

# Si et dans quelles limites le *Cautionnement Omnibus* n'est pas valable

1. – La Cour de Cassation a de nouveau réaffirmé de façon catégorique la validité du cautionnement Omnibus.

Face à tant de certitude, une grande zone de perplexité demeure, néanmoins, comme cela est démontré par la fréquence toujours plus grande avec laquelle la question est posée. Cela dépend du fait que l'état des opinions ne semble pas, à mon humble avis, des plus satisfaisantes; et au delà des oppositions des thèses radicales, le sujet mérite de nouveaux approfondissements et des réflexions plus incisives. Il est à souhaiter que cela advienne au plus vite et cet écrit veut offrir sa contribution au débat.

Le problème est habituellement résolu en se référant exclusivement à l'activité bancaire, aux garanties et à la confiance que ces sociétés, animatrices du développement économique, suscitent. Ceci représente, toutefois, une grande limite car le problème devrait être posé dans des termes plus généraux, c'est à dire quel que soit le créancier qui bénéficie du cautionnement et quelle que soit la garantie ou le crédit subjectif qu'il suscite. Cela veut dire que le problème doit être affronté par rapport au modèle contractuel en soi, comme une institution du droit commun et non d'une

---

Du «*Il Foro italiano*», 1985, I, p 507 et suivantes et de «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Cedam 1994.

*Cet écrit commente la décision suivante :*

COUR DE CASSATION, 1<sup>ère</sup> ch., 31.8.1984, n° 4738, Pres. Sandulli, Est. Racchi, P.M. Caristo (Fall. soc.) ; INCES c/ Credito Lombardo: «*N'est pas nul pour indétermination ou indéterminabilité de l'objet le cautionnement acquitté de façon générique en faveur d'une banque (cautionnement omnibus) en garantie de n'importe quelle obligation présente et future du débiteur garanti. N'est pas nul le contrat de cautionnement omnibus qui prévoit la renonciation de la part du fidéjusseur à la déchéance de l'article 1957 du Code Civil* ».

catégorie particulière d'entreprise. La particularité de certaines motivations fait naître le doute que la solution pourrait être différente si le créancier garanti était un sujet quelconque. Et cela ne serait ni juste ni cohérent.

2. – Les principaux caractères distinctifs de la caution *omnibus* sont constitués par le fait qu'elle garantit de façon illimitée n'importe quelle créance non seulement présente mais également future, non seulement directe, mais également indirecte, envers un débiteur donné, également pour des cautions qu'il a données pour le futur au profit de ce même créancier en garantie de tiers. Une autre caractéristique est constituée par le fait que le garant dispense à titre préventif le créancier des devoirs de prudence et de diligence des art. 1956 et 1957 du CC, ainsi que du devoir d'information.

Ce qui est le plus surprenant est que fidéjusseur assume ainsi n'importe quel risque, de quelque importance qu'il soit, que le créancier lui fera courir même dans le futur en faisant crédit au débiteur sans son consentement ou son autorisation. <sup>(1)</sup>

Cet aspect ne semble pas pouvoir être surmonté par l'argument exprimé par cette décision ou par d'autres, selon lequel le fidéjusseur est souvent intéressé directement ou indirectement, par le crédit obtenu par le débiteur. Il est exagéré de voir une association pérenne d'intérêts telle à justifier une communauté permanente des destins, qui plus est à sens unique, du garant et du débiteur garanti, dans le cas où celui-ci se porte caution en raison des liens du mariage <sup>(2)</sup>, de parenté ou d'amitié <sup>(3)</sup> ou de qui n'est pas associé unique et souvent même pas administrateur d'une société de capitaux <sup>(4)</sup>. Et même dans le cas où le garant est

---

(1) Voir aussi G. STOLFI, *In tema di fideiussione generale*, dans *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 529 et suivantes

(2) Sur ce point voir le compte-rendu dans RASCIO, *Fideiussione «omnibus»*, dans *Dizionario del diritto privato*, par N. IRTI, *Diritto civile*, Milan, 1980, I, p. 389 et suivantes. À propos du cautionnement donné par un conjoint : Cass., 15 janvier 1973, n° 118, *Foro it.*, Rep. 1973, rubrique *Fideiussione*, n° 4.

(3) Concernant un parent : Cass., 11 octobre 1960, n° 2647, *Foro it.*, Rep. 1960, rubrique *Fideiussione*, n° 19, in extenso dans *Banca, borsa, ecc.*, 1960, II, p. 506 ; et une soeur : Trib. Florence, 17 décembre 1962, *Foro it.*, Rep. 1963, rubrique cit., n° 21.

(4) Souvent l'actionnaire minoritaire ne décide pas et n'est pas même informé, même s'il est le fidéjusseur. Concernant le cas d'espèce : Cass. 28 avril 1975, n° 1631, *Foro it.*, Rep. 1975, rubrique *Fideiussione*, n° 15.

actionnaire et administrateur, il n'est pas dit qu'il le restera pendant tout le temps que durera la garantie, ni qu'il existe une convergence d'intérêts ou que le mécanisme garantisse à la volonté manifestée dans l'intérêt de la société débitrice de tenir compte de son intérêt contraire de garant, étant donné que l'antagonisme des intérêts est dans les choses. En général il n'est pas souhaitable de laisser se transformer la responsabilité limitée des actionnaires en une responsabilité illimitée qui dénaturerait l'essence de la société de capitaux moderne <sup>(5)</sup>. La faculté de résiliation du cautionnement ne peut constituer un remède approprié à la conséquence envisagée plus haut, car jusqu'à ce moment, le garant devra répondre de toute augmentation du risque intervenue entre-temps, et lors de la révocation suit souvent l'effet contreproductif d'être appelé à restituer immédiatement et sans délais, les sommes empruntées. On imagine bien que le garant, face à une telle perspective angoissante, soit porté à laisser les choses telles qu'elles sont et à courir les autres risques que le créancier voudra lui faire courir, étant donné qu'il est désormais l'arbitre des deux destinées.

3. – La validité de l'acte est en général considérée, et également avec cette décision, sous l'aspect illimité d'une éventuelle nullité en raison du caractère indéterminable ou pas de l'objet selon l'art. 1346 du Code Civil et du caractère potestatif ou pas du pouvoir du créancier garanti d'élargir le risque couvert par le fidéjusseur <sup>(6)</sup>.

---

(5) Ceci est beaucoup moins apprécié par rapport à celle des associés d'une société de personnes où elle est illimitée envers tous les créanciers et non pas envers certains seulement, comme les banques dans notre cas. Là, tout se résout en une course contre la montre pour s'assurer une antériorité chronologique en matière d'injonctions et d'inscriptions hypothécaires, quitte à chercher ensuite à décrocher une extension de la garantie, sous la menace de la faillite et de la révocation.

(6) La décision en épigraphe confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Milan en 1982, qui référait à son tour la décision du Tribunal de Milan du 6 septembre 1979, décision restée isolée qui avait déclaré le cautionnement *omnibus* nul. La validité de ce type de cautionnement est réaffirmée par la jurisprudence consolidée : Cass., 5 janvier 1981, n° 23, *Foro it.*, 1981, I, p. 704 ; 27 janvier 1979, n° 615, *id.*, Rep. 1979, rubrique *Fideiussione*, n° 8 ; 1631/75 ; 6 février 1975, n° 438, *id.*, Rep. 1975, rubrique cit. n° 17, entre autres. Sur le sujet en doctrine : FRAGALI, *Fideiussione*, article de l'*Enciclopedia del diritto*, Milan, 1968, XVII, p. 346 et suivantes ; *Id.*, in *Commentario* par Scialoja et Branca, Bologne-Rome, 1962, sous les articles 1936, 1959 ; *Id.*, *La fideiussione generale*, dans *Banca, borsa, ecc.*, 1971, I, p. 321 ; RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milan, 1967 ; *Id.*, *Fideiussione*, article du *Novissimo digesto*, Turin, 1961, VII, p. 274 ;

La validité de la dispense du créancier des limites des art. 1956 et 1957 du Code Civil et des devoirs de prudence et de diligence implicites, sur lesquels nous reviendrons par la suite, est considérée comme certaine pour cette décision comme pour les autres.

D'après la décision, le cautionnement *omnibus* serait en tout état de cause légitime, également sous l'autre aspect du contrat autonome de garantie, dont l'admissibilité dans notre ordre est réaffirmée.

Afin de suivre l'ordre de ces discours, nous commencerons par celui relatif à la déterminabilité de l'objet. La Cour, après avoir déclaré que la garantie peut être donnée pour des dettes futures selon l'art. 1938 du Code Civil, affirme, exactement que celles-ci doivent, cependant, être au moins déterminables si elles ne peuvent être déterminées. Cela se traduit dans le caractère déterminable du risque pris par autrui que le garant prend à sa charge et dont la personne garantie désire être mainlevée, et dans lequel consiste exactement l'objet de cet acte comme de tous les actes de garantie. Il ne fait, en effet, aucun doute que le risque d'une inexécution des dettes futures doit être déterminé ou déterminable autant que les dettes elles-mêmes : également dans le domaine de l'assurance et même dans celui du jeu, le risque n'est jamais indéterminable <sup>(7)</sup>.

La Cour affirme correctement que ces dettes futures, relatives au risque d'inexécution dont nous parlons, doivent être déterminables sur la base d'un critère convenu au préalable par les parties et capable «d'identifier de façon rigoureusement objective le rapport de l'obligation principale ». Un exemple dans le domaine de l'activité bancaire, nous est fourni à ce sujet par le cautionnement donné en garantie d'une ligne de crédit qui doit encore être concédée mais qui est, cependant, en cours d'examen à la suite d'une demande qui a déjà été déposée. Ici, le crédit est futur, parce qu'il se concrétisera seulement après l'octroi de la créance et son utilis-

---

RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni cosiddette «omnibus»*, in *Banca, borsa ecc.*, 1972, II, p. 92 ; STOLFI, *cit.* ; DE MARCO SPARANO, *La fideiussione bancaria*, Milan, 1978 ; SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, Padoue, 1977 ; RASCIO, *cit.* ; MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, in *Dizionari*, *cit.*, *Diritto commerciale*, Milan, 1981, III, p. 379 ; PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, in *Le operazioni bancarie*, Milan, 1978, II, p. 1054.

(7) Voir J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Torino, 1982, p. 60 ; VALSECCHI, *Il gioco e la scommessa*, Milan, 1954, p. 30-32 ; Voir SALANDRA, dans *Commentario* par Scialoja et Branca, Bologne-Rome, 1966, sous l'article 1898, p. 264 et suivantes.

tion, mais il est, cependant, objectivement déterminable si l'on se réfère à la demande qui fera également fonction de plafond.

Mais peut-on qualifier de déterminable le renvoi général à des créances et des crédits non identifiés, qui seront demandés et accordés dans le futur, dont on ignore tout et précisément quand et pour quelles sommes ils interviendront comme dans le cas du cautionnement *omnibus* ?

La Cour, suivant son orientation constante, a répondu par l'affirmative, en disant que «l'objet du cautionnement pour les dettes futures est ici déterminable précisément *per relationem*, en se référant à l'objet des obligations qui seront prises par le débiteur garanti envers la banque»<sup>(8)</sup>. On ne peut être d'accord, à mon avis, avec cette façon de penser. Un renvoi général «à toutes les obligations qui surviendront à la charge du débiteur principal» ne peut, en effet, aucunement constituer un critère de détermination *per relationem*. Il s'agit d'un renvoi en blanc à des dettes futures qui sont appelées à se déterminer d'elles-mêmes, et donc d'une simple pétition de principe. La décision assume ensuite, comme élément de référence pour la détermination de cette dette future (et du risque de son inexécution prise en charge par le garant), le contenu de l'acte juridique d'où provient la dette. Une première observation concerne le moment où cette déterminabilité doit être avoir lieu. Il ne fait aucun doute qu'aussi bien la dette que le risque doivent être déterminables au présent, c'est-à-dire au moment où la garantie est donnée (maintenant pour demain) et non pas à l'avenir lorsque l'acte, avec son contenu d'où provient la dette et le risque prendra effet (demain pour demain).

Cette condition doit se référer au présent, lorsque la garantie est donnée et non pas dans le futur lorsqu'elle -ci agira (voir les art. 1225, 1346, 1467 du Code Civil)<sup>(9)</sup>.

Le défaut de la façon de voir dominante est d'interpréter la déterminabilité comme un simple jugement *a posteriori*, auquel on a toujours recours et non pas comme une prévision tardive

---

(8) Parmi tant d'autres, Cass., 4 mars 1981, n° 1262, *Foro it.*, Rep. 1981, rubrique *Fideiussione*, n°15 ; Cass. 23/81 et 615/79, où le concept de déterminabilité est tellement vague qu'il a été écrit qu'«il faut que d'une façon ou d'une autre (*sic!*) la limite de l'obligation soit déterminée».

(9) De même STOLFI, *cit.*, p. 532, 533, 534 et 537.

*ex antea* (qui se rapporte à la conclusion du contrat de garantie) comme cela doit être. Nous voulons dire que l'opération de détermination *per relationem* sera formulée après, mais la déterminabilité doit avoir lieu précédemment, comme c'est le cas pour tout jugement de prévision. Une déterminabilité uniquement *a posteriori* est sans importance et insignifiante. Sous cet aspect, les dettes futures déterminables seulement dans le futur, se rapportant à des actes qui prendront effet même sous forme d'hypothèse seulement dans le futur, ne peuvent être jugées déterminables au présent. <sup>(10)</sup>

Une autre remarque vient du fait que l'on peut admettre comme critère de détermination de la prestation de substitution à celle prévue non exécutée par le débiteur, le contenu hypothétique de l'acte futur y afférent qui est la source de la dette principale, à condition qu'il s'agisse d'une hypothèse concrète, spécifique, qui ne soit pas fondée sur quelque chose de vague et d'indéterminé et, donc, préalablement convenue par les parties au contrat de garantie.

L'objet du cautionnement doit sinon être réputé indéterminable si l'hypothèse du contrat y afférent auquel l'on fait référence <sup>(11)</sup> l'est aussi au présent.

Nous ne voyons pas, en raisonnant différemment, à quoi finit par se réduire ce critère préalablement convenu par les parties considéré comme étant capable de «identifier de façon rigoureusement objective» le rapport de l'obligation principale.

Une fois le seuil franchi, la Cour va plus loin dans le domaine de l'indéterminabilité en écrivant textuellement: «le concept de déterminabilité de la garantie ne comporte aucune implication à caractère subjectif ou psychologique car le fidéjusseur doit connaître, prévoir ou imaginer la dette garantie». Comment peut-on qualifier de déterminable une créance que l'on ne peut même pas imaginer ? La meilleure preuve

---

(10) On ne peut approuver, par exemple, la décision de Cass., 6 février 1975, n° 438, *Foro it.*, 1976, I, p. 2474, là où de l'identité postulée de l'objet du cautionnement et de l'obligation principale, on conclut : «vu le caractère indéterminé de l'objet du cautionnement il ne peut être déduit que seulement si celui de l'obligation principale est indéterminable». Cela ne vaut pas pour la dette future dont la déterminabilité sera fixée au moment de l'acte qui lui donnera naissance, alors que celle du cautionnement doit être avancée au moment du contrat de garantie et il faut, pour cela, que les parties de l'acte de cautionnement aient préalablement stipulé à quelle hypothèse d'acte futur et à quel contenu ils se réfèrent.

(11) A propos du lien entre acte de garantie et acte principal : G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Naples, 1983, p. 119, 121.

de la déterminabilité – c'est évident pour tout le monde – est fournie par le fait que la dette garantie peut être prévue ou au moins imaginée par le garant qui prend en charge le risque de l'inexécution. Le fidéjusseur doit, en effet, pouvoir évaluer le risque qu'il prend et prévoir ainsi les conséquences de l'engagement de mainlevée.

Nous arrivons ici au rapport entre déterminabilité et prévisibilité. Ce n'est pas un hasard si l'aléa normal du contrat et la responsabilité pour les préjudices causés par la non exécution du contrat dans les limites du prévisible, envisagé également au niveau quantitatif lorsque que l'on est en présence d'une faute et non d'un dol, sont des termes corrélatifs qui se complètent réciproquement. Ceci est aussi la base de l'auto responsabilité privée, dans laquelle se réalise l'action à ses risques et périls et, au sens large, de l'imputabilité.

La déterminabilité du risque se traduit dans le caractère prévisible des conséquences.

4. – Voyons maintenant si le cautionnement a un caractère potestatif ou pas.

Il est légitime de se demander si le cautionnement «pour des crédits décidées à la convenance des autres parties» <sup>(12)</sup> d'après la formule *si quoties et quantum Sempronio credere volueris fidejubeo* constitue ou pas un engagement potestatif. La décision, cohérente avec les décisions précédentes de cette même Cour, <sup>(13)</sup> l'exclut car le fait de faire crédit et de le recevoir ne correspondrait pas à ce type d'activité. Il est sous-entendu ici que l'engagement potestatif équivaut à s'en remettre au libre arbitre du créancier garanti, pas même dans un calcul d'intérêt <sup>(14)</sup>, c'est-à-dire en fonction de ses caprices.

---

(12) Ici, eu égard à la gratuité, le pouvoir discrétionnaire ne fait pas même contrepoids au coût, comme dans la soi disant distribution à volonté ; CORRADO, *La somministrazione*, Turin, 1959, p. 60, note 3.

(13) Voir par exemple, Cass. 23/81.

(14) L'erreur qui consiste à identifier «potestatif» à «simplement potestatif» c'est-à-dire à «nue volonté», «vouloir ou ne pas vouloir l'acte», «volonté non motivée», «en dehors de tout type d'intérêt et de convenance», en le changeant par l'article 1355 du Code Civil (entre autres Cass. , 3 octobre 1973, n° 2484, *Foro it.*, Rep. 1973, article *Contratto in genere*, p. 625 ; 2 septembre 1971, n° 2602, *id.*, Rep. 1971, rubrique cit., n° 219). On ne considère pas qu'une telle interprétation réductive ait un sens, dans l'article 1355, uniquement parce que le caractère potestatif est ici attribué au débiteur et non au créancier, comme c'est le cas en revanche du cautionnement, où par potestatif on doit comprendre, un acte remis à la volonté du créancier, sans autre limite que son seul intérêt.

Cette thèse n'est pas recevable parce qu'elle est excessivement réductive. A mon avis, on peut parler de caractère potestatif lorsqu'un sujet est mis dans la condition de devoir subir les effets de la volonté de l'autre partie dans son propre intérêt. Il est primordial que le titulaire du choix puisse l'effectuer en fonction de son simple et exclusif intérêt, en déterminant les conséquences qu'un tiers sera appelé à subir. Le choix selon le bon vouloir est un aspect du caractère incontestable de la condition potestative, et il en constitue l'hypothèse limite. Dans le cas de l'art. 1355 du Code Civil elle doit s'interpréter selon ce dernier sens parce que, la personne même qui a contracté l'obligation en étant investie, elle peut tout au plus prétendre à être libérée de l'engagement pris sans autres conséquences, d'où le fait que l'on en reconnaît généralement la validité, à moins que l'exercice selon le bon vouloir n'ait été prévu. Le cas est différent lorsque le choix est remis *ad libitum* du créancier, comme pour le cautionnement, parce qu'il pourrait étendre démesurément l'engagement d'autrui selon son propre intérêt. Ici l'invalidité est prononcée en raison des conséquences dérivant de l'arbitraire.

Il est certain que faire crédit n'est pas en soi une activité simplement potestative, pour les sujets qui contractent et qui sont libres de le faire ou pas, mais elle l'est envers le garant qui est à leur merci. Et il ne nous semble pas non plus que le débiteur garanti puisse se qualifier de tiers aux fins de l'*arbitrium* délégué, comme on peut le lire dans cette décision et dans d'autres, vu qu'il est le principal intéressé à étendre le domaine de la garantie, selon ses besoins et ses programmes d'investissements et de travail.

5. – Cet arrêt et d'autres semblent enfin exclure le caractère potestatif avec l'argument spécifique que l'activité bancaire est une activité de rigueur<sup>(15)</sup>. Celui-ci est trop spécifique pour être concluant dans un sens plus général. La thèse serait fondée si l'octroi du crédit pouvait être qualifié d'«activité de rigueur» sur la base de règles juridiques et pas seulement techniques, finalisées au simple intérêt de l'institut de crédit<sup>(16)</sup>. Notre ordre

---

(15) Parmi tant d'autres, Cass. 615/79 ; Cass. 23/81.

(16) Même l'article 218 de la loi sur la Faillite est interprété comme ayant pour but de défendre seulement les intérêts de qui concède la créance : P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, Padoue, 1955, p. 405 ; U. GIULIANI, *La bancarotta*, Milan, 1983, p. 416 et suivantes.



ne prévoit pas de règles donnant un caractère «rigoureux» à la décision de faire crédit et prévenant son octroi abusif : <sup>(17)</sup>: la surveillance de l'inspection publique est par trop générique pour avoir une importance, sans parler des perplexités à propos de l'assimilation du banquier public avec celui privé <sup>(18)</sup>.

Il est cependant dans la logique même de faire crédit sur la base d'un cautionnement en excluant qu'il puisse garantir au tiers la restriction des crédits futurs dans les limites de celles que vaut le débiteur et pas au-delà. Le cautionnement étend la capacité d'endettement du débiteur en fonction de la disponibilité du garant. Le banquier fait crédit en se réglant nécessairement aussi sur le patrimoine du garant pour évaluer le risque d'insolvabilité qui, avec les indices de rentabilité, donne la mesure de son intérêt. Comment peut-il garantir au fidéjusseur que l'augmentation future du crédit ne tiendra compte que de ce que vaut le débiteur et pas également de ce qu'il vaut grâce au cautionnement obtenu ? Et comment peut-on considérer que le cautionnement *omnibus* est finalisé à un octroi «rigoureux» du crédit qui, en raison des nombreuses dispenses des art. 1955, 1956, 1957 du Code Civil, semble plutôt orienté dans la direction opposée?

Tout cela nous semble trop contradictoire. Nous ne voulons certainement pas ici sous-estimer les règles de haute professionnalité et le *corpus* des

---

(17) Les règles génériques des articles 35, alinéa 2, lettres *c* et *d*, et de l'article 87 de la loi bancaire, n'ont pas une grande portée. Le débat est encore ouvert sur la responsabilité extracontractuelle de la banque pour attribution abusive de crédit envers les victimes, comme cela est admis en France et en Belgique. En l'état, *de iure condito*, l'interdiction d'attribution abusive de crédit est exclue comme source de responsabilité à l'encontre des tiers même s'il intervient, cependant, au niveau de l'auto-responsabilité de l'art. 1227 du Code Civil avec une référence à l'article 1176, alinéa 2 du Code Civil, et qu'il intervient aussi à l'égard des tiers qualifiés que sont les garants concernant la règle spéciale de l'article 1956 du Code Civil, qui a introduit une peine de Droit privé. Sur le plus vaste débat en cours à propos de la responsabilité extracontractuelle pour concessions abusives de crédit, voir *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Actes du Congrès de Sienne de juin 1980 ; R. CLARIZIA, in *Banca, borsa, ecc.*, 1976, I, p. 361 ; A. NIGRO, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 287 ; C.M. PRATIS, *id.*, 1982, I, p. 841.

Sur le caractère incriminable de l'abus de concession de crédit, voir art. 10 du projet de loi approuvé par le Sénat le 21 avril 1982. Cela indique, toutefois, l'intérêt grandissant du public.

(18) Cass., 10 octobre 1981, Carfi, *Foro it.*, 1981, II, p. 553, avec note de F. CAPRIGLIONE.

règles réglementaires sur lesquelles les inspecteurs internes des établissements de crédit veillent. Celles-ci sont malgré tout établies dans le but de protéger l'intérêt de qui fait crédit et pas de qui le garantit. Leur non respect est par ailleurs confirmé par les «débordements» dans lesquels la gestion réelle crédit se traduit chaque jour, constituant la cause principale de l'augmentation du contentieux bancaire.

On ne peut certainement pas considérer rigoureuse une activité qui est sanctionnée par les oppositions sur les paiements, effectués pour rentrer dans les limites qui ont été dépassées par ces «débordements»<sup>(19)</sup>.

Ceci démontre l'inadéquation du sujet.

6. – Voyons, maintenant, si les art. 1955, 1956, 1957 du Code Civil sont dérogeables ou pas.

On penche, en général, pour leur dérogeabilité, en prétendant que les parties ont la faculté de distribuer le risque autrement que d'une façon légale<sup>(20)</sup>, et, à propos de l'art. 1957 du Code Civil, qu'il s'agirait de déchéance en matière de droits disponibles, dont la réglementation est modifiable par les parties en fonction de l'art. 2968 du Code Civil<sup>(21)</sup>. Il est à noter toutefois que ces dérogations dénaturent la cause type du cautionnement, dans la mesure où on cherche à en donner une justification, en le présentant comme un contrat atypique<sup>(22)</sup> ou autonome de garantie<sup>(23)</sup>.

A mon avis, les règles des art. 1955, 1956, 1957 sont, en revanche indérogeables et d'ordre public et tout accord contraire est nul. Elles sont certainement faites pour protéger le garant contre le créancier garanti.

---

(19) Cass., 18 octobre 1982, n° 5413, *Foro it.*, 1983, I, p. 69 ; 29 octobre 1983, n° 6430, *id.*, Rep. 1983, rubrique *Fallimento*, n° 336.

(20) Ainsi : Cass. 1631/75 ; 7 août 1967, n° 2104, *Foro it.*, 1968, I, p. 493, et dans *Banca, borsa, ecc.*, 1967, II, p. 520, avec une note de FAVARA, entre autres.

(21) FRAGALI, rubrique *Fideiussione*, cit., p. 496 ; RAVAZZONI, rubrique *Fideiussione*, cit., p. 56 ; Cass., 18 octobre 1960, n° 2811, *Foro it.*, Rep. 1960, rubrique *Fideiussione*, n° 34 ; 11 janvier 1983, n° 183, *id.*, Rep. 1983, rubrique cit., n° 27 ; 9 août 1983, n° 5310, *ibid.*, n°32.

(22) Parmi tant d'autres, S. MACCARONE, *La fideiussione bancaria come contratto atipico*, in *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milan, 1976, p. 154. Ailleurs (*Contratto autonomo*, cit., p. 395), il considère le cautionnement *omnibus* comme une hypothèse atypique de contrat autonome de garantie.

(23) PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag»*, cit., p. 1052; MACCARONE, *op. ult. cit.*, p. 388.

Ces préceptes ne se limitent toutefois pas à protéger les intérêts particuliers du garant mis en danger par la conduite contraire des art. 1955, 1956, 1957, mais plutôt à les transcender et défendre l'intérêt public du respect des valeurs sociales de conduite (art. 1175, 1176, alinéa 2, 1227, alinéa 1 et 2 du Code Civil).

Les art. 1955, 1956, 1957 ne se limitent pas, en effet, à prescrire la non responsabilité du garant pour la partie pour laquelle la subrogation ne peut avoir lieu selon l'art. 1955<sup>(24)</sup>, ou pour la partie de risque couru en connaissance de cause par le créancier et qui dépasse les conditions du patrimoine du débiteur selon l'art. 1956<sup>(25)</sup>, ou pour la partie de la dette qui ne peut être récupérée à cause de la poursuite tardive et négligente du débiteur selon l'art. 1957<sup>(26)</sup>.

---

(24) Cela serait ainsi si cela n'eût pas un caractère de sanction.

(25) D'après l'art. 1227, alinéa 1 du Code Civil, en se référant à la transgression du devoir de prudence du *bonus argentarius* de l'art. 1176, alinéa 2 du Code Civil, il serait déjà impossible pour le créancier de se retourner contre le garant pour l'insolvabilité du nouveau crédit octroyé dans des conditions de risque aggravé. Une règle d'expérience du banquier est de «ne pas courir derrière l'argent perdu pour ne pas en perdre plus». Mais l'art. 1956 du Code Civil va plus loin : «le fidéjusseur est libéré entièrement de l'obligation future et pas seulement dans la mesure où un nouveau crédit a été octroyé imprudemment», comme le révèle la Cour d'Appel de Bologne, 13 septembre 1974, *Foro it.*, Rep. 1975, rubrique *Fideiussione*, n° 22. Cet aspect de la peine de Droit privé correspond au projet du législateur (rel. min. au Code Civil, n° 766) «en tant que responsabilité pour la transgression d'une obligation de conduite de ne pas octroyer de crédit» c'est-à-dire comme sanction pour la concession abusive d'un crédit envers les tiers qualifiés que sont les fidéjusseurs. L'art. 1956 du Code Civil est une règle nouvelle par rapport au Code de 1865 et déjà le président de la commission législative, sur l'article 731 du projet ministériel, relève que «cet article donnera lieu à beaucoup de discussions, mais il est juste d'un point de vue moral». On ne peut pas envisager de dispense préventive au devoir de ne pas concéder abusivement de crédit, ni au devoir de prudence, de diligence et d'auto-responsabilité de l'article 1227 du Code Civil. Il peut y avoir une renonciation ultérieure aux droits qui dérivent de la libération mais il ne peut pas y avoir de renonciation préventive à la libération elle-même.

(26) L'absence de poursuite contre le débiteur principal pourrait en soi légitimer la non compensation dans les limites du dommage évitable de l'article 1227, alinéa 2 du Code Civil. Cela est absorbé par la sanction plus grave de l'article 1957 du Code Civil, non susceptible de renonciation préventive, mais qui représente pourtant un cas de peine de Droit privé pour transgression du devoir de diligence pour l'action contre le débiteur principal dans les six mois avant l'échéance et pour la poursuite des différentes instances de juridiction afin que le fidéjusseur reste obligé, «seulement pour ce qui est strictement nécessaire» (U. SALVESTRONI, *op. cit.*, p. 104). La compatibilité retenue de l'art. 1957 avec le caractère solidaire de l'obligation de cautionnement (Cass., 2 mars 1976, n° 688, *Foro it.*, Rep.e 1976, rubrique *Fidéjussione*, n° 19), démontre l'inadéquation de la conception courante basée sur la déchéance.

Ils vont outre ces limites et sanctionnent l'extinction du cautionnement par la libération intégrale du garant de toute responsabilité pour chaque risque. La sanction est coordonnée à la transgression du devoir de correction et de bonne foi des l'art. 1175 du Code Civil, comme l'a précisé le rapport du garde des sceaux dans le Code Civil <sup>(27)</sup>. Il s'agit d'une peine privée *ex lege* qui s'ajoute à de nombreux cas <sup>(28)</sup> où le transgresseur subit un dommage supérieur à l'avantage issu de la violation et si, en revanche, il est indemne, il obtient un avantage qui dépasse le dommage envisagé. Il est évident que ces préceptes ont pour but de provoquer un certain type de conduite voulu par le modèle légal et où se réalise le devoir de bonne foi. Il est impossible d'émettre l'hypothèse d'une dispense préalable du devoir de correction, dans l'exercice du droit qui appartient certainement à l'ordre public et aux bonnes mœurs, comme il ne peut exister de dispense préalable aux devoirs de prudence et de diligence de l'art. 1176 et à celui de coopération de l'art. 1227, comme l'enseignait Emilio Betti. <sup>(29)</sup>

En ce qui concerne les règles particulières, l'art. 1955 est considéré droit non disponible <sup>(30)</sup>.

L'art. 1956 protège le garant en cas d'aggravation du risque, comme l'art. 1898, alinéa 2 du Code Civil, protège l'assureur et l'art. 1476 de ce même Code, le contractant : les normes peuvent être reconduites à la conservation du *rebus sic stantibus*. L'art. 1956 prescrit la libération du garant contre tout risque pour punir le créancier qui a octroyé un crédit à un débiteur, sans autorisation spéciale, en sachant que les conditions du débiteur avaient changé. L'art. 1956 sanctionne d'une peine privée *ope iuris* une conduite fautive ; et il s'agit de faute avec prévision de l'événement qui est le type le plus grave de violation selon les art. 1175 et 1176, alinéa 2.

En ce qui concerne l'art. 1957, il faut exclure qu'il se limite à prescrire une déchéance, dont la réglementation serait en outre modifiable par les parties. Dans ce cas, la norme aurait prévu la perpétuation de la garantie une fois la présentation des demandes du créancier

---

(27) Rapport ministériel sur le Code Civil, *sub.* n° 766.

(28) E. MOSCATI, *Pena di diritto privato*, rubrique de l'*Enciclopedia del diritto*, Milan, 1982, XXXII, p. 770, 773, 775, 778, 779, 783. Un cas d'espèce est indiqué à la p. 779, comme la déchéance du bénéfice du terme, du bénéfice d'inventaire, etc...

(29) E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milan, 1953, I, p. 105, 136, 151.

(30) U. SALVESTRONI, *La solidarietà fideiussoria*, cit., p. 52.

dans les six mois avant l'échéance de l'obligation. Ce n'est pas le cas car la règle ajoute la sanction comminatoire de la libération du garant si le créancier «ne les a pas poursuivies avec diligence». Cela atteste que nous ne sommes pas en présence d'une déchéance mais d'une sanction pour absence des valeurs sociales de conduite, également judiciaire.

7. – Voyons enfin si le cautionnement *omnibus* est légitime en tant que contrat autonome de garantie ou, tout au moins, en tant que contrat atypique et s'il agit d'actes admis dans notre ordre. Le contrat autonome de garantie est une forme résiduelle courante dans le domaine exclusif des contrats internationaux pour les grands travaux publics <sup>(31)</sup>. On ne voit pas comment il serait possible d'en généraliser le type. Même dans son domaine, cette garantie est limitée à un plafond ou à des revenus précis et, dans notre cas, on finit par construire dans l'abstrait un contrat différent de celui auquel on se réfère.

En tout état de case, nous ne comprenons pas pourquoi notre ordre devrait apprécier selon l'art. 1322, alinéa 2 du Code Civil, la fonction d'un type spécial de garantie comme étant socialement importante. Il ne semble vraiment pas possible d'en trouver la raison dans un intérêt public à promouvoir le crédit, qui sans ces limites de rigueur indérogables <sup>(32)</sup>, le transformerait en un crédit facile et par conséquent dissipateur de richesses.

Quelle que soit la façon dont on la qualifie, comme contrat autonome de garantie ou contrat atypique, cette garantie est aux antipodes des principes fondamentaux de notre ordre et de nos usages qui se concrétisent dans «agir à ses propres risques et périls» et non «au risque d'autrui» <sup>(33)</sup>. Cela est à la base de notre système sur la responsabilité et l'autoresponsabilité privée, qui se traduit dans le fait de répondre de ses propres actions et qui se base sur l'imputabilité. <sup>(34)</sup>

---

(31) À propos du contrat précité, parmi tant d'autres, PORTALE, *op. cit.*, p. 1045 et suivantes, et la bibliographie p. 1075. L'admissibilité de l'institution est controversée dans les différents systèmes : voir MACCARONE, *op. cit.*, p. 385-388, auquel nous vous renvoyons également pour d'autres aspects.

(32) RASCIO, *op. cit.*, p. 387, 457.

(33) E. BETTI, *Diritto romano*, Padoue, 1935, p. 258, 385, 411, 412 ; Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, Turin, 1943, p. 104.

(34) S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, article de l'*Enciclopedia del diritto*, Milan, 1959, IV, p. 453, 464, relève correctement comment l'art. 1227 du Code Civil, codifie la faute envers soi-même et l'art. 2043 du Code Civil, la faute envers les autres.

Les hypothèses de responsabilité pour fait d'autrui sont résiduelles et même là où elles sont prévues par les art. 2047, 2048, 2049, elles se réduisent toujours à une hypothèse d'omissions fautives personnelles par rapport aux devoirs de vigilance sur les autres et se concrétisent par des faits commissifs par omission. Si la garantie dont nous parlons était hypothétiquement valable en tant que contrat autonome ou atypique, elle inaugurerait un tournant subversif et codifierait ainsi un système différent basé sur l'action «au risque d'autrui» qui, en l'état, est incompatible avec notre système et nos usages.

Ces formes nouvelles de garantie ne sont pas acceptables lorsqu'elles mettent de côté ces limites qui s'opposent aux garanties ayant des conséquences ruineuses et dont la crainte remonte à l'époque de Salomon<sup>(35)</sup>. En cela nous ne sommes pas d'accord avec la décision.

8. – Tirons maintenant les conclusions de tout notre discours.

Qui s'oppose au cautionnement *omnibus*, prétend généralement qu'il s'agit d'un contrat radicalement nul, dans toutes ses parties et, qu'ainsi, le garant est totalement libéré.

L'adoption d'un contrat autonome de garantie ou atypique conduit certainement à une conclusion de ce genre. Telle n'est pourtant pas l'opinion de l'auteur de cette note, qui retient que l'on ne peut donner à l'acte une classification différente que celle de contrat fidéjusseur. Il faut faire une application correcte de l'art. 1419 du Code Civil dans lequel se concrétise l'expression *utile per inutile non vitiatur*, distinguant ainsi la partie valide de celle invalide du cautionnement *omnibus*. On ne peut pas présumer que les contractants auraient conclu le cautionnement uniquement si, dans ce contexte, ils s'étaient garantis également des dettes futures non envisageables ou remises à la volonté d'autrui. Et ainsi l'engagement de garantie pour les dettes présentes, déterminées ou déterminables, ou pour celles futures déterminables par rapport à une demande de crédit déjà présentée ou à des hypothèses concrètes, ou des opérations spécifiques, ou dans la limite d'un certain plafond et ainsi de suite, prévues dans le contrat de cautionnement, sera valable.

Et on ne tiendra pas compte des renonciations préventives des art. 1955, 1956

---

(35) CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Turin, 1902, p. 2.

et 1957 et, ainsi, on demandera l'autorisation spéciale d'octroyer un crédit selon l'art. 1956 et l'on poursuivra le débiteur dans les délais et avec diligence comme l'exige l'art. 1957.

9. – La conclusion à laquelle nous sommes parvenus *de iure condito*, pourrait apparaître à première vue en défaveur d'une catégorie méritoire comme celle bancaire.

Rien ne profite plus à ces dernières, cependant, que ce qui contribue à en valoriser l'essence ou, plus exactement, l'âme qui distingue le banquier de celui qui ne l'est pas, à savoir le calcul du risque et la passion pour le risque calculé.

***Cet écrit a été cité par :***

*Foro it.*, 1986, I, p. 835, note 1 note à Pretura Legnano 13 juin 1985 ; V. MARICONDA, *Sulla fideiussione omnibus e sul contratto autonomo di garanzia*, *Il Corriere Giuridico*, 1987, p. 1167 ; V. MARICONDA, *Fideiussione omnibus e principio di buona fede: la Cassazione a confronto*, *Foro it.*, 1989, I, p. 3104, 3105, note 7 ; M. CORONA, *Ancora sulla validità della c.d. clausola estensiva della fideiussione omnibus*, *Giust. civ.*, 1989, p. 2169, 2173, notes 3 et 17 ; M. JACUANIELLO-BRUGGI, *La fideiussione omnibus inossidabile Cassazione ed i nuovi modelli ABI*, *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1745 ; M. OLGIATI, *Si acuisce il contratto tra giudici di merito e Cassazione in tema di fideiussione omnibus*, *Giur. comm.le*, 1989, p. 578, note 20 ; A. DI MAJO, *La fideiussione omnibus ed il limite della buona fede*, *Foro it.*, 1989, p. 2753, 3754 ; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padoue, 1990, p. 150, notes 47, 48, 49 ; M. JACUANIELLO-BRUGGI, *Fideiussione omnibus: chi ha paura dell'art. 1956 c.c.*, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 474, 479, 482, notes 68 et 82 ; M. VALIGNIANI, *Fideiussione bancarie e buona fede*, *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 1138 ; M. ROMANO, *Validità della fideiussione omnibus in funzione della agevolazione del credito*, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 831, note ; GIANLUCA SICCHIERO, *L'engineering, la Joint venture, i contratti di informatica, i contratti atipici di garanzia*, Turin, 1991, p. 167, 168, 171, 172, 177, 184, 192 ; P. TARTAGLIA, *Limiti alla fideiussione omnibus e disciplina della trasparenza bancaria*, *Foro it.*, 1992, I, p. 1397, note 1 ; p. 1398, note 18 *Giust. civ.*, 1990, p. 404, note 1, note à Cass. civ., 20 juillet 1989, n° 2287.

**Autres écrits de l'auteur sur le même sujet :**

- «*Ancora a proposito della validità della fideiussione omnibus con riguardo ai nuovi moduli bancari*», dans *Foro It.* 1988, I, p. 1947 et dans *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 387.
- «*Sulla fideiussione bancaria ed i suoi limiti*», Publié dans *Foro It.* 1990, I, et dans *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 395.
- «*Sulla inadeguatezza del principio di buona fede a proteggere il fideiussore*», in *Giurisprudenza Italiana* 1990, I, 1, p. 622 et dans *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 409.
- «*Sulla inderogabilità dell'art. 1957 c.c.*», in *Giurisprudenza Italiana* 1990, I, 1, p. 460 et dans *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 415.
- «*Sulle nullità ope legis delle fideiussioni omnibus e sulle relative conseguenze*», dans *Foro It.* 1992, I, p. 791 et dans *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 421.
- «*Sul carattere interpretativo della norma che vieta la fideiussione omnibus e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti*», dans *Foro It.* 1993, I, 2171 et dans *L'Espressione Monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 429.