

Nous classerons la caution pour absence de documents et d'avaries communes dans cette rubrique, contrairement à une certaine doctrine qui les range dans les cautions fournies en matière intérieure (WATTIEZ P. 95), parce qu'on considère que ces cautions ont plutôt des affinités avec le commerce extérieur.

Mais avant de voir ces différents types de cautions, il faut d'abord étudier les raisons qui poussent les parties au contrat de vente internationale à chercher la fourniture d'une caution bancaire.

§I - JUSTIFICATIONS DES CAUTIONS BANCAIRES EN MATIERE DE COMMERCE EXTERIEUR

Ces justifications sont à rechercher dans les caractéristiques même des opérations du commerce extérieur.

En effet, la caractéristique essentielle de telles opérations est la complexité des contrats traités résultant de l'ignorance quasi-complète entre les fournisseurs et leurs clients.

Cette situation est accentuée par la distance, tout ceci a comme corollaire la difficulté qu'éprouvent les différentes parties à s'apprécier mutuellement au triple plan de la capacité, de la solvabilité et de la moralité.

En outre, les risques encourus par les parties aux contrats de vente internationale sont sans commune mesure avec ce qui se passe dans le commerce intérieur. Les faits générateurs de ces risques sont divers et variés.

Pour l'exportateur vendeur, il court deux principaux risques : le risque de fabrication et le risque de crédit.

Dans la première hypothèse, les risques consistent dans une résiliation du contrat avant livraison de la marchandise ayant déjà occasionné des frais de fabrication.

Tandis que la seconde hypothèse, le vendeur après livraison court le risque de se retrouver impayé.

Quant à l'acheteur, il peut arriver qu'il ne reçoive pas la marchandise payée avant livraison. Et même si les marchandises sont livrées, elles peuvent présenter des avaries ou encore peuvent être détruites totalement.

A ces risques s'ajoutent les risques politiques qui résulteraient d'une nouvelle politique législative douanière, les risques sociaux qui pourraient survenir dans les pays respectifs des parties ou au port d'embarquement.

Il existe également d'autres risques tels que les risques naturels mais surtout les risques monétaires.

Pour cette dernière catégorie la dévaluation en est un exemple patent. Cette modification de la parité monétaire emporte des conséquences graves sur les engagements commerciaux en cours, il se posera dès lors un problème d'adaptation du contrat à la situation nouvelle.

L'ensemble de ces données amènent les parties à rechercher des techniques juridiques leur permettant d'amoindrir les risques, de sécuriser les pratiques des affaires. L'intervention des cautions bancaires dans le but d'apporter aux parties les apaisements nécessaires, en est une illustration.

Nous limiterons notre étude à 3 types de cautions fournies dans le cadre du commerce extérieur : il s'agit des cautions fournies à l'occasion des marchés publics, des cautions fournies en matière de transport maritime, et enfin des cautions en prévision des fluctuations monétaires.

§II - LES CAUTIONS A L'OCCASION DE MARCHES AVEC L'ETRANGER

Les cautions sont demandées en général par les co-contractants étrangers à l'occasion de marchés de travaux publics ou de fourniture à l'étranger.

En France, les banques sont autorisées ⁽¹²⁾ à fournir leur caution pour garantir de telles opérations à la seule condition qu'il s'agisse de cautionner des personnes physiques résidant dans la zone franc, ou des personnes morales françaises pour leurs établissements qui sont dans cette zone (WATTIEZ P.92).

Il existe 4 types de cautions à l'occasion de ces marchés.

A - LA CAUTION DE SOUMISSION OU D'OFFRE

La nécessité de se prémunir contre les offres peu sérieuses est ressentie par les adjudataires de marchés publics intérieurs à fortiori s'il s'agit de marché à l'étranger.

Les entrepreneurs et fournisseurs ne peuvent en effet soumissionner à un marché étranger que s'ils justifient d'une caution bancaire.

B - LA CAUTION DE BONNE FIN OU DE CONFORMITE

Une telle caution est exigée par les co-contractants étrangers en garantie de la bonne exécution du contrat par les entrepreneurs ou les fournisseurs.

Cette exigence est rendue surtout nécessaire, par la distance qui sépare les parties.

¹² Cette autorisation leur est accordée par l'instruction n° 945 du 18 Juillet 1963

En effet, l'éloignement fait que l'adjudataire de marchés étrangers est dans l'impossibilité de se rendre sur place pour contrôler l'évolution et la réalisation normale des travaux. La fourniture d'une caution bancaire qui s'engage à en assurer l'exécution normale et la réalisation dans les délais est un apaisement essentiel pour le co-contractant qui se trouve à l'étranger.

C - LA CAUTION DE REMBOURSEMENT D'ACOMPTES

L'engagement de la caution, de garantir le remboursement des acomptes versés à l'entrepreneur pour financer des dépenses en monnaie locale, ou pour rémunérer les locaux, est limité au montant des sommes transférées au bénéficiaire du marché.

D - CAUTION DE REMBOURSEMENT DE PAIEMENTS LOCAUX

Il s'agit de la caution fournie par la banque de l'entrepreneur étranger à une banque locale qui a consenti à ce dernier des avances en devises étrangères. En effet, l'entrepreneur qui exerce un marché à l'étranger a parfois besoin de fonds de roulement pour couvrir les dépenses courantes nécessaires à la bonne marche des chantiers (frais de fonctionnement, de personnel...). Il s'adresse le plus souvent à une banque locale, donc de la place où le marché est exécuté pour obtenir un financement.

Cette banque n'accorde des avances que si la banque de l'entrepreneur se porte caution en garantie de remboursement des sommes avancées.

Cette catégorie de caution doit faire l'objet de notification à la banque de France accompagnée des pièces justificatives comme la copie intégrale du marché, le plan de financement ainsi que la traduction de l'acte.

La caution qui s'engage dans ces différentes hypothèses s'oblige également à transférer en devises les sommes dues si jamais la condition se réalise à savoir la défaillance de l'entrepreneur ou du fournisseur.

§III - LES CAUTIONS EN MATIERE DE TRANSPORT MARITIME

L'essentiel du commerce extérieur se fait par la voie maritime l'exécution du contrat de transport maritime met à la charge du transporteur un certain nombre d'obligations.

Cependant dans certaines circonstances, la lourdeur de ces obligations est atténuée. Il s'agit notamment des cautions fournies en cas d'absence de documents et des cautions fournies pour les avaries communes.

A - LA CAUTION POUR ABSENCE DE DOCUMENTS

L'émission de documents de transport résulte de l'évolution armatoriale. Le propriétaire de la cargaison ne voyage pratiquement plus avec sa marchandise. D'où la nécessité d'émettre un titre pour constater la remise de la marchandise au transporteur.

Ces documents sont variables mais le principal est le connaissement encore appelé "Bill Of Lading".

Ce document a des fonctions nombreuses parmi lesquelles, sa fonction probatoire de remise de la marchandise au transporteur mais surtout son rôle représentatif des droits du porteur.

En effet, il pèse sur le transporteur l'obligation de ne délivrer la marchandise qu'au seul porteur du titre, ou à celui dont le nom figure sur le titre ou encore celui à l'ordre de qui le titre est émis.

Mais le connaissement comporte beaucoup d'inconvénients par exemple la perte éventuelle, ou la lenteur de l'expédition au destinataire d'un exemplaire de connaissement.

C'est dans cette hypothèse que le capitaine représentant officiel de la compagnie de navigation, tire une présomption à partir du connaissement qu'il détient que le réclamant est le véritable destinataire.

Il lui délivre alors un titre dit "delivery order" à la condition que le réclamant lui fournisse une caution bancaire qui s'engage à garantir la compagnie de navigation contre tous les préjudices résultant de la livraison irrégulière.

Le "delivery order" est une coupure de connaissement qui a été considérée sous l'empire de la convention de 1924 comme ayant le même avantage que le connaissement entier par la doctrine dominante.

B - CAUTION POUR AVARIES COMMUNES

Le capitaine par sa libre volonté et dans le but de sauver le navire et sa cargaison, peut jeter par dessus bord une partie des marchandises transportées.

Généralement, il s'agit des marchandises qui se trouvent sur le pont et sont à portée de main.

Dans cette hypothèse, les dommages sont supportés par l'un des participants au voyage et pour le plus grand profit des autres.

D'où la solution de principe fondée sur l'équité, tous ceux qui en ont bénéficié, doivent réparer au prorata des objets sauvés leur appartenant.

Le pourcentage de la contribution de chacun est fixé par un expert appelé dispatcher.

Mais le règlement est difficile à déterminer c'est pourquoi il s'est avéré la nécessité d'établir un règlement provisoire pour éviter les retards dans la livraison.

Le destinataire des marchandises chargées sur le navire mis en avaries communes remet une formule d'adhésion portant une caution bancaire.

C'est après l'accomplissement de cette formalité que la compagnie accepte de lui remettre un delivery order.

Cette caution s'engage solidairement avec le destinataire à acquitter la contribution définitive mise à la charge de celui-ci pour le règlement d'avaries communes.

Le montant de son engagement est égal à celui de la contribution provisoire mais la compagnie a toujours la faculté d'en demander l'augmentation.

SECTION III - LES CAUTIONS JUDICIAIRES

Lors d'un procès civil ou commercial, la partie gagnante peut, pour des raisons d'urgence, demander une exécution provisoire du jugement susceptible de voies de recours (opposition, appel).

Cette demande est fondée soit sur l'urgence ou le péril en la demeure.

Mais si le jugement est réformé, il peut causer des préjudices au débiteur poursuivi. C'est pourquoi l'article 135b autorise le tribunal à accorder l'exécution provisoire mais à condition qu'une garantie soit constituée par la partie bénéficiaire de l'exécution provisoire.

Et selon l'article 135a, cette garantie peut être une caution bancaire. Pendant longtemps une partie de la jurisprudence refusait d'admettre les établissements bancaires comme des cautions judiciaires pour la simple raison que l'article 2040cc précisait que les cautions judiciaires sont susceptibles de contrainte par corps. Or, " la banque être moral, ne pouvant être tenue aux obligations de la caution judiciaire", échappe à cette disposition

Mais cette contrainte par corps étant supprimée depuis la loi du 22 juillet 1867, l'alinéa 2 de l'article 2040 est devenu caduc.

L'engagement de la caution se contracte au greffe du tribunal ayant rendu le jugement au moyen d'un acte de soumission (art 517 cpc).

La caution demandée doit couvrir toutes les restitutions et réparations qui pourraient être demandées.

La banque peut également se porter caution de l'étranger demandeur principal ou intervenant dans un procès.

Cette caution sera donc donnée en remplacement de la caution *judicatum solvi* qui tend à un déclin résultant des accords bilatéraux et multilatéraux qui en dispensent l'étranger dont le pays d'origine a signé avec le pays d'accueil une allégeance en ce sens.

CHAPITRE II - LA FORMATION DU CONTRAT DE CAUTION BANCAIRE

Tout crédit quelle que soit sa nature, comporte une part de risque.
Le risque est inséparable du crédit.

Pour le banquier ce risque peut résulter d'une défaillance définitive, totale ou partielle du débiteur client.

Or, cette défaillance contrairement à ce qui se passe en assurance n'est pas la raison d'être de l'activité bancaire en ce sens que tout mécompte constitue une perte anormale.

En d'autres termes, le risque est la principale donnée du contrat d'assurance, ce qui n'est pas le cas en matière de contrat passé par la banque.

C'est pour ces raisons que le banquier qui se porte caution procède à une étude préalable des risques de son engagement.

Une telle opération permet au banquier de se faire une idée exacte des chances de succès de son engagement mais également des éventuelles conséquences de la défaillance du débiteur.

C'est une fois ces opérations préalables terminées, que le contrat de cautionnement est conclu.

SECTION I - LES OPERATIONS PREALABLES

Le banquier dans sa "lutte" contre le risque peut prendre plusieurs précautions, il peut notamment limiter le risque, le diviser....

Mais le moyen le plus efficace consiste en l'examen attentif des demandes et l'évaluation de ses risques propres.

§I - L'EXAMEN DES DEMANDES DE CAUTION

Cet examen porte sur un triple volets :

- L'étude de l'opération à garantir,
- L'étude de la situation financière de l'entreprise
- Et enfin celle de la personne du demandeur

A - ETUDE DE L'OPERATION

Le contrat de cautionnement étant un contrat accessoire, il est nécessaire pour le banquier d'étudier l'opération principale qu'on lui demande de garantir.

Les opérations précitées qui donnent lieu à l'engagement de caution bancaire se caractérisent par leur diversité.

Par conséquent la demande varie selon la nature de l'opération cautionnée.

B - ETUDE DE LA SITUATION FINANCIERE DE L'ENTREPRISE

Cette étude se fait sur la base des bilans des trois (3) derniers exercices, accompagnés des comptes d'exploitation et des comptes de profits et pertes, présentés par le client.

La banque les examine par le procédé de calcul des ratios qui sont un moyen de comparer les différentes entreprises ou deux (2) postes caractéristiques d'un bilan.

Elle étudie également la consistance et la régularité des dotations portées au poste des amortissements et des réserves et provisions.

Quelques uns de ces divers procédés méritent d'être expliqués afin de connaître leur importance dans l'étude de la situation financière.

1 - RATIOS RELATIFS AUX CAUTIONS BANCAIRES

L'article 17 titre 3ème du décret du 28 Mai 1986 prévoit la possibilité pour la commission de contrôle de fixer les ratios de solvabilité, de liquidité ou de division des risques.

A cela, s'ajoutent les ratios entre capitaux propres de la banque et le montant de l'engagement.

Le ratio de solvabilité est le rapport entre les dettes à moyen ou long terme sur l'autofinancement moyen annuel.

Le ratio de liquidité quant à lui est le rapport entre le fonds de roulement net sur le fonds de roulement brut (ressources permanentes - immobilisations) > 5% pour le cycle court.

2 - LES PROVISIONS ET LES AMORTISSEMENTS

Les provisions permettent à la banque de retenir provisoirement une partie de ses bénéfices pour faire face à des charges ou pertes éventuelles qui pourraient entraîner des décaissements ou pertes.

Les amortissements quant à eux contribuent à renforcer la trésorerie de la banque.

Toutefois, comme a eu à le souligner Henri GERMAN : "les affaires ne sont pas des chiffres, ce sont des hommes". Wattiez p 112

C - ETUDE DES QUALITES DU DEMANDEUR

Au delà de l'étude de la solvabilité du demandeur, le banquier qui se porte caution d'une personne se préoccupe de ses qualités techniques et morales d'exécuter ses obligations.

En effet, de la perspicacité du demandeur de caution et de son intégrité morale, dépend l'amoindrissement ou l'aggravation des risques en d'autres termes le banquier court moins de risque si, par exemple l'entrepreneur de marché public présente des capacités techniques pour exécuter correctement le marché.

Dans ce cas, la banque caution qui s'est engagée à organiser la bonne exécution du marché, a de fortes chances de n'avoir pas à intervenir pour couvrir la défaillance de cet entrepreneur.

En outre, la banque est plus à même de se porter caution d'une personne honorable car elle est rassurée que son client évitera autant que faire se peut les amendes et pénalités qu'il encourt en cas de fraude. On retrouve dans ces hypothèses un des principaux caractères du contrat de cautionnement à savoir le caractère personnel.

L'intuitu personae a une grande influence dans cette forme de contrat. En effet, un tel contrat est fondé sur la confiance mutuelle des parties, c'est ce qui explique l'impact des éléments personnels qui sont appréciés par la banque in abstracto.

La banque se fie le plus souvent à son bon sens. C'est pourquoi en pratique la banque accorde sa caution plus facilement à un client habituel avec lequel elle entretient des relations d'affaires suivies et anciennes.

C'est ensuite en fonction de ces différentes constatations que la banque caution procède à l'évaluation de ses risques propres.

SECTION II - L'EVALUATION DES RISQUES BANCAIRES PROPRES

La banque qui se porte caution doit avoir un pouvoir de surveillance sur le montant des crédits par caution.

Cette nécessité se comprend aisément si l'on sait que la défaillance successive des débiteurs cautionnés a pour conséquence directe d'entraîner des difficultés financières et de trésorerie qui peuvent mener à une cessation d'activité de la banque caution.

L'exemple de la banque Renauld qui avait fourni sa caution de façon libérale, en garantie d'une avance consentie à une Société Française de Tannerie en 1932 par une Société Hollandaise en est une illustration.

Cette banque en effet, a été amenée à cesser ses activités par suite de la brusque défaillance du débiteur cautionné.

Par ailleurs, l'octroi de crédits inconsidérés a été une des causes de défaillance de la banque nationale de crédit et du comptoire Lyon/allemand.

Cette évaluation des risques propres de la banque se fait par plusieurs procédés.

§I - LA DECLARATION AU SERVICE DES RISQUES

En France le service des risques est géré par la banque de France. Ce service établit le classement des différentes catégories de crédits utilisées avant le 15 de chaque mois, lorsque ces crédits sont d'un montant supérieur à 10.000 F.

Au Sénégal, c'est la banque centrale ; la date limite est fixée avant le 05 de chaque mois concernant le classement des crédits utilisés.

Ce classement permet de suivre l'évolution du crédit. Ce service présente donc l'avantage d'être un service centralisateur, coordonnateur et régulateur de crédits bancaires.

Pour ce qui est du classement des crédits par caution, la banque utilise une rubrique spéciale.

§II - LA PUBLICATION HORS BILAN

Conformément aux instructions de la commission bancaire de contrôle, les crédits par caution ne figurent pas au bilan des banques. La particularité d'un tel crédit (aucun mouvement de fonds n'est effectué à priori) explique leur inscription à un compte spécial appelé compte d'engagement par caution et aval.

La Banque est tenue en adressant le rapport à la commission de fixer le montant exact des engagements par caution.

En outre, cette publication hors bilan résulte des caractères éventuels ou probables des dettes et des créances.

SECTION III - LA CONTREPARTIE DU RISQUE BANCAIRE : LA COMMISSION

Le banquier est un commerçant à ce titre il a vocation à obtenir des intérêts dans les opérations qu'il passe avec sa clientèle. La banque qui s'engage à accorder sa caution à un créancier court un risque, en contrepartie de ce risque elle applique un taux d'intérêt qui constitue la commission qu'elle perçoit sur l'opération en question ce taux est variable. Récemment en 1993, les Pays de L'.M.O.A. ont fixé un maximum pour les taux débiteurs et un minimum pour les taux créditeurs.

Ces taux sont soit prévus par la loi, soit par une convention mais sous réserve de respecter les limites maximales ou minimales. Concernant les taux légaux, ils sont annuels et sont fixés

sur la base du taux d'escompte de la banque qui est de 9%. En matière civile, ce taux est majoré de un point donc il est de 10% , et de deux points en matière commerciale d'où 11%.

SECTION IV - LA CONCLUSION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT BANCAIRE

En principe le contrat de cautionnement est consensuel c'est-à-dire qu'il se forme "solo consensus".

Cependant en pratique, en matière bancaire, il existe des formulaires typiques préétablis pour matérialiser un tel contrat. Il existe principalement 3 types de formulaires selon l'étendue de l'engagement de la caution qu'il convient de présenter.

Tout d'abord, il sera procédé à la présentation des formules destinées à la garantie de l'ensemble des engagements du débiteur cautionné : il s'agit notamment des formules 1 et 2 ci-dessous présentées.

TEXTE DE LA FORMULE 1

A....., LE

CAUTION

Ci après dénommé (e) même en cas de pluralité de cautions,
"La caution"

CAUTIONNE

Ci après dénommé " Le client "

MONTANT EN PRINCIPAL

... FRANCS

Le présent engagement solidaire est limité à la somme en principal de francs, majorée des intérêts commissions, frais et accessoires y afférents suivant les taux et conditions applicables aux opérations garanties.

TEXTE DE LA FORMULE 2

A....., LE

CAUTION Ci après dénommé (e) même en cas de pluralité de cautions
" La caution"

CAUTIONNE Ci après dénommé "Le client"

MONTANT illimité

Le présent engagement ci-dessus est contracté sans limitation de montant.

Ces deux premières formules sont utilisées pour tous les engagements, toutes les opérations nées directement ou indirectement pour quelque cause que ce soit, solde définitif ou provisoire de compte courant, opération de bourse, chèques, etc... à quelque titre que ce soit ce type de cautionnement s'applique au paiement ou remboursement de toutes sommes dues par le client en principal intérêt, commissions et accessoires.

En revanche, la 3ème formule présente la particularité d'être destinée à la garantie d'une seule obligation.

CAUTION Ci après dénommé (e) même en cas de pluralité de cautions
" La caution "

CAUTIONNE Ci après dénommé "Le client"

OBLIGATION
GARANTIE

Dans une telle formule, le cautionnement s'applique au paiement ou remboursement en principal, intérêts, commissions frais et accessoires de toute somme due par le client mais au titre de l'obligation définie.

La caution dans ce cas doit déclarer qu'elle connaît parfaitement toutes les conditions de l'obligation notamment, le montant, la durée, l'amortissement, les intérêts et commissions, l'exigibilité normale ou anticipée.

CHAPITRE III - EXECUTION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT BANCAIRE

Une fois conclu, le contrat doit être exécuté. Cette exécution donne lieu à des droits et obligations de la part de la caution.

Toutefois ces droits étant le plus souvent des causes d'extinction on les étudiera dans le chapitre qui leur est réservé.

Il conviendra de voir ici, les obligations de la caution bancaire vis-à-vis des autres co-contractants.

SECTION I - LES OBLIGATIONS DE LA CAUTION BANCAIRE

Ces obligations diffèrent selon le type de cautionnement envisagé et leur étendue sera envisagée au niveau des différents rapports qui sont en jeu. Toutefois quel que soit le type de cautionnement il existe une constante en affaire.

S. SECTION I - LES OBLIGATIONS COMMUNES A TOUS LES TYPES DE CAUTIONNEMENT

Le cautionnement d'affaire implique une solidarité entre la caution et le débiteur principal.

Le crédit par caution, mené à bonne fin, se résume en un prêt simple de signature. Par contre si le débiteur principal défaille à son obligation, la caution est dès lors tenue de s'exécuter au lieu et place du débiteur.

Cette solidarité écarte du coup le bénéfice de division et de discussion. En d'autres termes, la caution ne peut exiger du créancier qu'il divise ses poursuites entre elle et le débiteur ou encore entre elle et les autres cautions, s'il en existe.

En outre, elle ne peut non plus exiger du créancier qu'il poursuive le débiteur principal avant de se retourner contre elle.

La solidarité est le principe au Sénégal, en France elle est exceptionnelle. Mais la caution d'affaire ou celle donnée par une banque est toujours solidaire.

Ce qui n'a pas empêché toutefois, la discussion en France de l'opportunité des clauses de solidarité.

Certains auteurs, en effet, ont fait prévaloir la présomption coutumière de l'ancien droit, selon laquelle en matière commerciale la solidarité est de règle.

Cette position a été confirmée par une décision du 7 Janvier 1946.

D. 1946 - I - 132 - SIREY 1947 - I - 32

S. SECTION II - LES OBLIGATIONS DE LA CAUTION BANCAIRE DANS LE CAUTIONNEMENT ILLIMITE

Dans cette hypothèse, l'engagement de la caution bancaire couvre le montant total du capital augmenté des intérêts éventuels mais à condition que ces dettes soient excessivement garanties par la caution.

Vis à vis du débiteur principal, la caution bancaire garantit purement et simplement ses obligations.

Un tel cautionnement s'étend à tous les accessoires

du contrat y compris les dommages et intérêts découlant de l'inexécution des obligations du débiteur principal.

Vis à vis du créancier la caution est tenue des frais du contrat et de l'instance en paiement dirigée contre le débiteur et elle même.

Toutefois, quoique illimité la caution bancaire n'en reste pas moins tenue que des obligations nées du contrat. C'est ainsi que la responsabilité délictuelle du débiteur principal n'est pas couverte par la caution bancaire (sauf en matière fiscale voir les développements ultérieurs).

La cour de cassation a eu à se prononcer sur ce type d'engagement qualifié d'actes de "caution omnibus" ou "de tous engagements", notamment dans sa décision du 8 juin 1993 au terme de laquelle elle précise que "si général que soit l'engagement de la caution, il ne portait à défaut de stipulation contraire, que sur ces dettes contractées par la société ou incombant à celle-ci, et non pas sur les dettes contractées par la banque au profit d'un tiers fut il créancier de la société". R. Banque 1993.P 95.

Cette décision fait une application stricte des articles 2011 et 2015 du cc selon lesquels le cautionnement est l'accessoire d'une obligation principale. Dès lors la caution ne peut être tenue au-delà des obligations du débiteur principal.

Dans cette garantie de portée générale se pose le problème délicat de délimitation de l'étendue de l'engagement de la caution.

En effet on serait tenté de déclarer "la caution tenue pour toutes les sommes qui pourraient être dues par la société pour quelque cause que ce soit". Banque 1993 P 99.

Dans une autre décision la cour de cassation a rejeté la demande de paiement du créancier au motif qu'il n'était pas dans l'intention de la caution de garantir des obligations qui ne seraient pas issues des rapports contractuels entre le débiteur principal et le créancier. Cass. 12 Mai 1992 BULL CIV 1992 P 799.

Il faut cependant faire la remarque que tout dépend de la rédaction de l'acte de caution.

Rien n'empêche la caution de s'engager pour les dettes trouvant leur origine en dehors des conventions intervenues entre ledit cautionné et l'établissement de crédit⁽¹³⁾.

Mais dans ce cas la jurisprudence rédige une rédaction précise et sans équivoque de l'acte.

Les cofidésseurs ou certificateurs de caution qui sont des cautions qui viennent conforter la première, sont tenus dans les mêmes conditions que la principale.

S. SECTION III - LES OBLIGATIONS DE LA CAUTION BANCAIRE DANS LE CAUTIONNEMENT LIMITE

Un tel cautionnement est limité à une obligation ou à une somme (formule 2 et 3) expressément déterminée et inférieure à l'obligation du débiteur principal.

On retrouve ici une application de l'article 2013 cc ou 833 al. 3 cocc qui prévoient que le cautionnement peut être limité à une partie de la dette, seulement sous des conditions moins onéreuses.

Dans ce cas la caution bancaire indique le montant maximum de sa garantie et ses obligations ne pourront pas dépasser cette somme ; ex : limitation d'un engagement au remboursement d'un capital donné à l'exclusion des intérêts, cependant, les juges

¹³ Cass.Com 15 Rec 1992 Bull CIV IV n°408

apprécient souverainement s'il faut augmenter ce capital des intérêts ou des frais de poursuites.

En cas de doute, la tendance est à l'interprétation restrictive du contrat conformément à la lettre de l'article 2015 cc qui prévoit que le cautionnement ne se présume point. En d'autres termes on ne peut l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

Par ailleurs, les juges peuvent prononcer la condamnation de la caution au paiement des intérêts légaux sur le fondement de l'article 1153 cc qui dispose que " dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts légaux". Ainsi donc, la condamnation au paiement d'intérêts légaux n'est ni contradictoire, ni incompatible avec les dispositions de l'acte de caution dès lors qu'on se place sur ce terrain de l'article 1153 cc (14).

S. SECTION IV - LA SITUATION PARTICULIERE DE LA CAUTION FISCALE

Depuis la jurisprudence de la cour de cassation du 14 Mai 1816 (15) et 18 Décembre 1922 (16) en matière douanière, la caution en faveur de l'administration fiscale est assimilée à un redevable.

Cette tendance a été confirmée par la jurisprudence postérieure notamment par celle de la cour d'AIX du 17 Avril 1961 (17).

A propos de cet arrêt rendu à l'occasion d'un litige entre un contribuable cautionné par une banque, les juges décidèrent que "la caution d'un commerçant, admis par la règle au crédit des droits, n'est pas dans le sens de la loi, ni un co-débiteur ordinaire, mais un débiteur au même titre que le principal obligé lui même et soumise en cette qualité à des règles exorbitantes de droit".

La justification d'une telle rigueur est la suprématie de l'intérêt général.

Comme conséquence directe de cette soumission de la caution aux règles exorbitantes de droit au même titre que le principal obligé, les pénalités qui frappent ce dernier le sont à l'égard de la caution.

¹⁴ Cass.Com 20 Oct.1992 R.bque 1992 p.95

¹⁵ Sirey 1816/I/190

¹⁶ Sirey 1923/I/164

¹⁷ Sirey 1961 p.121

En outre, une autre question mérite d'être soulevée, c'est la garantie de la caution fournie en faveur des redevables de l'administration douanière ex la caution donnée par le commissionnaire en douane ; dans ce cas l'administration douanière ne reconnaît que le commissionnaire qu'elle considère comme le principal obligé alors qu'on sait que ce dernier n'entend pas procéder lui même au paiement. C'est pourquoi en cas de défaillance de l'importateur, c'est la caution bancaire qui doit automatiquement payer. Et c'est ensuite qu'elle sera subrogée aux privilèges de l'administration douanière contre l'importateur.

Ces privilèges fiscaux qui concernent aussi les privilèges des contributions ou encore des services de l'enregistrement, sont des privilèges généraux qui portent uniquement sur les meubles et effets mobiliers du redevables.

Les privilèges du trésor qui garantissent le paiement des impôts directs et taxes assimilés s'exercent avant tout autre privilège sur une période de deux ans à compter de leur date de mise en recouvrement du rôle sur les meubles et effets mobiliers du redevable ⁽¹⁸⁾.

Au delà de ce délai aucun créancier ne peut faire valoir un quelconque droit de préférence.

La caution bancaire bénéficie donc de la subrogation de droits au sens large, ces droits comprennent en effet, les garanties légales et conventionnelles (privilèges, hypothèque, nantissement, etc...)

Toutefois concernant les garanties légales comme les privilèges, la caution bancaire peut se heurter à l'obstacle constitué par le classement des différents privilèges par ordre préférentiel.

En d'autres termes le bénéficiaire d'un privilège général peut se voir supplanter par des créanciers d'un rang supérieur ex super- privilège du salarié.

Et toujours dans cet ordre d'idée, le fait délictuel qui normalement n'entre pas dans le champs d'application du cautionnement bancaire, doit être couvert. Les juridictions sénégalaises se sont trouvées confronter à un problème similaire dans la célèbre affaire KORBAN. En effet, le 31 Juillet 1990, conformément à l'article 43/1 du code des douanes, des agents de l'administration douanière ont procédé à la vérification de la réalité d'opération de réexportation à destination du Mali par voie ferrée, de marchandises et produits se trouvant en entrepôt fictif, en suspension de droits et taxes. L'expéditeur était les établissements Abel KORBAN.

¹⁸ D.1939/I/41

Ce dernier avait établi et signé 114 déclarations de réexportation au bureau des douanes de DAKAR PORT NORD avec les précisions suivantes : "déclarons sous les peines de droits les marchandises... en vue de leur réexportation".

Mais au terme des investigations menées tant au niveau du pays d'embarquement (Sénégal) qu'à celui du pays de destination le Mali, constat a été fait que ni les établissements Abel KORBAN expéditeur réel, ni la société transitaire Trans-Sene qui a établi les TIF ⁽¹⁹⁾, n'ont apporté la preuve que les marchandises et produits repris sur leurs déclarations en douanes ont été réexportés.

Partant de ce constat, les agents douaniers concluaient à l'existence de fraude douanière relative au transport de marchandises expédiées sous un régime suspensif.

Ces faits qualifiés de contrebande ⁽²⁰⁾ constituent également une infraction portant sur l'acquit à caution ⁽²¹⁾ qui est un engagement de satisfaire aux droits et obligations prévus par les lois et règlements se rapportant à l'opération considérée.

Les pénalités ont été prononcées et s'élevaient à 112.108.862 fcfa pour tenir lieu de la confiscation des marchandises de fraude en application de l'article 325 code des douanes.

En plus d'une amende égale au double de la valeur des marchandises fraudées sur le marché intérieur art 308 code des douanes, ainsi que les dépenses de la procédure.

La BICIS caution solidaire des dits établissements s'est vue condamner au même titre que ces établissements aux peines pécuniaires.

CHAPITRE IV - L'EXTINCTION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT BANCAIRE

Le cautionnement est un engagement contractuel, par conséquent, l'obligation qui en résulte s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations. Ces causes énumérées à l'Art.1234 CC s'appliquent indistinctement à toutes les obligations.

¹⁹ TIF : Transit international par voie ferrée : les marchandises à réexporter sont déclarées, dans cette déclaration appelée TIF. Le déclarant reprend les éléments substantiels de la déclaration en détail.

²⁰ Art. 310/2 du Code des Douanes Sénégalais

²¹ Art. 113/1 du même Code

Mais en raison du particularisme du cautionnement, il existe des causes d'extinction qui lui sont propres et qui sont liées à son double caractère d'engagement personnel et accessoire.

SECTION I : L'EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE

L'article 850 du cocc prévoit 3 modes d'extinction qui n'intéressent que l'engagement de la caution, l'obligation principale reste intacte.

Il s'agit notamment :

- de la compensation par une créance personnelle du créancier à la caution, c'est à dire que la banque et le créancier se trouvent débiteurs, l'un envers l'autre de choses fongibles ;
- de la remise de dette à la seule caution qui permet au créancier de libérer la caution.
- Enfin de la confusion dans la personne du créancier et de la caution en cas de succession par exemple.
La liste n'est pas exhaustive.

Il faut cependant remarquer que de telles causes d'extinction sont difficilement acceptables en matière de cautionnement bancaire en raison du résultat recherché à savoir renforcer la garantie de la solvabilité du débiteur principal par le recours à un professionnel. De plus, le cautionnement d'affaire étant rémunéré, la caution ne peut se dégager aussi facilement de son engagement. C'est pourquoi la caution bancaire est plus ou moins rapidement tenue d'exécuter son engagement en payant le créancier si le débiteur est défaillant.

En matière bancaire, le cautionnement s'éteint donc principalement par le paiement.

S. SECTION I : LE PAIEMENT EFFECTUE PAR LA CAUTION BANCAIRE

Il convient de voir les conditions, les modalités et les effets du paiement. Mais il faut le dire, rien n'interdit de recourir à ces modes d'extinction.

§I - LES CONDITIONS

- Tout d'abord, la caution bancaire n'est tenue de payer que lorsque le débiteur principal n'exécute pas ses obligations.

Toutefois, le créancier doit établir l'insolvabilité du débiteur notamment par sa mise en demeure. Mais, cette mise en demeure n'est pas nécessaire en cas de faillite ou de

procès verbal de carence parce que l'insolvabilité étant déjà établie au moment de l'échéance, le créancier est dispensé de cette formalité.

- Ensuite la dette doit être exigible ; en effet, le créancier ne peut poursuivre la caution pour une dette non encore échue.

Par exemple : le cas de la dette à terme.

- Enfin, le créancier doit disposer d'un titre exécutoire conféré par un jugement de condamnation, l'initiative privée ne suffit pas à contraindre un débiteur au paiement, c'est ainsi que le "coup de main" de la puissance publique est nécessaire.

Une fois ces conditions remplies, la caution bancaire doit procéder au paiement selon des modalités particulières.

§II - LES MODALITES

Il faut revenir à la comptabilité des engagements par caution au niveau du circuit bancaire pour comprendre le mécanisme du paiement.

Il existe deux comptes pour ces types d'engagement : l'un comptabilise les engagements fournis par la banque ; l'autre retrace les engagements pris par le client.

Au moment où elle fournit sa caution, la banque crédite le compte qui représente ses engagements et débite le compte client.

Mais au moment de payer, elle procède à des inscriptions inverses, elle crédite le compte caisse cette fois et débite le compte des engagements.

En pratique, cependant la banque inscrit le plus souvent le paiement au débit d'un compte intérieur spécial.

§III - LES EFFETS

Il y en a principalement deux : l'action personnelle de la caution et le bénéfice de l'action du créancier.

En effet, la caution qui paie bénéficie à la fois d'une action personnelle contre le débiteur mais également recueille l'action du créancier.

- En ce qui concerne l'action personnelle, la caution peut demander le remboursement du principal de la dette composé du capital, des intérêts et des frais inhérents à la créance.

Mais cette action ne se justifie qu'en cas de menace de prescription. En outre, l'action du créancier est plus avantageuse lorsque la créance est grevée de sûreté.

C'est pourquoi, la caution bancaire a intérêt à exercer cette action dite subrogatoire.

- L'action subrogatoire : elle n'est exercée que si la caution a désintéressé le créancier. (Paris 3 Juillet 1959).

En outre, le paiement doit avoir été effectué avec les biens personnels de la caution qui précise sa qualité de caution au moment de payer.

Par ailleurs, la caution bancaire doit particulièrement prendre les dispositions nécessaires afin de faire obstacle à l'inscription de sa créance en compte courant.

En effet, la convention de compte courant est celle par laquelle, deux personnes (généralement c'est une banque et un de ses clients) décident de porter réciproquement en compte toutes les opérations juridiques qu'elles feront entre elles, de manière à ce qu'il y ait des compensations successives, de sorte que le règlement se fera à la clôture du compte.

D'habitude, on considère que les effets qui rentrent de ce compte changent de nature. C'est pour cette raison qu'on parle d'effet novatoire.

La caution bancaire a donc intérêt à inscrire le paiement effectué dans un compte spécial parce que l'effet novatoire entraîne la disparition des sûretés et garanties dont la créance serait assortie.

En outre, en cas de clôture du compte, on considère que la dette inscrite en compte est éteinte par le solde, si ce dernier est créateur. ⁽²²⁾

Ainsi donc, l'action subrogatoire ne peut être exercée par la caution bancaire que si elle utilise un compte spécial.

Les paiements effectués par elle seront inscrits au débit de ce compte et les versements reçus seront affectés à couverture de ce crédit. Cependant, il se pose la question de savoir contre qui cette action est dirigée ?

Etant subrogé dans les droits du créancier, la caution bancaire a une action contre les débiteurs principaux solidaires de la même dette pour la répétition de l'intégralité du paiement.

Il y a toutefois une difficulté qui surgit lorsqu'un seul des débiteurs solidaires a été cautionné.

²² D.1959 Som. p.105

La jurisprudence ancienne se fondant sur l'idée que la caution ne peut avoir plus de droits que le débiteur principal qui a acquitté sa dette, limite son recours à la part de chacun des codébiteurs.

Toutefois, un revirement est intervenu, il est maintenant de jurisprudence constante que la caution bancaire qui paie, acquiert des droits de poursuites contre l'ensemble des débiteurs d'une même dette.

Un autre obstacle est constitué par le paiement partiel de la dette. En effet, l'article 1252 C.C. déclare que la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'est payé que partiellement.

C'est une application de l'adage "remo contra se subrogasse videtur".

Une autre limite est constituée enfin par le fait que la caution bancaire ne peut invoquer la subrogation des droits du trésor contre le trésor lui-même en raison du fait que le privilège accordé aux administrations fiscales est exclusif de tout concours de la part de la caution ⁽²³⁾

SECTION II - MODE D'EXTINCTION PAR VOIE DE CONSEQUENCE

Il s'agit d'envisager les hypothèses d'extinction de l'engagement de la caution bancaire par suite de l'extinction de celui de débiteur principal.

La justification d'un tel mode d'extinction est le caractère accessoire de l'engagement de la caution bancaire, en effet, la caution ne peut rester liée alors que le débiteur principal ne l'est plus.

§I - LE PAIEMENT EFFECTUE PAR LE DEBITEUR

Lorsque le débiteur garanti exécute personnellement ses obligations, la caution est libérée. En effet, l'intervention de la caution ne se justifie plus parce que le débiteur étant solvable, l'engagement de la caution est dès lors dépourvu d'objet.

La renonciation du créancier à sa dette en faveur du débiteur produit les mêmes effets à l'égard de la caution.

§II - LA REMISE DE DETTE CONSENTIE AU DEBITEUR

Cette remise résulte d'un accord bilatéral entre le débiteur et le créancier qui suppose une offre et une acceptation.

²³ R.19 Avril 1985 - I - 17

Si les volontés des deux contractants se rencontrent sans équivoque, la remise est effective et le débiteur libéré.

Cette remise peut être tacite ou expresse mais quelle que soit sa forme, elle profite à la caution solidaire dans tous les cas.

Les exceptions inhérentes à la dette du débiteur profitent à la caution également.

§III - LES EXCEPTIONS INHERENTES A LA DETTE : EXEMPLE DE LA PRESCRIPTION

La prescription de la dette principale peut être invoquée par la caution bancaire et cela est admis même si le débiteur principal y renonce. Les obligations de la caution bancaire étant de nature commerciale, elles se prescrivent par 10 ans sauf textes spéciaux prévoyant des délais plus courts exemple en matière d'obligation fiscale.

§IV - LA DATATION EN PAIEMENT

C'est un mode de paiement particulier mais elle se présente sous une forme particulière parce que le débiteur principal remet au créancier en paiement une chose différente de celle qui était due en vertu du contrat.

Si elle est acceptée par le créancier, la caution bancaire est déchargée de son obligation article 819 alinéa 2 COCC.

§V - BENEFICE DE CESSION D' ACTIONS ART 2037 CC/ART 841 al 1COCC

C'est l'hypothèse où le créancier a rendu par son fait, impossible la subrogation de plein droit qui devait s'opérer en faveur de la caution. Dans ce cas, la caution peut refuser de payer, c'est ce qu'on appelle le bénéfice de cession d'action. Ce bénéfice est même étendu dans les rapports caution et certificateur de caution. Selon la cour d'appel de BESANÇON, le certificateur qui paie différentes traites sans en aviser la caution "avait commis une faute professionnelle en payant en qualité de certificateur sans y être contraint et en s'abstenant pendant 6 mois d'avertir la caution des paiements faits et de la situation critique du débiteur" (24).

Cette extension est cependant critiquable, cet article ne devait s'appliquer que dans les relations entre caution et créancier.

Le fait du créancier est interprété largement et même peut résulter d'une simple négligence ou du non respect des conditions fixées par l'acte de cautionnement.

Mais pour en bénéficier, la caution bancaire devra établir l'existence d'un préjudice.

²⁴ Besançon 29 Janvier 1954 R Bque 1954 p.735

§VI - LA NOVATION

La novation opérée à l'égard du débiteur libère les cautions solidaires sauf si la caution accepte de cautionner explicitement ou tacitement la nouvelle dette. Toutefois ne constitue pas une novation la fusion et l'absorption de la société cautionnée.

§VII - LA COMPENSATION

Elle se réalise le jour où la dette est exigible. Avant cette date la caution doit les intérêts de l'intégralité de la dette principale.

La compensation intervenue entre le créancier et le débiteur principal peut être invoquée par la caution ⁽²⁵⁾.

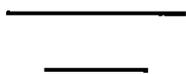
Les cautionnements bancaires ne se limitent pas uniquement au cas où la banque est caution.

En effet, dans les opérations de crédit nécessitant un décaissement ou encore une avance de fonds, les banques qui sont des créancières de ces cas peuvent demander des cautions aux particuliers.

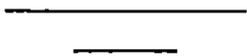
Cette catégorie de caution présente des spécificités par rapport à la première, c'est la raison du choix de cette deuxième partie.

²⁵ Com.22 Février 1971 Bull IV p.47

DEUXIEME PARTIE



**LES CAUTIONS FOURNIES
EN FAVEUR DE LA BANQUE
CREANCIERE**



CHAPITRE I : LA CONSTITUTION D'UN DOSSIER

La constitution de dossier obéit à des conditions de forme et de fond.

SECTION I - LES CONDITIONS DE FORME

Elles sont relatives aux renseignements permettant d'apprécier d'une part la valeur économique de la caution et d'autre part l'identité de la caution.

§I - LES RENSEIGNEMENTS SUR LA VALEUR ECONOMIQUE DE LA CAUTION

Ces renseignements permettent à la banque créancière d'apprécier l'efficacité de la caution.

Le guichet de la banque doit à cet effet et préalablement à la signature du contrat de cautionnement réunir le maximum d'indication possible.

C'est ainsi que la banque recueille auprès de l'intéressé des renseignements précis sur la situation patrimoniale et surtout sur la consistance et l'importance de sa fortune immobilière.

L'adresse exacte de ses propriétés immobilières doit être indiquée avec précision, exemple : situation de l'immeuble, le numéro du lot, l'étage, etc...).

La forme de propriété doit être mentionnée, il faut en effet dire s'il s'agit d'une pleine propriété, d'une indivision, d'un usufruit ou nu-propriété, d'une co-propriété.

Enfin, concernant ces biens, la valeur et les charges dont ils sont grevés sont également mentionnés.

L'ensemble des renseignements obtenus doivent être vérifiés au moyen d'enquête directe auprès des tiers comme le notaire de la famille, les confrères mais surtout auprès du cadastre.

La banque doit donc se tenir informée des états cadastraux, hypothécaires ou le cas échéant, elle doit saisir le greffe du tribunal. Ces renseignements doivent être tenus à jour c'est à dire que la banque doit périodiquement suivre l'évolution de la situation de l'intéressé.

Par ailleurs, le montant de la garantie (cas réservé du cautionnement illimité) doit être proportionné à la situation de fortune réelle de la caution. En plus de ces renseignements sur la fortune de la caution, son identité doit être connue de la banque.

§II - LES RENSEIGNEMENTS SUR L'IDENTITE DE LA CAUTION

Ces renseignements portent sur l'état civil de la caution.

Les indications nécessaires portent sur le prénom, le nom patronymique, l'adresse actuelle, lieu et date de naissance, le nom et prénom du conjoint pour les personnes physiques mariées.

Tandis que pour les personnes morales, il est nécessaire de connaître leur dénomination sociale, leur siège social, leur numéro d'inscription au registre du commerce, etc...

Ces indications ont pour but de faciliter la réquisition d'états hypothécaires et éventuellement la prise d'une hypothèque judiciaire.

A ces conditions de forme s'ajoutent des conditions de fond.

SECTION II : LES CONDITIONS DE FOND

Il faut distinguer selon que la caution est une personne physique ou une personne morale

§I - LES CONDITIONS REQUISES DE LA CAUTION PERSONNE PHYSIQUE

Il s'agit d'envisager la capacité et les cas particuliers de certaines personnes.

A - LA CAPACITE

Toute personne physique est réputée capable de passer des actes de la vie civile dès lors qu'elle atteint l'âge de 18 ans et qu'elle n'a pas encourue de déchéance civile.

La capacité est donc le principe. Mais le cautionnement n'exposant qu'à un paiement, n'est pas un acte de disposition. C'est la raison pour laquelle la capacité requise est précisément celle des actes d'administration ; ce qui revient à dire que la capacité requise de la caution personne physique est civile. Ce qui n'écarte pas du tout le cautionnement commercial et dans ce cas, il faudra rechercher l'intérêt que tire la caution de son engagement.

Cette notion de capacité est essentielle dans le commerce de banque où il importe de définir les limites imposées aux individus pour le plein exercice de leurs droits.

Le cautionnement émanant d'une personne incapable encourt la nullité. Quand bien même la capacité est le principe, il existe toutefois des cas d'incapacités légales que

la banque a intérêt selon les cas à étudier. A ces incapacités s'ajoutent d'autres situations présentant des particularités.

B - LES CAS PARTICULIERS

1 - LA SITUATION DU MINEUR

Le mineur est frappé d'une incapacité absolue de contracter. Ses droits sont exercés selon le cas, soit par un administrateur légal pur et simple, soit par un administrateur légal sous contrôle judiciaire, soit par un tuteur.

Première hypothèse

Le père et la mère du mineur sont vivants, non divorcés, non séparés de corps.

Dans ce cas, est administrateur légal généralement le père qui incarne la puissance paternelle. Il a seul, la qualité pour passer des actes d'administration concernant les biens du pupille (le consentement de son conjoint n'est pas nécessaire sauf pour les actes de disposition).

On peut donc inférer que l'administrateur légal peut souscrire un cautionnement au nom du mineur sans même requérir le consentement de son conjoint, le cautionnement étant considéré comme un acte d'administration.

Deuxième hypothèse

C'est lorsque l'un des parents est décédé ou que tous les deux sont divorcés ou séparés de corps, ou encore quand le mineur est un enfant naturel.

Dans ces cas, l'administrateur légal sous contrôle judiciaire jouit des mêmes prérogatives que le précédent concernant les actes d'administration qui relèvent de son pouvoir, seuls les actes de disposition sont soumis à l'autorisation du juge de tutelle.

La représentation est donc valable en matière de cautionnement.

Troisième hypothèse

Le mineur est enfant naturel non reconnu, ou orphelin de mère et de père. Dans ces cas, le tuteur a qualité pour effectuer tous les actes d'administration tout en étant lié par l'autorisation du conseil de famille pour les actes de disposition.

En résumé, le représentant du mineur peut valablement se porter caution au nom du mineur. Toutefois, le mineur émancipé est réputé majeur, il peut donc se porter valablement caution sans représentation.

2 - SITUATION DU MAJEUR PROTEGE

La situation de ces majeurs est soumise à des dispositions particulières.

La caution émanant de telles personnes qualifiées d'incapables donne lieu à la saisine du service du contentieux section bancaire, comme c'est le cas du mineur.

On se référera à 3 régimes : la mise sous sauvegarde de justice la curatelle et la tutelle ; ces régimes sont destinés à protéger les majeurs atteints d'une insanité d'esprit, mais également ceux qui ne parviennent pas à exprimer normalement leur volonté (sourds, muets, paralysés, etc...)

- Le régime de sauvegarde de justice s'applique au majeur qui a certes besoin d'être protégé, mais qui n'en conserve pas moins ses droits et leur exercice. Les actes de cautionnement qu'il passe sont donc valables, même s'ils peuvent encourir la nullité dans certains cas.

- Quant au régime de tutelle, il est applicable au majeur qui a besoin d'une représentation continue dans la gestion de ses biens.

Quand il se porte caution, la représentation est obligatoire pour que son engagement soit valable.

- La curatelle présente un caractère mixte entre ces deux régimes précédents. Le majeur sous curatelle peut accomplir seul tous les actes conservatoires et d'administration (cautionnement par exemple), tandis que pour les autres actes l'assistance du curateur est nécessaire.

3 - LA SITUATION DES EPOUX

Le régime matrimonial n'a certes pas d'influence sur le pouvoir de chacun des époux de signer un engagement de caution, mais il est nécessaire pour connaître l'assiette du patrimoine sur lequel la banque pourra poursuivre l'exécution du cautionnement.

C'est ainsi que sous le régime de séparation des biens ou celui de participation aux acquêts, la banque ne pourra poursuivre l'un ou l'autre des époux que pour leurs biens propres.

Le régime de participation aux acquêts est nouveau, il est créé par la loi du 13 Juin 1965 et applicable depuis le 1er Février 1966.

Ce régime pendant la durée du mariage, fonctionne comme le régime de séparation des biens dans lequel chacun des époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels.

En revanche, lors de la dissolution, les époux se partagent la différence en valeur, entre le patrimoine final et le patrimoine originaire dans le régime de la communauté, le mari engage à la fois ses biens propres et les biens communs à l'exclusion des biens réservés de la femme (ceux qu'elle acquiert par ses propres revenus dans l'exercice par exemple d'une profession séparée de celle de son mari).

Toutefois, ces biens réservés sont inclus dans l'assiette si le cautionnement émane de la femme mariée, auquel cas, elle engage ses biens propres et ses biens réservés.

Mais contrairement à la caution maritale, l'engagement de la femme mariée n'est exécutoire sur les biens communs qu'avec le consentement du mari.

D'où l'intérêt pour la banque de faire apposer sur un engagement de caution émanant d'une femme mariée, la mention "Bon pour consentement marital" suivie de la signature du mari.

Ceci permettra d'élargir l'assiette de la garantie donnée par la femme mariée aux biens communs mais également aux biens propres du mari.

§II - CONDITIONS REQUISES DE LA CAUTION PERSONNE MORALE

Des problèmes particuliers sont soulevés par les cautionnements émanant des personnes morales.

De tels cautionnements, en effet, ne sont valablement fournis qu'en respect de l'objet social et cela quel que soit le type de personne morale envisagée.

A cette exigence, s'ajoutent d'autres, spéciales, qui sont relatives à certaines catégories de personnes morales.

A - CONDITION COMMUNE A TOUTES LES PERSONNES MORALES : RESPECT DE L'OBJET SOCIAL

La personne morale ne peut agir que dans le cadre de son objet social. Cet objet est défini par les statuts et tout engagement qui serait hors de son cadre, est passible de nullité.

A tout le moins, l'engagement souscrit doit pouvoir se rattacher indirectement à l'objet social. En fait, les statuts peuvent autoriser certaines opérations de nature à favoriser le développement ou susceptibles de présenter un lien de rattachement direct ou indirect avec cet objet.

Cet impératif de respect de l'objet social s'explique par les principes fondamentaux du droit des sociétés. Il convient ainsi de rappeler que la personne morale n'est capable que dans la limite de son objet social, au-delà elle n'a aucun pouvoir d'action.

La personne morale ne peut intervenir dans une convention que si elle y a un intérêt pécuniaire certain. Cet intérêt existe au regard de la personnalité juridique de la société et non à l'égard des associés ⁽²⁶⁾.

C'est ainsi que la cour de cassation dans son arrêt du 26 Janvier 1993 a jugé que malgré l'autorisation unanime des associés d'une SNC l'engagement de caution souscrit n'était pas valable dès lors qu'il ne constituait pas un acte entrant dans l'objet social.

L'absence d'interdiction expresse faite aux dirigeants d'une SNC de faire garantir leurs engagements personnels par la société est inopérante.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : une personne physique avait sollicité un crédit destiné à lui permettre de financer l'achat de parts sociales dans une SNC, l'Etablissement de crédit avait subordonné l'octroi de son crédit à la fourniture du cautionnement de la dite société appuyé d'un nantissement de son fonds de commerce. Ces conditions ont été approuvées à l'unanimité des associés. La société en question fut déclarée en règlement judiciaire et la banque déclara sa créance privilégiée au passif de la société.

La cour d'appel saisie par la banque fit droit à sa production, se fondant sur le fait que la finalité du crédit n'était pas nuisible à l'objet social et même lui bénéficiait. Elle a par ailleurs jugé que, quand bien même viendrait-on à considérer la convention comme étrangère à l'objet social, dès lors que l'ensemble des associés l'ont autorisée elle est valable.

Une telle pratique est devenue courante dans le commerce de banque. Mais en rendant une telle décision la cour de cassation a tôt fait de tirer sur la sonnette d'alarme en remettant les choses au clair.

L'extension du champ d'application de l'article 14 de la loi du 24 Juillet 1955 prévu pour les SA et les SARL, aux SNC dénote une volonté du juge de réaffirmer avec force les principes fondamentaux du droit des sociétés et cela peu importe la forme de société considérée.

Les banques sont désormais avisées sur les risques encourus dans ces types de cautionnement.

Toutefois, en sus des opérations constituant son objet principal, la personne morale peut accomplir toute opération présentant un lien d'ordre commercial entre elle et le débiteur cautionné. En vertu du principe de la séparation des patrimoines de la personne morale et de ses associés, lorsque les activités de la personne morale et celle

²⁶ R.Bque 1993 n° 537

du débiteur cautionné sont différentes et ne présentent aucun lien d'intérêt, le cautionnement n'est pas valable.

Cependant, les activités de la caution et du débiteur cautionné tout en étant différentes peuvent être étroitement liées ou complémentaires.

Dans ce cas, le cautionnement est valable si des liens d'intérêt commercial sont établis.

B - LES CONDITIONS SPECIALES RELATIVES A CHAQUE TYPE DE SOCIETE

Les cautionnements émanant d'une association déclarée ne sont pas juridiquement nuls, mais en raison du patrimoine peu important d'une association, il présentent un intérêt moindre pour la banque.

Qu'en est-il maintenant des sociétés proprement dites ?

1 - LES CAUTIONNEMENTS DES SOCIETES CIVILES

Le cautionnement dans les sociétés civiles de droit commun ou encore des sociétés civiles constituées en vue de la vente d'immeuble est valable s'il est autorisé unanimement par les associés.

En outre, il peut être autorisé lorsque se trouvent réunis le quorum et la majorité nécessaires pour une assemblée générale extraordinaire tendant à modifier l'objet social.

Il existe également une catégorie de société "hybride" qui peut revêtir soit la forme civile, soit la forme commerciale.

Il s'agit des sociétés constituées en vue de l'attribution d'immeubles aux associés par fractions divisées et des sociétés coopératives de construction ; Pour ces types de sociétés, les conditions requises pour que leur cautionnement soient valables sont les suivantes ; il faut :

- une autorisation expresse ;
- le cautionnement doit être limité à la garantie des emprunts contractés :

* soit par les associés, pour leur permettre de satisfaire aux appels de fonds de la société nécessaires à la réalisation de l'objet social ;

* soit par les cessionnaires des parts sociales pour leur permettre de payer le prix de cession, mais à concurrence des appels de fonds déjà réglés à la société et s'il y a lieu de payer les fonds qui restent à régler.

2 - LES CAUTIONNEMENTS DES SOCIETES ANONYMES

Il y a des conditions générales applicables à toute société anonyme quelle que soit la situation et des règles spéciales prévues pour régler certaines situations particulières.

a) CONDITIONS GENERALES

Il s'agit de l'autorisation préalable donnée par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance datant d'au plus un an à compter de la signature du cautionnement.

Le conseil de surveillance est une nouvelle forme de gestion des sociétés anonymes instaurée par la loi du 24 Juillet 1966. Sa particularité est la collégialité dans la conduite des affaires par opposition à l'unité de direction incarnée par le président du conseil d'administration.

Cette limitation de délai ne concerne cependant que la durée d'utilisation de l'autorisation, mais non la durée de validité des garanties accordées.

Cette autorisation peut être spéciale, dans ce cas, le montant du cautionnement envisagé doit être indiqué.

Elle peut également couvrir un montant global, parfois on prévoit une ventilation chiffrée des différents engagements, pour une période annuelle.

Si l'autorisation globale est donnée pour un montant total supérieur à la limite fixée pour la période annuelle, le surplus ne peut être opposable aux tiers de bonne foi.

Cette inopposabilité est favorable à la banque qui ne peut connaître avec précision le montant de ces engagements sauf si le montant de l'engagement d'une caution seulement excède la limite totale fixée par le conseil.

Par conséquent, une société anonyme ne peut valablement fournir un cautionnement illimité en montant, une seule réserve est admise ; ce sont les engagement pris à l'égard des administrations fiscales et douanières.

La sanction du défaut de l'autorisation du conseil est la nullité de l'engagement de la caution.

b) CAS DE L'EXISTENCE DE DIRIGEANTS COMMUNS A LA CAUTION ET A L'ENTREPRISE CAUTIONNEE

Dans une telle hypothèse, l'autorisation du conseil est subordonnée à une procédure spéciale :

- une information spéciale doit être donnée au conseil par le dirigeant intéressé qui ne peut prendre part au vote ;

- le président doit en donner avis aux commissaires aux comptes qui présentent ensuite un rapport spécial à l'assemblée qui statuera sur ce rapport.

Dans le but d'éviter les abus, la SA ne peut valablement cautionner ses administrateurs autres que les personnes morales, ses directeurs généraux, ses représentants permanents ou encore les membres de son directoire et de son conseil de surveillance autre que les personnes morales.

Sont également exclus les cautionnements donnés en faveur des représentants permanents des personnes morales membres du conseil, des conjoints ascendants ou descendants des personnes précitées, et de toute personne interposée.

Ces interdictions résultent des articles 52, 106, 148 de la loi du 24 Juillet 1966.

3 - LES CAUTIONNEMENTS DES SOCIETES A RESPONSABILITE LIMITEE

Pour les SARL, sont déclarés nuls les cautionnements donnés en faveur des associés ou gérants, ou encore des conjoints, ascendants ou descendants de ces derniers. Cette interdiction de cautionner s'étend à toute personne interposée.

Cependant, le gérant (ou l'un d'eux s'ils sont plusieurs) a qualité pour fournir le cautionnement de la SARL sans avoir à exciper au préalable une autorisation spéciale des associés.

4 - LES CAUTIONNEMENTS DES SOCIETES A NOM COLLECTIF OU DES G.I.E.

Aucune disposition expresse n'est prévue visant à interdire les cautionnements de la SNC en faveur de ses associés.

Toutefois, la jurisprudence a opté pour l'élargissement du champ d'application de la loi du 24 Juillet 1966 - cf. cassation Com 26 Janvier 1993 opcit-.

Il convient de souligner que les associés en nom collectif de même que les membres des GIE répondent solidairement et indéfiniment des dettes sociales. La banque qui décide de poursuivre, jouit d'une option, il peut soit actionner les intéressés en qualité d'associés, soit les actionner directement en qualité de caution.

Dans le premier cas, la banque est tenu de mettre en demeure la société d'abord ou le GIE. Cette mise en demeure, si la société ou le GIE est en difficulté, aura pour effet le dépôt du bilan et l'irrecevabilité des poursuites individuelles (les procédures collectives sont effet étendues de plein droit à tous les associés).

Tandis que dans le second cas, la banque n'a pas à respecter un délai de mise en demeure, elle gagne donc du temps si elle choisit d'actionner directement les associés en qualité de caution.

CHAPITRE II - LES EVENEMENTS SUSCEPTIBLES D'AFFECTER LE CAUTIONNEMENT

Il s'agira de voir ces événements en faisant la distinction entre la caution personne physique et la caution personne morale.

A cela il faut ajouter le cas qui concerne le débiteur cautionné.

SECTION I - LE FAIT DE LA CAUTION PERSONNE PHYSIQUE

§I - LE DECES DE LA CAUTION

Le décès est un événement inhérent à la vie humaine, de sorte que cette hypothèse est envisageable lorsque la caution est une personne physique. D'où l'intérêt d'étudier quelles sont les conséquences du décès de la caution sur les engagements pris de son vivant ? En règle générale les héritiers du De cujus viennent aux droits et obligations de celui-ci, sauf s'ils renoncent à la succession.

Ce qui signifie qu'en recueillant la succession, ces héritiers sont tenus de plein droit des engagements souscrits par la caution décédée.

Il faut toutefois préciser qu'en matière bancaire, le guichet n'a pas d'initiative à prendre, c'est aux héritiers, représentants ou ayant-droits, qu'il appartient de dénoncer l'engagement du De cujus. Mais cette solution pose problème surtout lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, c'est à dire que l'acceptant n'est tenue du paiement des dettes qu'à concurrence de la valeur des biens recueillis dans la succession. Ce qui est, on le sait paradoxal, car la solidarité devrait permettre au créancier de réclamer la totalité des dettes à l'un quelconque des héritiers, représentant ou ayant-droit.

Mais dans certains cas qui sont vraiment exceptionnels, en présence d'une acceptation pure et simple de la succession, la banque peut avoir intérêt à demander la séparation du patrimoine de la caution défunte d'avec celui de ses héritiers.

Toujours est il que cette situation est rare et le problème demeure encore persistant.

C'est pourquoi, une partie de la doctrine suggère par mesure de précaution d'arrêter les engagements du débiteur à la date du décès de la caution, d'en dénoncer le montant au notaire chargé de régler la succession et en lui demandant de le notifier aux héritiers, le cas échéant de convenir avec ces derniers et le débiteur des conditions d'amortissement de l'engagement souscrit.

Cette hypothèse est limitative cependant, car le plus souvent, elle concerne les engagements de compte courant garantis par la caution.

Toutefois ces héritiers ne sont pas tenus des dettes postérieures au décès de la caution et ceci en raison de la prohibition des pactes sur succession future.

D'autres événements tels que la dénonciation et l'incapacité peuvent aussi affecter le cautionnement.

§II - LA DENONCIATION PAR LA CAUTION DE SON ENGAGEMENT

Le droit de la caution à dénoncer son engagement s'apprécie différemment. Lorsqu'il s'agit d'un engagement de caution à durée indéterminée, la caution peut le dénoncer à tout moment.

La raison se trouve dans l'interdiction légale des engagements à vie. Mais pour éviter les désagréments d'une rupture brutale, le plus souvent les parties conviennent des délais de préavis.

En revanche, concernant les engagement à durée déterminée ou limitée à une obligation déterminée, la dénonciation ne peut se faire qu'à l'arrivée du terme ou à l'expiration définitive de l'obligation garantie.

Les effets de cette dénonciation quel qu'en soit le cas, entraînent dès la date de réception de cette dénonciation, l'arrêt des engagements souscrits. Avis doit être donné au débiteur et aux autres cautions s'il en existe, sous forme de lettre recommandée avec accusé de réception contenant demande de remboursement.

§III - LA CAUTION DEVENUE INCAPABLE

La capacité, comme nous l'avons déjà vu, est une condition requise de la caution personne physique.

Mais qu'advierait-il de l'engagement de la caution qui au moment de la souscription de son engagement était capable, mais qui perd par la suite cette qualité ?

L'hypothèse est celle de la personne frappée de déchéance de certains droits. C'est donc une forme de sanction qui frappe la personne.

Cette incapacité à mon avis n'étant pas de protection, elle est donc d'ordre public. Par conséquent, il est opposable au créancier mais pour le reste des engagements non encore exécutés si ils sont à exécution successive.

Par contre, pour les engagements à exécution simultanée, la caution doit être tenue car au moment de souscrire cet engagement il était capable.

§IV. - L'AUGMENTATION DU MONTANT DE L'ENGAGEMENT

Lorsque l'obligation de la caution a été limitée à une somme déterminée, l'augmentation de ce montant garanti -ou encore la transformation du cautionnement limité en un cautionnement illimité- doit logiquement donner lieu à la signature d'un nouvel engagement.

Ce nouvel engagement est à compléter par la mention "Le présent engagement fait suite à celui en date du... il se substitue à lui pour l'avenir".

Un autre procédé est pratiqué également, il consiste à faire signer un engagement complémentaire d'un montant limité à celui de l'augmentation de l'engagement initialement garanti. Dans ce cas on établit la formule I ajoutée de la mention "il s'ajoute notamment à celui en date du..... auquel il ne fait pas novation".

Cette mention permettra d'éviter toute discussion.

SECTION II - LE FAIT DE LA PERSONNE MORALE CAUTIONNEE

Il est fréquent que le cautionnement soit donné par un dirigeant en faveur de la société. Mais il peut arriver que cette société change de forme, dans ce cas il se pose le problème de savoir quel sera alors le sort de ce cautionnement.

En général, la transformation simple d'une personne morale inhérente uniquement à la forme ne porte pas atteinte aux surates.

Il convient de voir ici le cas de la fusion ou de l'absorption de la société.

§I- LA FUSION OU L'ABSORPTION DE LA PERSONNE MORALE

La fusion ou l'absorption sont des événements qui peuvent arriver à toute personne morale.

Mais il y a une nuance entre ces deux situations. Dans l'absorption, une personne morale le plus souvent puissante "phagocyte" une autre plus faible. Il n'y a pas dans ce cas création d'un être moral nouveau parce que la société absorbante anéantit complètement la société absorbée.

Tandis que dans la fusion, deux sociétés s'accordent pour s'unir et généralement il y a création d'un nouvel être moral.

Au point de vue du patrimoine de la société absorbée ou fusionnée, il y a une similitude, car ce patrimoine est dévolu à la société absorbante ou en cas de fusion à la nouvelle.

Ceci se fait dans l'état où se trouve le patrimoine à la date de réalisation définitive de l'opération.

Toutefois, la caution donnée à la société absorbée s'était faite en considération de cette société même. Le caractère personnel de l'engagement s'oppose donc à ce que la caution reste tenue lorsqu'arrive à disparaître la société cautionnée.

C'est pourquoi, la Cour de Cassation dans sa décision du 22 Janvier 1985 (D.1985 IR. P.200) a jugé que le caractère personnel du cautionnement s'oppose à ce que ses effets soient étendus après la disparition de cette personne aux dettes contractées par une autre personne, même si elle a, comme une société absorbante, la qualité d'ayant-cause à titre universel."

Mais si on fait prévaloir la protection du créancier non obligataire, la société absorbante ou la nouvelle société issue de la fusion devient débitrice des créanciers de la société absorbée.

Il en est de même en cas d'exécution du plan d'apurement du passif de la société absorbée qui a bénéficié d'une suspension provisoire des poursuites ⁽²⁷⁾.

Il faut remarquer qu'il n'y a pas novation dans ce cas, les créanciers en effet n'acquièrent pas une nouvelle créance en remplacement de l'ancienne.

Toutefois, les créanciers de la société absorbée ou fusionnée peuvent courir le risque de voir leurs chances de remboursement intégral diminué par l'adjonction des créanciers de la société absorbante ou nouvelle. C'est ainsi qu'est intervenu le législateur français qui a institué en leur faveur, un droit de s'opposer, dans un délai de 30 jours à compter de la publication dans un journal d'annonces légales, au projet de fusion ou d'absorption.

La décision judiciaire intervenant à la suite de la saisine du tribunal du commerce peut, soit rejeter l'opposition, soit ordonner le remboursement. Dans cette dernière hypothèse si la société nouvelle ou absorbante ne peut exécuter le jugement, la fusion est alors inopposable au créancier.

Il existe un événement commun aux personnes physiques commerçantes et aux personnes morales de droit privé ou utilisant des procédés de gestion privée. Il s'agit en l'occurrence du règlement judiciaire.

²⁷ T.C. Paris 11 Août 1973 Bull 1973 p.440

SECTION III - FAIT COMMUN AUX PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES : LE REGLEMENT JUDICIAIRE

Ce sont les personnes physiques commerçantes ou les personnes morales de droit privé qui sont concernées par cette mesure.

Le règlement judiciaire est la convention passée entre le débiteur et ses créanciers sous contrôle judiciaire. Par cette convention, il s'engage à payer ses créanciers en tout ou partie, immédiatement ou à terme leur créance. En contre-partie, il sera libéré. Comme son nom l'indique, le règlement judiciaire a pour but de permettre au débiteur de sortir de sa situation de crise afin de faire face à ses dettes.

C'est pourquoi, une série de mesures parmi lesquelles la suspension des poursuites individuelles est prévue par la loi.

C'est donc à juste titre que la caution peut légitimement penser que son engagement étant accessoire, la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur principal, l'est également à son égard.

Cependant, la Cour de Cassation a jugé que : "Si en application de l'article 169 de la Loi du 25 Janvier 1985, les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leur action contre le débiteur, dont la liquidation judiciaire..... ils conservent, la dette n'étant pas éteinte, le droit de poursuite à l'égard de la caution du débiteur" ⁽²⁸⁾.

Ainsi donc, la liquidation judiciaire du débiteur principal ne profite pas à la caution qui peut faire l'objet de poursuite. Peu importe que le droit de recours subrogatoire de la caution contre ce débiteur soit impossible sauf dans certains cas exceptionnels prévus aux articles 169 alinéas 2 et 170 de cette même loi. Les faits de l'espèce précitée étaient les suivants : une société unipersonnelle à responsabilité limitée créée par un époux commun en biens, avait bénéficié d'un prêt bancaire garanti par la caution solidaire du conjoint. L'entreprise a été soumise à une procédure collective, la banque se retourna alors contre la caution. Cette dernière, condamnée à payer par les juges du fond, forma un pourvoi en cassation. Selon un des moyens de ce pourvoi, l'impossibilité pour la caution qui a payé la dette d'exercer son recours subrogatoire, devait lui permettre d'échapper à toute poursuite du créancier.

Cet argument est rejeté par la Cour. La disposition de l'article 169 alinéa 1 qui prévoit que le jugement de clôture de liquidation judiciaire ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, ne peut profiter à la caution parce que la dette n'est pas éteinte.

La poursuite de la caution, malgré le redressement judiciaire du débiteur principal est légitime.

²⁸ Cass. Com. Revue droit des Aff. 1993 n°525

En l'espèce, on ne pouvait empêcher la banque de poursuivre la caution parce que, par cet événement, le risque que la caution était censée couvrir s'est réalisé par la cessation de paiement de ce débiteur principal.

Pour mieux comprendre cette solution, il faut revenir au mécanisme des procédures collectives et à ses effets quant aux créanciers du débiteur en règlement judiciaire.

Tous les créanciers doivent lors du jugement déclaratif se constituer en une masse représentée par le syndic et déclarer leur créance. Cette mesure tend à évaluer de manière exacte le passif du débiteur.

Le défaut de production de sa créance entre les mains du syndic a comme conséquence la perte du droit à la créance qui se trouve éteint par la négligence du créancier.

Et comme conséquence, la banque qui par sa négligence est déclarée forclos, perdrait tout recours contre la caution également ⁽²⁹⁾.

La raison est que l'engagement de caution étant accessoire, il ne saurait survivre à l'engagement principal.

La banque pourrait échapper comme tout créancier à la forclusion si la défaillance ne lui est pas imputable.

Toutefois, si elle produit régulièrement sa créance, elle conserve certes son droit sur la créance, mais elle ne pourra pas exercer une action individuelle contre le débiteur. Puisque l'extinction se limite à l'action contre le débiteur en règlement judiciaire, et ne porte pas sur son droit, il peut se retourner contre la caution pour se faire payer.

Certains auteurs comme Yves Guyon, considèrent que le fondement de l'action du créancier contre la caution se trouve dans l'obligation naturelle qui pèse sur le débiteur qui est en règlement judiciaire. Tandis que d'autres, fondent cette action contre la caution sur le fait que le redressement judiciaire est une exception purement personnelle au débiteur principal et donc ne peut profiter à la caution.

Cette position a été adoptée par les juges du fond ⁽³⁰⁾.

Cependant, en raison des impératifs de sécurité et de rapidité dont ont besoin les commerçants, la banque aurait intérêt à ne pas participer à la procédure de redressement judiciaire.

²⁹ Com. 17 juillet 1990 D.1990 p.495

³⁰ Bourges 30 Mai 1989 R Bque 1989 p.553

En effet, "la non participation à la procédure permet un exercice plus rapide et plus complet de ses droits" ⁽³¹⁾.

Certes la non participation à la procédure collective d'un créancier a dans certains cas des conséquences néfastes, mais dans les hypothèses où elle peut exercer un recours contre un tiers solvable, cette non participation est plus profitable.

Il s'agit des recours contre les cautions par exemple.

Toutefois, il convient de remarquer que la non participation à la procédure collective ne signifie pas absence de production. Dans tous les cas, le créancier doit produire pour conserver son droit de créance. Et comme nous venons de le souligner plus haut, la possibilité de recourir contre la caution dépend de l'existence de cette créance.

Cette non participation à la procédure collective signifie seulement que le créancier "paralysé" par la procédure qui l'empêche de diriger contre le débiteur principal une action, recouvre cette action là en agissant contre un tiers, généralement la caution.

Le créancier échappe donc du fait de ce recours contre le tiers aux effets de la procédure de règlement judiciaire, en l'occurrence la suspension des poursuites individuelles. C'est-à-dire que, malgré la suspension des poursuites individuelles dirigées contre le débiteur en redressement judiciaire, le créancier n'en conserve pas moins son action contre la caution.

CHAPITRE III - LES DIFFICULTES SOULEVEES PAR LA REALISATION DE CES TYPES DE CAUTIONNEMENT

SECTION I - DONNEES DU PROBLEME

§1 - PRECARITE DE CE TYPE DE CAUTION

Tout d'abord, cette précarité tient aux cautions d'Etat. L'Etat en tant que puissance publique jouit d'un régime exorbitant de droit commun. Il est par exemple, impossible de recourir à la force coercitive pour l'obliger à exécuter ses obligations.

Certes avec la vague de libéralisation qui entraîne la "désétatisation", les cautions d'Etat seront de moins en moins fréquentes.

Il existe par ailleurs, certaines catégories de particuliers qui en raison de leur pouvoir économique, religieux ou social, jouissent de la confiance des créanciers.

³¹ Yves Guyon - Droit des affaires n°135

En vérité, au moment de réaliser l'exécution de leurs engagements, les créanciers perdent leur pari sur la confiance qu'ils portaient en eux.

Comme a eu à l'observer Mr. Isaac Y. Ndiaye "Le droit de cautionnement est devenu imprévisible, défaut majeur lorsqu'il s'agit précisément de constituer une sûreté (cf. Revue EDJA N°3).

De plus en plus, la finalité première du cautionnement, à savoir prémunir le créancier d'une défaillance du débiteur principal, est remise en cause.

Le Tribunal hors classe de Dakar dans sa décision du 13 Mai 1989 en est une illustration. Les faits de l'espèce étaient les suivants : Un Etablissement de crédit la B.S.K. avait consenti un crédit à une société commerciale la S.P.C.A. THUBET pour un montant de 187 427 543 F.CFA.

Un administrateur de la dite société de grande renommée, avait adressé après la conclusion de ce contrat une correspondance dont les termes étaient sans équivoque puisqu'il affirmait donner son aval personnel.

Le débiteur principal soumis à une procédure collective, l'Etablissement de crédit décida de poursuivre en qualité de caution l'auteur de cette correspondance.

Ce dernier opposa au créancier la suspension des poursuites du débiteur principal en règlement judiciaire et la valeur de son engagement qu'il considérait ne pas être un cautionnement.

Le tribunal l'a suivi dans son raisonnement.

§II - LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DE LA CAUTION

Il se manifeste à travers la mention manuscrite et l'obligation d'information.

A - LA MENTION MANUSCRITE

En France, entre 1980 et 1990, on a pu penser à l'existence d'une contradiction entre la chambre civile et la chambre commerciale à propos des décisions rendues en cette matière.

En effet, certaines décisions rendues par la chambre civile avaient prononcé la nullité de l'engagement de la caution au motif que les mentions manuscrites n'étaient pas suffisamment claires.

D'un autre côté, la chambre commerciale concluait à la clarté de telles mentions sur des points quasiment identiques à ceux qui étaient déjà soumis à l'appréciation de la

chambre civile. Cette dernière est allée plus loin en exigeant en plus de la clarté de la mention manuscrite, que la caution rappelle le taux d'intérêt ⁽³²⁾.

C'est ainsi qu'une autre décision en date du 10 Mars 1992 rendue par cette même chambre, considérait que "l'indétermination du taux dans la formule manuscrite entraîne la nullité de l'engagement de la caution de payer les intérêts conventionnels". Le fondement de cette décision est la nécessité de s'assurer que la caution mesure bien la portée de son engagement, appréciation qui ne pouvait se faire qu'à travers la mention manuscrite.

Dès lors, toute indétermination de ce taux laisse penser que la caution n'a pas connaissance de son engagement exact et qu'elle est de ce fait libérée.

Des critiques ont été adressées à cette décision.

On a dans un premier temps, fait valoir que dans les cautionnements commerciaux, la formule manuscrite n'est pas impérative. En outre, si la caution ne saurait être tenue de payer les intérêts conventionnels faute d'en déterminer le montant, rien n'empêcherait toutefois d'appliquer les taux légaux.

Dans leurs décisions du 25 Mai 1993 et 9 Juin 1993, la chambre civile et la chambre commerciale adoptent une position identique concernant le contenu de cette mention manuscrite relative aux taux d'intérêts conventionnels. Désormais l'appréciation de la mention manuscrite est plus rigoureuse quand il s'agit d'une caution "profane". Et ceci conformément à l'article 1326 CC qui exige ces règles ad-probationem, dans le but de protéger la caution.

A ce propos, la Cour de Cassation a décidé que dans "l'appréciation du caractère non équivoque et explicite de l'acte et de la mention manuscrite, il doit être tenu compte, non seulement des termes employés, mais également de la qualité, des fonctions de la caution, de ses relations avec le débiteur cautionné" ⁽³³⁾.

Si le cautionnement émane d'un professionnel comme la banque, la Cour considère que la caution est suffisamment protégée par sa profession et par sa connaissance de la nature et de l'étendue de ses engagements. C'est la raison de ce clivage opéré par la Cour de Cassation entre la caution bancaire et les autres cautions dites "profanes".

Toutefois, les difficultés pratiques soulevées par la détermination exacte des taux d'intérêt en ce qui concerne les cautionnements garantissant tous les engagements du débiteur, a amené la cour de cassation à introduire une souplesse dans le mécanisme.

³² R Bque 1988 n°488

³³ R Bque 1993 n°540 p.92

Lorsque le cautionnement porte sur des dettes de nature indéterminée, dont le taux ne peut être fixé lors de l'engagement de la caution, l'appréciation se fait différemment.

B - L'OBLIGATION D'INFORMATION

L'obligation d'information a été instituée par la loi du 1er Mars 1984 article 48 et consiste en l'information annuelle de la caution par le créancier généralement la banque. Cette obligation est instituée dans l'optique des mesures de prévention des difficultés de l'entreprise. Son effet principal est la déchéance qu'encourt le créancier quant à son droit de réclamer les intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la communication de la nouvelle.

Cette obligation est appréciée de plus en plus sévèrement par la jurisprudence.

Dans un premier temps, la jurisprudence dominante opérait une distinction entre les cautions visées par cet article.

Les dirigeants sociaux cautions, étaient exclus du bénéfice de cet article au motif qu'ils étaient parfaitement informés de la situation de leur société. En raison de cette considération, les juges leur refusaient l'application de ce système de protection ⁽³⁴⁾.

Dans un second temps, la décision du 25 Mai 1993 ⁽³⁵⁾ mit fin à cette distinction et élargit le champ d'application de cet article.

La banque créancière est tenue d'informer annuellement la caution, celle-ci fût-elle dirigeante de la société cautionnée.

Dans l'attendu principal de cette décision, il est prévu que l'obligation à laquelle sont tenus les établissements de crédits ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition d'un cautionnement, de faire connaître chaque année le montant et le terme des principal, intérêts, frais et accessoires, garantis par elle, doit être respecté jusqu'à l'extinction de la dette même lorsque le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée en connaissant exactement la situation..."

Selon le professeur Hervé Croze ⁽³⁶⁾, il faut comprendre par cette décision que l'article 48 n'est pas réservé aux cautions qui ont besoin d'être protégées, mais il faut le considérer comme une disposition absolue qui empêche le créancier de "s'affranchir de cette obligation par une disposition contractuelle quelconque" (Cabrillac et Mouly Droit des sûretés" Ed. Litec N°276-1).

³⁴ CA Paris 12 Juin 1992 JCP Ed. Ele P952

³⁵ R Bque 1993 p.543

³⁶ Actualité juridique 1993 p.525

Au soutien de cette solution, une partie de la doctrine avait relevé le fait qu'il n'existe aucune présomption de connaissance de la situation financière de la société qui résulterait de la qualité de dirigeant de la caution.

La cour de cassation est allée encore plus loin en étendant la sanction du non respect de cette obligation aux intérêts inscrits en compte courant. Or comme nous l'avons déjà vu, l'inscription de la créance en compte courant a un effet novatoire et fait perdre à celle-ci les sûretés dont elle était grevée. Il y a donc là, la volonté manifeste du juge de renforcer la protection de la caution au détriment bien sûr du créancier. Ce dernier, non seulement ne peut plus être dispensé de prouver l'accomplissement de son obligation dans tous les cas où la caution est en mesure de connaître la situation de l'entreprise, mais surtout il doit faire face à la difficulté d'en rapporter la preuve.

La preuve de l'envoi par la banque de l'information à la caution est importante d'autant plus qu'en cas de préjudice résultant du défaut d'information, les peines encourues sont plus lourdes. En effet, la responsabilité civile du banquier peut être engagée (Cass. com 20 Octobre 1992 OP Cit.).

Avant, la preuve par listing informatique était rejetée, mais aujourd'hui, vues les conditions lourdes qu'occasionnerait l'envoi systématique de toutes les informations par lettre recommandée avec accusé de réception, il est maintenant de jurisprudence constante que la preuve peut se faire par tout moyen.

Cette solution est plus raisonnable eu égard au principe de la liberté de la preuve en matière commerciale.

En Afrique, particulièrement les Etats de L'.M.O.A, des mesures ont été prises en ce sens. Il s'agit notamment des directives de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de L'Ouest portant "barème général des conditions applicables par les banques et établissements financiers installés dans l'union monétaire ouest africaine".

Dans ce document, il est fait obligation à ces banques de "publier dans un journal d'annonces légales et d'afficher, bien en évidence, à l'entrée de leurs guichets, le barème des conditions minimales et maximales applicables à leur clientèle ⁽³⁷⁾.

Ces dispositions visent à assurer "une information rigoureuse et aussi large que possible de la Banque Centrale et du public sur les taux d'intérêt qu'ils appliquent.

Donc, il s'agit là d'une consécration de l'obligation de la banque d'informer sa clientèle.

Les termes généraux utilisés laissent croire que les taux d'intérêts applicables aux cautionnements n'échappent pas à cette obligation.

³⁷ Lex N°297 du 24 Décembre 1993

Les banquiers devront désormais informer la clientèle sur les taux applicables aux différentes opérations y compris celles des crédits. L'insertion de ces mesures dans la rubrique "Avertissement" laisse supposer l'existence de sanctions.

Toutefois, la nature de ces sanctions n'est pas déterminée à notre connaissance du moins.

§III - RISQUE DE DESAFFECTION

En résumé, il s'est instauré sous le prétexte de protéger la caution, un cadre devenu coercitif pour le créancier. Les cautions qui ont perdu leur pari sur la solvabilité des débiteurs profitent de la bonne aubaine de la jurisprudence sur la mention manuscrite.

A cela s'ajoute, la lourde intervention du législateur en ce qui concerne notamment, l'obligation d'information institué par la loi du 1er Mars 1984 article 48. L'application extensive de cette obligation par la jurisprudence n'est pas de nature à arranger les choses. Désormais, les banques et établissements de crédit devront redoubler de diligence et de prudence afin de préserver la sécurité de leurs opérations.

Par ailleurs, l'application déformante et injustifiée de la combinaison des articles 1326 et 2015 CC par la jurisprudence, rend encore plus manifeste cette situation de crise du cautionnement. Certains auteurs en l'occurrence J. Terray ont pu inférer de cette situation que "l'institution est en danger".

Ce danger résulte du fait que "le droit du cautionnement est devenu imprévisible défaut majeur lorsqu'il s'agit de constituer une sûreté".

Ainsi donc, du rang de premier ordre qu'occupait le cautionnement dans les sûretés, il se retrouve aujourd'hui dans une situation compromise en raison de l'aléa qui pèse sur lui.

Aussi fulgurante que fut la croissance de cette catégorie de sûreté, sa crise n'en est que plus durement ressentie.

L'on ne peut s'empêcher de se poser la question de l'opportunité de la protection accrue de la caution.

Il est certes nécessaire de réserver un traitement spécial à la personne qui s'engage gratuitement et désintéressement pour le compte d'autrui, mais rien ne justifierait un tel traitement lorsqu'on est dans le domaine d'un service intéressé ou onéreux.

Or comme nous l'avons déjà vu, l'évolution du cautionnement est telle qu'on peut considérer comme injustifiée la protection de la caution qui s'engage de plus en plus par intérêt que par esprit de famille ou d'amitié.

Une chose est certaine, le renforcement de la protection de la caution a comme corollaire incontournable la "déprotection" des créanciers, de sorte qu'à mon avis on assiste à un renversement de la fonction initiale de cette institution qui, à priori doit assurer la protection du créancier.

Par conséquent, cette vague de dégradation continue si elle n'est pas arrêtée, risque d'entraîner une totale désaffection de cette forme de garantie. En effet, la tendance actuelle est à la recherche d'autres formes de garantie pour suppléer aux carences du cautionnement.

La question qui se pose dès lors est de savoir si l'on va directement vers une disparition de cette institution à laquelle se substitueront d'autres types de garantie, ou encore allons nous vers une réforme de l'institution en vue de son adaptation aux besoins actuels.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

CONCLUSION - VERS DES SOLUTIONS DE SUBSTITUTION AU CAUTIONNEMENT OU VERS SA REACTUALISATION ?

Devant cette crise, l'on ne s'étonne guère que les créanciers "échaudés" recherchent d'autres types de sûretés car plus que jamais le besoin de crédit se fait ressentir.

Avec l'évolution de la conjoncture économique et les nombreuses difficultés auxquelles sont confrontées les entreprises, les sûretés réelles ne permettent pas de résoudre les problèmes du cautionnement. D'où les créanciers essaient de trouver au sein même des engagements personnels, les solutions à leurs problèmes.

Grâce au principe de la liberté contractuelle, il ont le choix dans une panoplie de possibilités offertes par des procédés classiques de garantie ou par les sûretés personnelles nouvelles.

(1) Parmi les procédés du droit commun des contrats pouvant jouer le rôle des sûretés personnelles, on peut citer trois cas :

- D'abord, la combinaison de la solidarité et de l'indivisibilité:

Ce procédé implique non seulement que chacun des débiteurs soit garant de l'insolvabilité de ses co-débiteurs mais aussi que chacun de leurs successeurs reste tenu de l'intégralité de la dette. Lorsque les co-débiteurs ont un intérêt égal dans l'opération, l'effet de la garantie n'est qu'une conséquence des stipulations de la solidarité et de l'indivisibilité.

En revanche, lorsqu'un ou certaines des co-débiteurs n'ont pas d'intérêt dans l'opération, on considère qu'ils sont des garants. Ils ont alors le même statut qu'une caution (article 1216) mais dans ses effets, un tel engagement est plus profitable au créancier car dans les rapports entre les co-débiteurs et le créancier, les exceptions personnelles à ces premiers ne sont pas opposables au créancier. En effet les co-débiteurs se sont engagés à titre principal.

Ensuite, il a la délégation imparfaite c'est à dire sans novation. La délégation a pour effet l'extinction simultanée de plusieurs obligations. Le schéma est le suivant: le délégant, débiteur du délégataire et créancier d'un tiers, demande à celui-ci de s'obliger en qualité de délégué envers le délégataire qui est son créancier. Lorsqu'elle est parfaite, la délégation permet l'extinction de la dette du délégant envers le délégataire grâce au paiement effectué par le délégué envers ce dernier. L'avantage est qu'on considère que le délégué en payant le délégataire éteint sa propre dette, de ce fait son engagement est indépendant du rapport existant entre le délégant et le délégataire. De la sorte, hormis l'exception d'incapacité, le délégué ne peut se prévaloir contre le délégataire créancier d'aucune exception même personnelle.

Enfin, on peut invoquer la promesse de fort qui pourtant, n'était considérée que comme un moyen de faciliter la conclusion d'un contrat. Lui faire jouer le rôle d'une

sûreté personnelle peut donc paraître paradoxale, mais rien n'interdit d'interpréter de façon extensive le "fait du tiers" que le porte fort promet à son co-contractant. En d'autres termes, le porte fort ne s'engage certes pas à payer la dette d'autrui ou à se substituer à celui-ci, au contraire si le fait du tiers signifie l'extinction d'un engagement, le porte fort doit indemniser le préjudice résultant d'une inexécution de cet engagement.

L'obligation du porte fort est donc nouvelle et indépendante son objet est la garantie indemnitaire qu'offre le porte fort au créancier en cas d'inexécution de l'engagement par le tiers.

Il faut dire que ces exemples sont loin d'être exhaustifs, les procédés classiques sont encore nombreux et sont susceptibles d'accommodements nouveaux, mais la pratique s'est orientée vers des procédés nouveaux. Il s'agit notamment des garanties à première demande et des lettres d'intention.

- Concernant la première catégorie, son application était limitée aux contrats internationaux. Mais depuis quelques années la cour de cassation française, dans deux (2) arrêts de principe a admis que l'engagement de payer à première demande une somme en garantie d'un contrat n'est pas " un cautionnement, mais une garantie autonome ⁽³⁸⁾" Cette décision n'a pas manqué d'attirer l'attention car faisant une application de la garantie à première demande dans des relations purement internes.

Toutefois, il faut remarquer qu'une extension généralisée de cette garantie à première demande dans le cadre interne est destructrice des équilibres entre la caution et le créancier. Elle introduit un excès de rigueur pour la caution dont l'engagement doit pourtant rester calqué sur celui du débiteur. Cette remarque est aussi valable pour les autres types de garantie déjà vus.

- La seconde nouvelle catégorie de sûreté est constituée par les lettres d'intention. Ce sont des documents par lesquels le souscripteur s'engage à soutenir un débiteur en des termes variables. Ce sont des engagements juridiques difficiles à interpréter, il n'y a pas de formule sacramentale. Tantôt la lettre d'intention comporte une simple obligation de moyens qui pèse sur le souscripteur qui s'engage à effectuer certaines diligences pour maintenir la solvabilité du débiteur ; tantôt elle comporte une véritable obligation de résultats dans laquelle le souscripteur entend se substituer au débiteur en cas de défaillance. Cette dernière hypothèse est assimilable au cautionnement.

Dans ces cas, il se pose un problème de preuve de l'étendue de l'obligation du souscripteur de la lettre d'intention qui soutient en sa faveur que l'obligation souscrite par lui est simplement morale. Ce qui entraîne inéluctablement une incertitude quant au régime juridique applicable.

³⁸ Com 20 Décembre 1982 Bull CIV IV n°417

Ces deux procédés nouveaux usités par la pratique ne sont donc pas exempts de critiques. Toutes ces sûretés "gravitent comme des satellites autour du cautionnement(1)" car elles tendent au même but. En effet, les différentes formules usitées dans la pratique sont, pour la plupart, calquées sur le cautionnement avec des réaménagements en vue de suppléer aux inconvénients liés à son caractère accessoire. Ce qui signifie que le cautionnement reste la référence et présente tout de même l'avantage d'être plus connu des praticiens.

C'est pourquoi des espoirs de sortie de crise sont permis. Mais en raison de l'évolution profonde des structures économiques et des circuits de crédit, le dépassement du cadre figé du cautionnement depuis 1804 semble nécessaire. Depuis cette époque, en effet, seule la solidarité a été ajoutée comme un élément nouveau.

Seule sa réactualisation permettrait de sortir le cautionnement de la torpeur actuelle dans laquelle elle s'enfonce davantage chaque jour.

C'est ainsi que J. TERRAY a tenté de proposer "des pistes pour sortir de l'actuel brouillard". Pour y arriver, la remise en cause des règles jusqu'ici appliquées au cautionnement s'impose de facto.

En d'autres termes, les règles posées par exemple sur le caractère accessoire sont-elles impératives ou non ?

Pour répondre à cette question, l'auteur propose de diviser le cautionnement en trois catégories :

- le cautionnement de type familial et civil dont le souscripteur est guidé par une intention purement libérale. Dans cette catégorie, le caractère accessoire de l'engagement de la caution retrouverait une pleine portée de même que la nécessité de protéger la caution. La loi 84-148 du 1er Mars 1984 conférant à l'article 2037 une valeur impérative pourra pleinement s'appliquer.

- le cautionnement commercial classique : il émane le plus souvent d'un actionnaire ou d'un dirigeant social intéressé directement ou indirectement à l'obtention du crédit. Pour cette deuxième catégorie, une application stricte de ces règles nuirait à la souplesse des relations commerciales

- Quant à la dernière catégorie, il s'agit du cautionnement financier qui regroupe les combinaisons relatives au mécanisme de paiement ou de financement.

Dans ce cas l'application des règles de protection ne se justifie nullement eu égard à la nature des relations entre le garant financier et le donneur d'ordre.

Si le donneur d'ordre est le créancier, la caution apparaîtra alors comme un assureur. Par conséquent, la rémunération qu'elle reçoit emportera une obligation distincte du garant de s'exécuter.

En revanche, si le donneur d'ordre est un tiers, le mécanisme est le même que celui de la garantie à première demande.

Pour terminer, nous dirons qu'une complémentarité entre les différentes techniques appropriées à des circonstances tout aussi différentes serait bénéfique. Pour cela, il faudrait rechercher un double équilibre entre : d'une part le cautionnement et les autres garanties personnelles ; d'autre part au sein même du cautionnement en ce qui concerne l'application des mesures de protection de la caution.

Ce qu'il faut surtout éviter ce sont les deux points extrêmes à savoir une protection trop rigoureuse de la caution où celle trop renforcée du créancier. En effet, une créance sans garantie présenterait le mêmes inconvénients qu'une garantie sans créance. Autant le créancier a besoin de garantie pour se prémunir, autant le débiteur a besoin de la confiance du créancier pour pouvoir bénéficier de son crédit.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

ABREVIATIONS

D.	:	Dalloz
Ch. Com.	:	Chambre Commerciale
Ch. Civ	:	Chambre Civile
Code CCe	:	Code du Commerce
Gaz Pal	:	Gazette du Palais
CGI	:	Code Général des impôts
I.R.	:	Informations rapides
Cass. Com.	:	Cassation commerciale
Art.	:	Article
L	:	Loi
CPC	:	Code de Procédure Civile
Som.	:	Sommaire
R	:	Requête
R. Bque	:	Revue Banque
T.C.	:	Tribunal du Commerce
BSK	:	Banque Sénégal-Kowétienne.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- WATTIEZ : LE CAUTIONNEMENT BANCAIRE
- FERRONNIERE ET EMMANUEL DE CHILAZ : OPERATIONS DE BANQUE
- P. GILLERON : LES GARANTIES PERSONNELLES EN MATIERE BANCAIRE
- BOUDINOT / J.C. FRABOT : TECHNIQUES ET PRATIQUES BANCAIRES
- G. FILLON : PASSATION ET EXECUTION DES MARCHES PUBLICS
- H. ARDANT : INTRODUCTION A L'ETUDE DES BANQUES
OU DES OPERATIONS DE BANQUE
- RIVES LANGE : DROIT BANCAIRE
- YVES GUYON : LE DROIT DES AFFAIRES

REVUES

- REVUE BANQUE 1993 - 1986
- REVUE EDJA N° 3 MAI 1987
- LAMY SOCIETES 1986 N° 1806
- LEX 1994 (2 DECEMBRE)

ARTICLES DE DOCTRINE

- ISAAC Y. NDIAYE : REMARQUES SUR LE JUGEMENT TR DAKAR DU 13/05/89
- TERRAY : LE CAUTIONNEMENT : UNE INSTITUTION EN DANGER
- ABDOULAYE SAKHO ; LE DROIT A L'INFORMATION DE LA CLIENTELE
- MARTINE REMOND - GOVILLOUD : INFLUENCE DU RAPPORT CAUTION
DEBITEUR SUR LE CONTRAT DE CAUTIONNEMENT
- P. STMLER J - CL CIVIL ART 2011-90-20 1ER FAX JCP 1990-2-1187 :
- LES SOLUTIONS DE SUBSTITUTION AU CAUTIONNEMENT
- AM ALLIA YANSANE : DROIT DE LA BANQUE

CODES

- CODE DES OBLIGATIONS CIVILES ET COMMERCIALES
- CODE CIVIL.

