

UNIVERSITE D'ORAN  
FACULTE DE DROIT  
ECOLE DOCTORALE « DROIT COMPARE DES AFFAIRES »

**LES GARANTIES DES CREDITS BANCAIRES**  
*UNE ETUDE COMPAREE*

Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Magister en droit comparé des affaires

Présenté publiquement par :  
**Sofiane BENMESSAOUD**

Sous la direction de :  
**M. le Professeur Djilali TCHOUAR**

**Membres du Jury:**

Mme. Dalila ZENAKKI, Professeur à l'université d'Oran .....Président.  
M. Djilali TCHOUAR, Professeur à l'université de Tlemcen .....Rapporteur.  
M. Mohamed KAHLOULA, Professeur à l'université de Tlemcen ..... Examineur.  
M. Mostépha TRARI TANI, Professeur à l'université d'Oran ..... Examineur.

**Année universitaire 2012 - 2013**

**UNIVERSITE D'ORAN  
FACULTE DE DROIT  
ECOLE DOCTORALE « DROIT COMPARE DES AFFAIRES »**

**LES GARANTIES DES CREDITS BANCAIRES**  
*UNE ETUDE COMPAREE*

Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Magister en droit comparé des affaires

Présenté publiquement par :  
**Sofiane BENMESSAOUD**

Sous la direction de :  
**M. le Professeur Djilali TCHOUAR**

**Membres du Jury:**

Mme. Dalila ZENAKKI, Professeur à l'université d'Oran .....Président.  
M. Djilali TCHOUAR, Professeur à l'université de Tlemcen .....Rapporteur.  
M. Mohamed KAHLOULA, Professeur à l'université de Tlemcen ..... Examineur.  
M. Mostépha TRARI TANI, Professeur à l'université d'Oran ..... Examineur.

**Année universitaire 2012 – 2013**

## **REMERCIEMENTS**

*Nous tenons à remercier Monsieur le Professeur Djilali TCHOUAR pour ses orientations et ses conseils ainsi que pour son ouverture à la discussion et au débat.*

*A mes parents, à mes frères et ma sœur.*

« *Sans sûretés, pas de crédit, sans crédit pas d'économie moderne.* »<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Cours de droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, par L. AYNES, Cujas, 2000/2001, n°1.

## LES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

**Al.** : alinéa

**Als.** : alinéas

**Art.** : article

**Arts.**: articles

**Banque.** : La Revue Banque

**Bull. Joly.** : Le Bulletin Joly

**Bull.civ.**: Bulletin des arrêts de la Cour française de cassation (chambres civiles)

**C.A.** : Cour d'appel

**C.com.** : code de commerce

**Cass. civ.** : Chambre civile de la Cour de cassation française

**Cass. com.** : Chambre commerciale de la Cour de cassation française

**ch.** : Chambre

**civ.** : Chambre civile de la Cour de Cassation

**comm.** : commenté

**D.** : Recueil Dalloz

**Doctr.** : Doctrine

**Dr. Sociétés.** : La Revue Droit des Sociétés

**Dr.** : Droit

**éd.** : édition

**EDIK.** : Edition et diffusion Ibn Khaldoun

**ex.** : exemple

**Fasc.** : Fascicule

**Ibid.** : au même endroit

**J.C.P, E,** : Jurisclasseur périodique spéciale économie.

**J.C.P, G,** : Jurisclasseur périodique , Général.

**J.C.P.** : Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)

**J.O.R.A.** : Journal Officiel de la République Algérienne

**L.G.D.J.** : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

**Litec.** : Librairie Technique

**n.s / no.spéc.** : Numéro spécial

**Obs.** : Observations

**Op.cit.** : option citée

**p.** : page

**pp.** : pages

**préc.** : Précité

**PUF.** : Presses Universitaires de France

**Quotidien juridique** : Le Quotidien juridique (Lettre)

**R.J.D.A.** : Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires

**R.T.D. civ.** : Revue Trimestrielle de Droit Civil

**R.T.D.com.** : Revue Trimestrielle de Droit Commercial

**RD bancaire et bourse.** : La Revue de Droit bancaire et boursier

**RD bancaire et fin.** : La Revue de Droit bancaire et financier

**RD bancaire.** : La Revue de Droit Bancaire

**Rec.** : Recueil

**Rev. soc.** : Revue de droit Social.

**R.J.T.** : La Revue Juridique Thémis

**s.** : suivant.

**Somm.** : Sommaire

**t.** : tome

**Tr.** : tribunal

**V. ; v.** : voir

**Vol.** : Volume



# INTRODUCTION

L'activité bancaire constitue la pierre angulaire de l'économie d'une collectivité donnée consistant notamment, par l'octroi de crédit à destination d'agents économiques, tout corps confondus<sup>1</sup>. L'évolution du monde des affaires et le développement économique ne peuvent s'effectuer aisément que si des opérateurs économiques ont la possibilité et la facilité d'avoir accès aux crédits. Aujourd'hui plus qu'hier, les banques et les établissements financiers sont de plus en plus intégrés dans la vie des affaires à tous les stades de la constitution des entreprises et sociétés, jusqu'au financement de leurs activités quotidiennes, sans oublier les divers investissements. Ils apparaissent donc désormais comme les interlocuteurs incontestés du chef d'entreprise.

Lorsqu'une banque ou un établissement financier sont sollicités pour apporter leurs appuis à une entreprise en concourant à son financement sous une forme adaptée, ils endossent d'une certaine façon les risques conjoncturels, humains, industriels, commerciaux, financiers, et juridiques même de l'entreprise<sup>2</sup>. C'est dans la mesure du financement des opérations des entreprises, et des particuliers aussi, qu'ils sont amenés à prendre des garanties pour sûreté des crédits qu'ils octroient.

Pour cela l'article 121 de l'ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit<sup>3</sup> annonce que pour garantir le paiement en capital, intérêts et frais de toutes créances dues aux banques ou aux établissements financiers ou qui leur sont affectées en garantie et de tous les effets qui leur sont cédés ou remis en nantissement, de même que pour garantir l'exécution de tout engagement à leur égard par caution, aval, endossement ou garantie, les dites entreprises bénéficient d'un privilège sur tous biens, créances et avoirs en compte.

Les garanties permettant la couverture du crédit, les banques et les établissements financiers sont presque toujours assurées de recouvrer leurs crédits. Le bien concédé vaut

---

<sup>1</sup> Karim BENKRIMI, *Crédit Bancaire et Economie Financière*, éditions Dar El Othmania 2010, p. 5.

<sup>2</sup> Tahar Hadj SADOK, *Les risques de l'entreprise et de la banque*, éditions DAHLEB 2007, p. 2.

<sup>3</sup> Ordonnance relative à la monnaie et au crédit n° 03-11 du 26 août 2003, J.O.R.A. n° 52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par les ordonnances n° 09-01 et n° 10-04, du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, J.O.R.A. n° 44 du 26 juillet 2009, et l'ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, J.O.R.A. n° 49 du 29 août 2010.

presque toujours plus que le crédit. L'on ne saurait donc négliger les aléas qui peuvent survenir pour empêcher le remboursement normal du crédit. Qu'est-ce donc le crédit ? Quels aléas peuvent donc empêcher le remboursement du crédit ?

Selon l'article 68 al.1 de l'ordonnance 03-11 relative à la monnaie et au crédit, le crédit est tout acte à titre onéreux par lequel une personne 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'aval, cautionnement ou garantie. Le crédit peut être à titre gratuit<sup>4</sup> ou onéreux<sup>5</sup>. Celui consenti par une banque a une nature commerciale, alors que celui consenti à un non commerçant a une nature mixte. Les crédits bancaires sont nécessairement onéreux, compte tenu du statut de société commerciale des banques. Il serait donc difficile de concevoir un crédit ou prêt gratuit provenant d'une banque ou un établissement financier.

Le crédit peut revêtir diverses formes. Il peut être consenti selon la durée et ou par rapport à la fonction économique qu'il remplit. A ce titre, il peut être à court terme permettant le financement de la trésorerie courante de l'entreprise ; à long terme pour le financement des investissements fondamentaux et de l'actif de roulement, etc. Il peut être aussi à long terme pour les investissements durables et des immobilisations, le crédit-bail, etc. Aussi, d'autres financements spéciaux peuvent être effectués à travers les crédits accordés au financement des marchés, aux particuliers, à la consommation ou au commerce extérieur.

Dans la mesure de ces financements, des incertitudes peuvent apparaître, qui rendent difficile le remboursement<sup>6</sup> du crédit octroyé. C'est pourquoi la durée du crédit est déterminé en de telle sorte que le bien auquel le crédit a été affecté puisse permettre son remboursement. D'où l'idée selon laquelle un crédit sainement conçu doit se rembourser sur les ressources qu'il a permis d'obtenir<sup>7</sup>.

L'octroi du crédit assortit en général de nombreux paramètres : d'une part, la considération du crédit et sa finalité. Et, d'autre part, des possibilités prévisibles de

---

<sup>4</sup> On peut citer à titre d'exemple le prêt d'usage : article 538 de l'Ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil algérien, J.O.R.A. n° 78 du 30 septembre 1978.

<sup>5</sup> C'est le cas de prêt de consommation prévu à l'article 450 du Code Civil Algérien.

<sup>6</sup> Il peut y avoir dépréciation des prix sur le marché, absence de vente des produits commercialisés, qui entraînent de graves pertes pour l'entreprise.

<sup>7</sup> M. de JUGLART et B. IPPOLITO, Traité de droit commercial, Banque et Bourse, t. 7, 3<sup>ème</sup> éd., 1991, Montchrestien, n° 222, p. 268.

l'emprunteur, en considération de l'état de son matériel de travail, de son savoir-faire et de sa détermination à former un pronostic sur le remboursement ultérieur du crédit sollicité.

Dans la pratique bancaire, parler du risque n'implique pas uniquement celui de n'être pas remboursé. Allant plus loin, il intègre « l'évaluation de l'emprunteur de faire face au remboursement du crédit qu'il sollicite »<sup>8</sup>. Pour se protéger contre ce risque de non paiement, la banque ou l'établissement financier peuvent recourir à des sûretés dont ils souhaitent ne pas se servir, mais qui, s'il le fallait, leur permettrait, de façon plus certaine, de retrouver la disposition des fonds prêtés.

Au demeurant, il est tout à fait certain que les banques et les établissements financiers cherchent à s'entourer de garanties. Indépendamment du fait que ces banques et établissements financiers peuvent se tromper dans l'appréciation du risque que représente le client, il se peut que la solvabilité de celui-ci, effective à l'époque de l'octroi du crédit ait cessé d'exister au moment du remboursement.

Cela étant, il est une règle très importante que connaissent bien les banquiers. C'est celle selon laquelle il importe de ne jamais consentir un crédit en fonction uniquement des garanties. Lorsqu'un crédit semble aléatoire, ou lorsque le client n'inspire pas confiance, il importe de ne pas le consentir, alors même que les garanties les plus sûres seraient proposées. Il peut paraître aussi que, même correctement prises, leur mise en jeu heurte des obstacles infranchissables. Mais quelque soit le type de crédit que le banquier consent à ouvrir, il exige toujours du demandeur la constitution d'une garantie. Qu'est-ce donc une garantie ?

Le terme « garantie » est constamment utilisé par les textes autant législatifs que réglementaire. Pourtant aucun n'a songé à lui attribuer une définition précise, ni même le terme voisin « sûreté ». Le dictionnaire Larousse<sup>9</sup> le conçoit comme « ce qui assure l'exécution, le respect de quelque chose », avant de l'assimiler à un gage, une preuve ou une caution. Selon le lexique des termes juridiques<sup>10</sup>, la garantie est un ensemble de moyens juridiques permettant de garantir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur. En ce sens, elle est synonyme de sûreté. Quant à la sûreté, elle se rattache beaucoup plus à l'idée de sécurité. Elle est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens,

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Dictionnaire petit Larousse, 1980.

<sup>10</sup> Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, éditions Dalloz, 14<sup>ème</sup> édition, 2003.

ou d'un patrimoine, par l'adjonction au droit résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement<sup>11</sup>.

Par rapport à la sûreté, la garantie recouvre un domaine plus large. Elle implique le droit de gage général et soumet le bénéficiaire à la loi de concours. Pour éviter cette situation, les banques et les établissements financiers recourent généralement aux sûretés : garanties spécifiques qui leur confèrent une plus grande sécurité dans le recouvrement de leur créance. C'est de l'appréciation de cette sécurité des banques et établissements financiers que nous sommes amenés à l'étude de l'intitulé « Les garanties des crédits bancaires ».

A cet effet, quel peut être l'apport de la garantie dans l'encadrement des crédits bancaires ? Cette question en cache plusieurs autres notamment : celle relative à l'importance de la garantie dans une opération de crédit, la consistance des garanties dont dispose le demandeur de crédit, les modalités de constitution et l'efficacité de réalisation, et éventuellement le souci de positionnement des banques et établissements financiers dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur.

Comme déjà souligné, il est évident que la constitution d'une garantie permet d'éviter la carence de remboursement. La garantie ainsi constituée peut être réelle ou personnelle. Elle doit dans tous les cas s'adapter à la nature du crédit. Mais la pratique bancaire y enjoint une catégorie qu'on qualifie de spécifique, qui peut être en rapport ou non avec l'opération financée et tenant compte des risques qui peuvent survenir au remboursement. En effet, les risques de non remboursement sont variés et peuvent survenir suite à des difficultés de tout genre liées à l'exploitation de l'entreprise ou à la destination et pourquoi pas à l'utilisation des fonds prêtés. La mise en jeu de la garantie permettra de ce fait au banquier de rentrer en possession de ses fonds.

La mise en jeu de ces garanties obéit à l'usage des mécanismes énoncés par le droit civil, du droit commercial, et du droit spécial monétaire et financier. Celui-ci confère aux

---

<sup>11</sup> Pierre CROCQ, « Propriété et Garantie », Tome 1, n°282, LGDJ éditions. 2004, p. 248.

banques et établissements financiers des dispositions<sup>12</sup> moins contraignantes que celles pour les créanciers de droit commun.

Les garanties - sûretés - constituées confèrent aux banques et établissements financiers titulaire un droit de préférence et un droit de suite. Cette dernière mesure leur permet entre autre de récupérer le bien en quelques mains où il se trouve, de le faire vendre et de se payer par priorité par rapport aux autres créanciers du débiteur sur le prix de vente.

Quelle que soit la conception retenue, les garanties bancaires permettent à l'institution financière qui octroie le crédit de se prémunir contre le risque qu'elle ne veut ou ne peut pas prendre. En ce sens, un système de garantie facilite l'établissement des relations stables et à long terme entre les opérateurs économiques et les banques. De ce fait, les revenus des garanties doivent inclure les dépenses de gestion, de risque et de capitalisation pour assurer une viabilité dans le temps. Un système de garantie doit être attractif pour les clients comme pour les banques et dont les taux d'intérêt sont parfois dictés par la loi du marché.

La pratique bancaire en Algérie et ailleurs exige pour la sécurité des fonds prêtés de nombreuses garanties. Nous pouvons relever la distinction entre les garanties personnelles et celles réelles. Les premières reposent sur la solvabilité du crédit ou sur sa surface financière. Les garanties réelles sont celles qui sont nécessairement assorti de garantie. Le crédit bancaire, contrairement au prêt civil est nécessairement garanti.

Les banques et établissements financiers ont le choix sous réserve de tout ce que peut leur offrir leur client entre trois types de garanties : les garanties personnelles, réelles ou spécifiques. Seules les deux premières garanties feront l'objet de notre mémoire. Les garanties spécifiques comme les assurances crédits ou les fonds de garanties des crédits<sup>13</sup> ne feront pas l'objet de notre étude.

Bien que problème relevant du droit commercial, l'étude de la question des garanties relève du droit civil. Notre étude va s'appesantir sur les instruments du Code civil, Code de commerce, Code de procédure civil et administrative, de l'ordonnance relative à la monnaie et au crédit, et d'autres textes monétaires et financiers où de nombreux développements ont été consacrés. Ces multiples développements sont faits sur la base des actes relatifs au droit des

---

<sup>12</sup> Articles 122 et 123 de l'Ordonnance relative à la monnaie et au crédit n° 03-11 du 26 aout 2003, préc.

<sup>13</sup> Décret exécutif n° 02-373 du 11 novembre 2002 portant institution du fonds de garanties des crédits petites et moyennes entreprises, JORA n° 74 du 13 novembre 2002.

sûretés et aux procédures de recouvrement des créances et des voies d'exécution. Un regard sur la position des banques et des établissements financiers dans la distribution du prix retiendra également notre attention en prenant en compte le type de garantie consentie.

De nombreuses garanties sont, en Algérie comme en France, déjà d'usage dans les pratiques bancaires et commerciales. Une étude comparée selon le droit national Algérien et celui Français, en prenant en compte les sources internationales, vas nous permettre de cerner ces garanties relatives aux crédits bancaires et comprendre de leurs régime juridique et vas nous éclairer sur le traitement accordé aux banques et établissements financiers à travers l'application des règles et procédures juridiques sur les emprunteurs des crédits bancaire.

Il convient aussi de connaitre la constitution de ces garanties, leur étendue et les effets qu'elles génèrent. Aussi, il est important de voir les issues des garanties pour les différentes procédures de droit relatives aux entreprises et société en redressement, en liquidation ou en faillite, et finir avec la phase d'extinction. Notre étude comparée se veut dirigée en Titre 1<sup>er</sup> consacrée aux garanties bancaires personnelles ; et en Titre 2<sup>e</sup> réservé aux garanties réelles.

## **TITRE I :**

### **LES GARANTIES BANCAIRES PERSONELLES**

Les garanties personnelles sont des conventions qui confèrent à un créancier le droit de réclamer le paiement de sa créance à une ou plusieurs personnes autres que le débiteur principal<sup>14</sup>. Au rang des garanties personnelles les plus utilisées se trouve le cautionnement (chapitre I) sous les différentes formes qu'il peut revêtir. Le cautionnement reste la garantie personnelle par excellence. Ainsi, nous allons aborder longuement cette sûreté, son traitement et sa conception juridique.

Aussi, le commerce international et la pratique bancaire ont imaginé de nouvelles garanties, telles que la garantie à première demande, et la lettre d'intention, qui procuraient d'autres attraits nouveaux aux créanciers, en particulier sous l'effet des contraintes légales et jurisprudentielles entourant une garantie plus traditionnelle comme le cautionnement. Ces techniques alternatives de garanties dites de substitutions (chapitre II), à la différence du cautionnement, sont plus ou moins autonomes<sup>15</sup>. Le garant n'est plus tenu dans la même mesure que le débiteur principal. Il ne peut plus opposer toutes les exceptions appartenant à ce dernier.

Les garanties personnelles se sont développées en raison de leur souplesse, de leur facilité de mise en œuvre et de leur moindre coût de constitution. Elles sont constituées par des droits de créances sur des personnes et sur leurs biens propres. La valeur de ces garanties est liée à la solvabilité des personnes qui les donnent. Elles visent à étendre les actifs responsables du débiteur.

---

<sup>14</sup> Dominique LEGEAIS, Sûretés et Garanties du Crédit, Editions L.G.D.J, 5<sup>e</sup> éd.2006, p. 25.

<sup>15</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 26.

# **CHAPITRE I :**

## **LE CAUTIONNEMENT**

Le cautionnement donné en faveur d'une banque est fréquent ; il est fourni, par exemple, par une société pour une autre société du même groupe, par un père pour son fils, par une femme pour son mari ou *vice versa*, par les dirigeants ou certains associés pour les obligations contractées par une société. Le cautionnement commercial est, en principe, solidaire et peut être prouvé par tous moyens<sup>16</sup>. Un cautionnement, acte civil, peut devenir commercial si l'obligation garantie a un caractère commercial et si la caution a un intérêt personnel dans l'affaire à l'occasion de laquelle elle est intervenue<sup>17</sup>. Mais le caractère commercial du cautionnement ne confère pas, à lui seul, la qualité de commerçant à la caution<sup>18</sup>. Il est alors très important de voir la formation du cautionnement (Section I) comme une garantie personnelle largement répandue chez les banques et autres, avant de passer à son extinction (Section II).

---

<sup>16</sup> Cass. com., 2 février et 16 mars 1993, JCP, 1993, I, 3717, n° 2, obs. PHILIPPE SIMLER.

<sup>17</sup> Philippe DELEBECQUE, Michel GERMAIN, Traité de Droit Commercial, Tome 2, L.G.D.J - 17 éditions 2004, p. 412.

<sup>18</sup> Cass. com., 25 mars 1997, Bull. Civ. IV, n° 79.



## **SECTION I :**

### **LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT**

Le cautionnement est réglementé par les articles 644 à 673 du code civil algérien<sup>19</sup>, et confère au créancier le droit d'exiger de la caution le paiement de la dette et de saisir, le cas échéant, les biens de la caution. Celle-ci n'est cependant qu'un garant, débiteur subsidiaire, qui peut se retourner contre le débiteur qu'elle a garanti, dont elle assume pourtant le risque d'insolvabilité.

Une formulation doctrinale est nécessaire pour permettre de placer le cautionnement au sein des autres institutions ou techniques bancaires connues. La définition pourrait être : « *le cautionnement est une sûreté personnelle accessoire créée par un contrat unilatéral qui oblige la caution à exécuter la dette du débiteur principal et lui donne un recours en remboursement contre ce dernier* »<sup>20</sup>.

L'article 644 du Code Civil algérien définit le cautionnement comme « *un contrat par lequel une personne garantit l'exécution d'une obligation, en s'engageant, envers le créancier, à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ».

Cette formule englobe tout aussi bien les conditions de validité du cautionnement (§.1) que ceux de sa preuve (§.2).

#### **§.1 : LES CONDITIONS DE VALIDITE**

Elles affectent la validité du cautionnement ; leur défaut peut être sanctionné par la nullité du contrat. L'article 59 du code civil algérien énumère les conditions (I) qui sont l'essence de toute obligation et, par conséquent, de tout cautionnement. Aussi la qualité est exigée pour le cautionnement (II).

---

<sup>19</sup> Ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil, J.O.R.A. n° 78 du 30 septembre 1978, modifiée et complétée par la loi n° 07-05 du 13 mai 2007, J.O.R.A. n° 31 du 13 mai 2007.

<sup>20</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Droit des Sûretés, Edition du Juris-Classeur, LITEC 7<sup>e</sup> éd.2004. pp. 33 et 34.

## **I. LE CONSENTEMENT DES PARTIES :**

Le contrat de cautionnement se forme par l'échange des consentements entre la caution et le créancier<sup>21</sup>. De ces deux consentements, seul celui de la caution est véritablement important. La caution assume un risque considérable puisqu'à tout moment ; elle peut se voir demander le paiement par le créancier des sommes dues par le débiteur principal<sup>22</sup>. Le consentement du débiteur principal n'est pas requis, et un cautionnement peut être valablement conclu, à l'insu<sup>23</sup>, voir contre le gré du débiteur.

La rencontre des consentements peut être précédée d'une offre de cautionnement qui, acceptée par le créancier, va former le contrat. Cette acceptation doit intervenir dans un délai raisonnable. Un tribunal français<sup>24</sup> avait déclaré la caducité d'acceptation d'une offre intervenue trois ans après son émission<sup>25</sup>.

Le consentement des parties au contrat de cautionnement doit, conformément au droit commun, non seulement exister, mais encore être ferme et exprimé sans réserve<sup>26</sup>. Ainsi le consentement d'une personne incapable d'exprimer sa volonté de s'engager comme caution, ou atteinte d'une déficience mentale, ne peut être retenue. Le contrat de cautionnement ne peut lui aussi être validé en présence de réserves de la part de la caution<sup>27</sup>.

Le consentement doit être exprimé de façon expresse. Ce qui implique un engagement clair et positivement exprimé qui ne puisse être présumé à partir de faits, d'indices ou d'attitudes du candidat au cautionnement. Sur cette question, le législateur algérien était clair.

---

<sup>21</sup> « Le cautionnement du créancier est nécessaire. Il est le plus souvent présumé, puisque la garantie lui profite. Et même si le contrat n'est pas signé par le créancier, son consentement est souvent déduit de la demande d'exécution adressée à la caution ».

<sup>22</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 74.

<sup>23</sup> L'article 647 du code civil algérien dispose : « On peut se rendre caution à l'insu du débiteur et même nonobstant son opposition » ; l'article 672 du code civil algérien dispose que : « La caution qui a payé la dette a son recours contre le débiteur, que le cautionnement a été donné au su ou à l'insu de ce dernier... » ; Les articles 2291 et 2014 du Code Civil Français.

<sup>24</sup> Tr. Paris, 25 nov.2005, RJDA 3/06, n° 331.

<sup>25</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, Droit des Suretés, Edition DALLOZ 2007, p. 86.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Com. 13 mai 1980, Bull. civ. IV, n° 196.

En effet, les articles 645 et 217 du code civil algérien disposent que la solidarité ne se présume pas et que le cautionnement ne peut être constaté que par écrit, alors même que l'obligation principale peut être prouvée par témoins. Mais si le cautionnement n'est valable que s'il est écrit ; est ce à dire que l'écriture est exigée pour tous montants ou seulement pour des montants fixés par la loi ou la pratique ?

L'article 333 du code civil algérien qui concerne la preuve, dispose qu'en dehors des matières commerciales, la preuve d'un acte juridique, ou celle de l'extinction de l'obligation, ne peut être faite par témoins si sa valeur est supérieure à 100.000 DA ou est indéterminée. Peut-on dire que le contrat de cautionnement peut être conclu verbalement si le montant est inférieure à 100.000 DA ?

Faute de jurisprudence, une réponse dans ce sens ne sera que prématurée. Toutefois il est nécessaire de dire que selon l'article 645 du code civil algérien la question paraît tranchée, puisque l'écrit est exigé en matière de cautionnement sans distinction sur la qualification de l'acte qu'il soit civil ou commercial. Un consentement exprès est exigé à la garantie d'un débiteur précis. Ainsi le cautionnement signé par un mandataire social sans précision engage la société et non le signataire<sup>28</sup>.

De même, le cautionnement doit être éclairé et non vicié. La caution non professionnelle a parfois le sentiment, quand le créancier exige le paiement, d'avoir été trompée car elle pensait que la garantie n'était beaucoup plus morale que juridique. Elle peut être appelée à payer une somme qui peut dépasser le principal de la dette sur lequel elle avait pu évaluer son risque. L'argument d'un vice du consentement vient alors à l'esprit.

Ceci dit, Les vices du consentement constituent un moyen très souvent invoqué par les cautions pour tenter de se dégager de leur engagement. Ce moyen est, globalement, assez peu, et peut être trop peu retenu par la jurisprudence qui adopte une interprétation rigoureuse de l'erreur sur la substance, et du dol. La violence est, quant à elle rarissime.

## **A. LA VIOLENCE :**

L'article 88 du code civil algérien dispose que : « *le contrat est annulable pour cause de violence, si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait*

---

<sup>28</sup> « Pour être engagé, l'associé doit clairement indiquer qu'il s'engage personnellement et séparément de l'engagement de la société qu'il représente » - Cass. Com., 8 mars 1978 : Rev. Soc, p. 83.

*inspirée sans droit, l'autre partie.....* ». L'article 89 du Code civil algérien énonce que lorsque la violence est exercée par un tiers, la victime ne peut demander l'annulation du contrat que s'il est établi que l'autre partie en avait ou devait nécessairement en avoir connaissance.

Ainsi donc, La violence est envisageable mais rare car elle ne peut pas prendre la forme d'une contrainte économique. Le cautionnement ne peut être annulé pour vice de violence, en cas, par exemple, d'état de santé précaire de la caution, d'une situation de désarroi ou de dépendance, de la seule pression des circonstances économiques, ou encore d'une menace d'une rupture de crédit<sup>29</sup>.

## **B. L'ERREUR :**

L'erreur est une cause d'annulation fréquemment invoquée. Elle doit, aux termes de l'article 81 du code civil algérien, porter sur les qualités substantielles de l'engagement, c'est-à-dire sur l'objet de l'obligation. L'objet étant de payer à la place du débiteur si celui-ci ne le fait pas. L'erreur « sur la substance même de l'engagement – son étendue ou sa nature » a pu être commise par une caution illettrée et ignare qui aurait confondu l'engagement juridique avec une simple garantie morale<sup>30</sup>.

En droit français, on admit qu'une action en responsabilité pourrait être enclenchée à l'encontre du créancier plutôt qu'une demande d'annulation pour erreur. La caution personne physique se retrouve ainsi protégée, et plusieurs dispositions assurent cette protection<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 91.

<sup>30</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 1964: Bull. civ. I, n° 269 - « Le cautionnement à été annulé, car il avait été souscrit par des cultivateurs « positivement illettrés », qui avaient signé un engagement de « cosion » ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juillet 1979 : D. 1979, inf. rap, p. 336, « les juges ont annulé le cautionnement après avoir relevé une disproportion flagrante entre l'énormité du cautionnement et les pauvres ressources de la caution qui était une personne âgée ignorante ».

<sup>31</sup> « En droit Français, la caution personne physique, manifestement disproportionné à ses bien et revenus, qui a conclu un contrat de cautionnement concernant une opération de crédit relevant du code de la consommation est protégé. Cette protection énoncée par le code de consommation (loi du 31Décembre1989 modifié et complétée par la loi de du 1Aout 2003- article 341-4), ne concerne que les crédits à la consommation et le crédit immobilier des particuliers. Le texte ne s'appliquera pas à un cautionnement mutuel ou à un cautionnement bancaire. L'article 313-10 du code de consommation ne prévoit pas de nullité du contrat de cautionnement mais la déchéance du créancier de son droit de poursuite » - Le crédit & ses garanties, Edition du Juris-Classeur 2007, pp. 174-187.

Des circonstances exceptionnelles, comme l'atteinte de la caution de déficiences mentales, ou encore lorsqu'elle est étrangère et comprenant très mal la langue, justifieront une telle erreur<sup>32</sup>.

La caution se plaint souvent d'avoir mal évalué la solvabilité du débiteur ou, -« erreur sur la cause de l'engagement et sur le motif »- plus finement de n'avoir pas été en mesure de l'évaluer correctement. Cette erreur ne peut avoir une influence que si elle est commise au moment du contrat, puisque l'insolvabilité postérieure constitue l'objet même du contrat de cautionnement.

La jurisprudence de la Cour de cassation française avait estimé que l'erreur sur la solvabilité n'est retenue que si elle est la condition déterminante du consentement de la caution<sup>33</sup>. Pratiquement, cette condition ne se présente que très rarement lors de la conclusion d'un cautionnement.

En se référant plus sur le motif de l'engagement de la caution que sur sa cause, la même Cour avait rendu un arrêt<sup>34</sup> par lequel elle admis la nullité du contrat de cautionnement alors que la solvabilité du débiteur n'avait été qu'une condition tacite de l'engagement de la caution. Elle a annulé un cautionnement en approuvant une cour d'appel d'avoir retenu que la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principale la condition tacite de sa garantie. Or, au jour de l'engagement, le débiteur principal était une société dont la situation était déjà irrémédiablement compromise<sup>35</sup>.

Les juridictions rejettent quasi systématiquement les demandes en nullité des cautions qui prétendent avoir été trompées sur la solvabilité du débiteur principal. L'erreur dans

---

<sup>32</sup> « L'erreur sur l'étendue de l'engagement serait le fait de celui qui garantit le remboursement des dettes d'un notaire indélicat avant que la totalité du passif ne soit dévoilée. Ce sera plus souvent l'erreur de celui qui attache suffisamment d'importance aux suretés réelles que doit inscrire le créancier pour que son consentement soit vicié par leur défaut d'inscription ou le rang inférieur ; la même solution s'applique aux cofidésusseurs » - Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 72.

<sup>33</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 11 déc. 1990: Bull. civ. 1, n°138.

<sup>34</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> octobre. 2002 : RD banc et fin. 2003, n° 13, obs. Dominique LEGEAIS « Cette décision témoigne d'un infléchissement de la cour de cassation, tout du moins en présence de cautions profanes ».

<sup>35</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 79.

l'appréciation des risques encourus n'est donc pas retenue, à moins qu'elle ne soit manifeste et que le créancier soit en même temps de mauvaise foi<sup>36</sup>.

L'erreur sur la substance peut aussi consister en une erreur sur la personne du débiteur principal, voir sur sa qualité. L'exemple est celui d'un débiteur principal qui est interdit d'exercer une activité commerciale. La caution qui ignorait cette qualité peut demander l'annulation du contrat de cautionnement s'il elle démontre que le créancier savait que telle qualité du débiteur principal était déterminante de son engagement. L'erreur sur l'existence ou sur l'efficacité des autres garanties fournies par le débiteur ou créancier est aussi admise par la jurisprudence<sup>37</sup>.

Or même si on ne trouve pas des arrêts de chambres ou de jurisprudence émanant de la cour suprêmes algérienne, on peut dire que les articles 81, 82, 83, et 84 du Code civil illustrent parfaitement les différentes erreurs énoncées ci-dessus. Par contre une réflexion jurisprudentielle paraît toujours nécessaire pour la bonne application des textes.

### **C. LE DOL :**

L'article 86 du code civil prévoit la possibilité d'annulation d'un contrat pour cause de dol, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties ou par son représentant, ont été telles que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Le même article prévoit dans son alinéa 2 que « *le silence intentionnel de l'une des parties au sujet d'un fait ou d'une modalité, constitue un dol quand il est prouvé que le contrat n'aurait pas été conclu, si l'autre partie en avait eu connaissance* ».

L'article 87 du code civil dispose lui que : « *la partie qui est victime du dol d'un tiers ne peut demander l'annulation du contrat, que si il est établi que l'autre partie a connu ou du nécessairement connaître le dol* ».

Ainsi donc, le dol peut être défini comme une faute commise lors de la conclusion du contrat et qui va être à l'origine d'une erreur du cocontractant. Il peut résulter de manœuvres

---

<sup>36</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 78.

<sup>37</sup> Cass.civ., 1<sup>er</sup> juillet. 1997 : JCP, E, 1998, n° 5 p. 170, obs. Ph. Simler.

mais aussi de mensonges, voir d'un simple silence gardé sur une information qui aurait du, en toute loyauté, être communiquée<sup>38</sup>.

De ce fait, il constitue l'un des moyens de défense privilégiés des cautions. Les créanciers ont un devoir de se renseigner pour pouvoir les informer, voir les conseiller. La formule par laquelle la caution déclare avoir « une bonne connaissance de la situation financière de l'emprunteur » ne peut être une clause protectrice de l'établissement de crédit dès lors qu'elle l'a stipulé en connaissance des difficultés financières du débiteur principal. Les arrêts ne tiennent pas aussi compte de la clause préimprimée selon laquelle la caution ne fait pas de la situation du cautionné, la condition déterminante de son cautionnement<sup>39</sup>.

Le créancier, établissement de crédit, qui dissimule à la caution la situation réelle du débiteur, par exemple, sa décision de rejeter les chèques tirés par ce débiteur, le fait aussi que le crédit accordé sera immédiatement utilisé pour résorber l'important découvert en compte du débiteur, ou la proximité de la « faillite » de celui-ci, pourrait être tenue pour responsable et le cautionnement annulé<sup>40</sup>.

Il est utile de préciser à cet égard, si les décisions, du moins publiées, de la Cour suprême nationale font à nos jours défaut, celles de la Cour de cassation française sont abondantes en matières de cautionnement, et plusieurs de ces décisions ont annulé le cautionnement pour réticence dolosive reprochée au banquier. La banque doit délivrer spontanément l'information pour respecter la bonne foi contractuelle<sup>41</sup>. Il doit être établi que le créancier avait connaissance des informations dont la caution prétend qu'elles lui ont été dissimulées<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Le crédit & ses garanties, JURIS COMPACT, JURIS CLASSEUR, p. 188.

<sup>39</sup> Dominique LEGEAIS, *op.cit.*, p. 81.

<sup>40</sup> C.A. Pau, 16 nov. 1988 : Juris-Data n° 1988-246454 ; Cass. Com., 26 mai 1992 : JCP, E, 1992, Pan. 952 ; C.A. Paris, 17 mars 2000 : Juris-Data n° 2000-122132. Le crédit & ses garanties, *op.cit.*, p. 190.

<sup>41</sup> « La banque devra obtenir l'autorisation du débiteur principal pour délivrer cette information, souvent soumise au secret bancaire, et de se réserver la preuve de sa communication à la caution », Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *op.cit.*, p. 75.

<sup>42</sup> Cass. Com., 25 mars 2003 : Juris-Data n° 018686.

Par contre, si la caution dispose personnellement de cette information, notamment par ses fonctions de dirigeant de la société cautionnée, la banque est délivrée de toute obligation particulière<sup>43</sup>.

Toujours en France, la Cour de cassation impose aux juridictions de fond de bien vérifier si le défaut d'information imputé à la banque avait pour objet de tromper la caution et de la déterminer à souscrire le cautionnement<sup>44</sup>. Ces juridictions apprécient le comportement et les connaissances de la caution. Il est tenu compte de l'aptitude de la caution à déceler le risque pris en s'engageant.

La caution ne peut invoquer le dol que si elle pouvait légitimement ignorer l'information retenue par le créancier<sup>45</sup>. Les manœuvres ou la déloyauté du débiteur sont rarement une cause d'annulation du cautionnement. La caution ne peut invoquer la fraude commise par le débiteur à l'égard du créancier de bonne foi. Un courant de la doctrine regrette le non admission du dol émanant du débiteur<sup>46</sup>.

En France, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation montre que le dol est particulièrement retenu dans trois hypothèses<sup>47</sup> :

- Lorsqu'il est établi que la caution n'avait pas connaissance de la gravité de la situation dans laquelle se trouve le débiteur principal ;
- En cas de tromperie sur l'objet réel du financement ;
- Lorsque la caution croyait à tort garantir un nouveau crédit alors que le créancier acceptait le cautionnement en garantie de dettes existantes ou lorsque le crédit est rompu peu après l'obtention du cautionnement.

Par sa souplesse, en tenant compte des qualités et compétences des parties, de leur bonne ou mauvaise foi ; la théorie du dol demeure une des techniques les plus efficaces pour la protection de la caution.

---

<sup>43</sup> Cass. com., 26 mai 1956 : Bull. civ. III, n° 134 ; Banque 1956, 721, obs. X. MARIN.

<sup>44</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 83 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2003 : Juris-Data n° 020118.

<sup>45</sup> Cass. com., 05 déc. 2000 : RD bancaire et fin. 2001, comm . n° 14, obs. Dominique LEGEAIS.

<sup>46</sup> JCP, E, 2005, 179, n° 147, obs. Ph. SIMLER.

<sup>47</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 84.



## **D. L'OBLIGATION DU CREANCIER DE CONTRACTER DE BONNE FOI :**

L'article 107 du code civil algérien dispose que : « *le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, et de bonne foi* ». Ainsi, le contrat de cautionnement doit être exécuté de bonne foi.

Le créancier ne doit pas manquer à son devoir de loyauté. Le devoir de contracter de bonne foi peut être sanctionné d'une manière autonome en l'absence de toute référence au dol<sup>48</sup>. Une obligation de mise en garde à l'encontre du créancier s'est vue être imposée par des juridictions. Elle est consacrée dans deux hypothèses :

- Lorsque le créancier fait souscrire à une caution un engagement disproportionné par rapport à son patrimoine et ses revenus<sup>49</sup> ;
- Lorsque le créancier fait souscrire un cautionnement en garantie d'un crédit injustifié<sup>50</sup>.

La caution peut être déchargée totalement ou partiellement, et une action en responsabilité contre le créancier peut elle aussi être engagée.

## **II. QUALITES EXIGEES DE LA CAUTION :**

Une personne ne peut se porter caution que si elle remplit plusieurs conditions. Elle doit d'abord avoir la capacité (A) de s'engager, recevoir le pouvoir (B) de se porter caution pour autrui. Des exigences spécifiques au cautionnement, relatives au domicile (D) et à la solvabilité (C) de la caution sont ajoutées.

---

<sup>48</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 1995, JCP,G,1996, II, 22736, note F. X. Lucas ; RJDA 10/95, n° 1076.

<sup>49</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, « Le cautionnement excessif », Défrénois 1998, art. 36836, p. 849.

En droit Français : La loi Dutreuil du 1<sup>er</sup> août 2003 (n° 2003-772) pour l'initiative économique énonce que le non-respect du principe devient une cause de décharge de la caution.

<sup>50</sup> « Une décision de la Cour d'appel de Versailles, 17 septembre 1988, avait déclaré une banque fautive pour ne pas avoir mis en garde un dirigeant caution sur la disproportion de l'endettement déjà accumulé et du défaut de rentabilité évident des nouveaux prêts ».

## **A. CAPACITE ET PERSONNALITE JURIDIQUE :**

Le régime normal de capacité s'applique à l'acte de cautionnement. L'article 78 du code civil algérien affirme que : « *toute personne est capable de contracter à moins qu'elle ne soit déclarée totalement ou partiellement incapable en vertu de la loi* ».

Pour le contrat de cautionnement, la caution doit être pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils. Elle doit être, en application de l'article 40 du Code civil algérien, une personne majeure, âgée de 19 ans, jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite. Selon les dispositions de l'article 42 du code civil, une caution dépourvue de discernement (enfant qui à moins de 13 ans) à cause de son jeune âge ou par suite de sa faiblesse d'esprit ou de sa démence n'a pas la capacité d'exercer ses droits civils, et ne peut pas donc contracter un cautionnement.

Le législateur algérien déclare aussi que le majeur prodigue ou frappé d'imbécilité, ont une capacité limitée, de même que la personne qui est atteinte de démence<sup>51</sup> ou de l'interdit<sup>52</sup>. Le contrat de cautionnement conclu par ses personnes est frappé de nullité.

La nullité du cautionnement est absolue pour la personne n'ayant pas atteint l'âge de discernement<sup>53</sup>. Le cautionnement conclu par un mineur qui a atteint l'âge de discernement est déclaré valide si lui est profitable, et nul si lui est préjudiciable<sup>54</sup>.

La question est de savoir l'effet d'un cautionnement conclu par une tutelle, une tutelle testamentaire, ou une curatelle ?

L'article 44 du code civil soumis les personnes complètement ou partiellement incapables aux dispositions prévues par la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille dans les dispositions figurants au deuxième livre.

Ainsi le tuteur légal, le tuteur testamentaire, et le curateur, ne peuvent conclure un contrat de cautionnement, sous peine de nullité<sup>55</sup>, qu'après avoir sollicité l'autorisation du

---

<sup>51</sup> Article 85 de Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille, J.O.R.A. n° 24 du 12 Juin 1984, modifiée et complétée par l'ordonnance 05/02 du 27 février 2005, J.O.R.A. n° 15 du 27 février 2005.

<sup>52</sup> Article 107 du code algérien de la famille.

<sup>53</sup> Article 82 du code algérien de la famille.

<sup>54</sup> Article 83 du code algérien de la famille.

juge. Ce dernier doit tenir compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur. Ces dispositions sont-elles appliquées pour le mineur émancipé ?

Le mineur émancipé, âgé de 18 ans accompli, et ayant eu l'homologation du tribunal après avoir obtenu une autorisation en bonne et due forme, peut accomplir des actes de commerce après son inscription au registre de commerce<sup>56</sup>. Il peut donc conclure un cautionnement, sauf que le cautionnement revêt toujours, selon l'article 651 du code civil algérien, un caractère civil, même s'il s'agit de cautionner une dette commerciale.

Le mineur émancipé, ne peut pas donc, et sous peine toujours de nullité, conclure un contrat de cautionnement. Cela n'est possible que par son tuteur et après autorisation du juge et seulement si l'acte est conforme à son intérêt<sup>57</sup>. Par contre, le mineur émancipé peut engager et hypothéquer son immeuble<sup>58</sup>. Il peut donc conclure un cautionnement réel, ce cautionnement n'est validé qu'avec l'accord du représentant légal et une autorisation judiciaire.

En France, la Cour de cassation a déclaré valable un cautionnement hypothécaire souscrit au nom d'un mineur par son administrateur légal, avec l'autorisation du juge des tutelles<sup>59</sup>. Un majeur sous tutelle, même avec l'accord de son représentant, ne devrait pouvoir se porter caution. Quant au cautionnement donné par un majeur sous curatelle, il peut être annulé à la condition de démontrer l'existence de troubles mentaux à l'époque de l'engagement<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> « Le droit de faire annuler le contrat de cautionnement se prescrit par 15 ans. », article 102 du code civil algérien.

<sup>56</sup> Ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant code de commerce, J.O.R.A. n° 110 du 19 septembre 1975, Article 5 du code de commerce algérien,

<sup>57</sup> « L'intérêt ne fait pas de doute lorsque le cautionnement permet l'obtention d'un crédit utilisé pour un bien appartenant au mineur. Il est moins évident lorsque le cautionnement permet l'obtention d'un prêt qui profite au représentant légal ».

<sup>58</sup> Article 6 du code de commerce algérien.

<sup>59</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 déc. 1997, D. 1998, jurispr., p. 469, note HAUSER et Delmas SAINT-HILAIRE ; JCP, G, 1998, I, 149, n° 1, obs. SIMLER ; Le crédit & ses garanties, op.cit., p. 191.

<sup>60</sup> Paris, 10 mars 2000, Juris-Data n° 2000-135517.

La doctrine considère comme excessif le principe de l'accord et de l'autorisation « *principe de prohibition* »<sup>61</sup> pour le mineur émancipé « *le mineur commerçant* », puisque ce dernier est en mesure de conclure des actes de commerces assez importants par rapport au contrat de cautionnement<sup>62</sup>.

En droit commercial français, le mineur émancipé a la même condition qu'un majeur, sauf qu'il ne peut, selon l'article L. 121-2 du code de commerce, ni faire de commerce à cause des risques qu'il prendrait, ni émettre une lettre de change par application des dispositions de l'article L. 511-5 du code de commerce<sup>63</sup>.

Un cautionnement conclu par un majeur peut être lui aussi annulable, si son acte vient au cours d'une maladie ayant entraîné sa mort, ou si la personne est atteinte de maladie grave ou se trouvant en situation dangereuse. Dans ces deux cas, les héritiers de la caution peuvent demander son annulation.

Après avoir payé le montant au créancier, la caution peut ne pas poursuivre le débiteur principal. Il peut s'agir d'une donation<sup>64</sup> faite au débiteur principal. L'article 204 du code de la famille considère cette donation pour legs.

Le groupement et les sociétés commerciales qui ne sont pas dotées de la personnalité morale ne peuvent naturellement pas donner un consentement valable<sup>65</sup>. Le cautionnement passé par une société commerciale avant sans inscription au registre du commerce engage seulement les personnes qui ont pris cet engagement au nom et pour le compte de la société. Ses personnes seront tenues solidairement et indéfiniment sur leur patrimoine personnel<sup>66</sup> à

---

<sup>61</sup> Le crédit & ses garanties, op.cit., p. 192.

<sup>62</sup> « Le commerçant mineur émancipé peut par exemple donner un aval, qui est un mode de cautionnement, pour le paiement d'un chèque » - Article 497 et suivant du code de commerce algérien.

<sup>63</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, les personnes – la protection des mineurs et des majeurs, DEFRENOIS, Lextenso éditions, 4<sup>e</sup> édition 2009, p. 278.

<sup>64</sup> Article 205 du code algérien de la famille.

<sup>65</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 77.

« Le groupement jouit de la personnalité morale et de la capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce » - Article 799 bis du code de commerce algérien.

<sup>66</sup> Mohamed SALAH, Les sociétés commerciales Tome 1, *les règles communes-la société en nom collectif-la société en commandite simple*, Edition EDIK 2005. p. 217.

moins que la société, en application de l'article 549 du Code de commerce algérien<sup>67</sup>, et après avoir été régulièrement constituée, ne reprenne à sa charge les engagements pris<sup>68</sup>. Le cautionnement conclu sera alors réputé avoir été souscrit dès l'origine par la société.

## **B. LES POUVOIRS DE LA CAUTION**

Une personne peut se trouver engagée comme caution sans avoir elle-même signé l'acte de cautionnement. Il s'agit du mandat donné par la caution. La caution peut aussi être une société engagée par les actes de son dirigeant.

Ceci dit, la caution peut se faire représenter par un mandataire ayant un mandat spécial<sup>69</sup>. Ce dernier est tenu d'exécuter le mandat sans excéder les limites fixées<sup>70</sup>. Il doit respecter l'ensemble des conditions qui ont pu être introduites par la caution. Le mandant peut demander l'annulation du contrat de cautionnement conclu par le mandataire s'il prouve qu'il n'est pas conforme aux exigences formulées dans le mandat.

Toute personne morale, par le biais de son représentant, peut se porter caution. Parce que les conséquences peuvent être préjudiciables, le droit des sociétés a pensé des règles spécifiques concernant tout cautionnement engageant la personne morale. Le cautionnement doit être conforme à l'objet et à l'intérêt social de la société sous peine de poursuite à l'encontre des dirigeants ou leurs proches pour garantir leurs propres engagements. D'autres règles sont énoncées lorsque le cautionnement est fourni par les SARL et les SPA.

Le cautionnement fourni par une société civile doit être conforme à l'intérêt social de la société. Il le sera presque toujours lorsque le cautionnement consenti est conforme à l'objet social de la société ou lorsqu'il s'y rattache directement. Il suffit pour cela qu'une

---

<sup>67</sup> Ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant code de commerce, J.O.R.A. n° 110 du 19 septembre 1975, modifiée et complétée par la loi n° 05-02 du 06 février 2005.

<sup>68</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, les sociétés commerciales, tome 1- volume 2, L.G.D.J.- DELTA, 18<sup>e</sup> édition 2002. N° 1137. P. 104 ; Mohamed SALAH, op.cit., pp. 217 et 218 « C'est seulement l'immatriculation de la société commerciale au registre de commerce, après sa constitution régulière, qui l'autorise à bénéficier de la personnalité morale et donc à pouvoir reprendre les engagements pris en son nom et pour son compte pendant la période constitutive. ».

<sup>69</sup> Article 574 du code civil algérien.

<sup>70</sup> Article 575 du code civil algérien.

communauté d'intérêts unisse la société civile caution et le débiteur principal<sup>71</sup>. Il sera aussi conforme à l'intérêt social lorsqu'il aura été approuvé par l'unanimité des associés<sup>72</sup> même si il n'était pas directement conforme à l'objet social<sup>73</sup>. Pour être valable, la jurisprudence de la cour de cassation française estime qu'un cautionnement consenti par une société de personnes en dehors de son objet avec l'accord unanime des associés doit être conforme à l'intérêt social<sup>74</sup>.

Pour la société en nom collectif, l'article 555 du code de commerce algérien énonce que : « *dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social.....* ».

L'article 554 du Code de commerce algérien dispose que : « *dans les rapports entre associés et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société.....* ».

En principe une SNC ne peut donc fournir un cautionnement que s'il rentre dans son objet social. Ainsi, en France ; la Cour de cassation a annulé un cautionnement souscrit par une SNC qui n'entrait pas dans son objet social alors même que l'acte avait été approuvé par une décision unanime des associés. La Cour voulait réaffirmer la prééminence des principes fondamentaux du droit des sociétés<sup>75</sup>.

La même Cour, et par revirement, a tenu pour valable un cautionnement étranger à l'objet de la société caution lorsqu'existe une communauté d'intérêts entre la société qui accorde la garantie et le débiteur qui en bénéficie<sup>76</sup>. Ce principe adopté est comparable à celui mise en œuvre pour les sociétés civiles. Par un arrêt de principe, elle a énoncé qu'« *une société est engagée par le cautionnement qu'elle a donné avec l'accord unanime de tous les*

---

<sup>71</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 99.

<sup>72</sup> Rev. Sociétés 2000, p. 535, note Yves GUYON.

<sup>73</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 octobre. 1992 : Bull. Joly 1992, 1311, obs. D. LEPELTIER.

<sup>74</sup> La Revue du Bulletin Rapide de droit des affaires n° 24, « *cautionnement donné par une société civile, SNC, SCS* », MSC n° 13311, Editions FRANCIS LEFEBVRE 2011; Cass. com. 8 novembre 2011 n° 10-24.438 (n° 1118 F-D), CRCAM du Languedoc c/ Sté Aubrac.

<sup>75</sup> Cass. com., 26 janv. 1993 : Bull. Joly 1993, 482, note P Le CANNU ; Cass. com., 14 juin 2000 : Bull. Joly 2000, p. 1054, obs. A. COURET.

<sup>76</sup> Cass. com., 06 juin 2001 : Dr. Sociétés 2001, comm, 150, obs. F. – X. LUCAS.

*associés des lors qu'il n'est pas allégué que la garantie est contraire à l'intérêt social »<sup>77</sup>. Le cautionnement doit être conforme à l'intérêt social de la société, alors même qu'il a été consenti à l'unanimité des associés<sup>78</sup>.*

Outre l'exigence classique que le cautionnement souscrit soit conforme à l'objet social de la personne morale, le droit des sociétés organise un régime très précis des pouvoirs dont doivent disposer les représentants sociaux pour engager une société à titre de caution. Ce régime varie selon, d'une part, la forme de la société et, d'autre part, les personnes envers lesquelles la société s'engage.

Pour la SARL ou la SPA, l'engagement de la société pour cautionner et garantir la dette d'un tiers peut s'avérer dangereux pour celle-ci, et les organes dirigeants et associés d'une société peuvent tenter de cautionner leurs propres engagements. Cela n'est pas sans risque pour le patrimoine social. L'article 577 du code de commerce, concernant la SARL, énonce que : *« dans les rapports entre associés, les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts, et dans le silence de ceux-ci, par l'article 554. Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ..... »*

L'article 715 ter 4 du code de commerce algérien, concernant la Société en commandité par actions - SCA, énonce quant à lui les mêmes principes que pour la SARL. Ainsi le gérant d'une SCA se trouve aussi, engagée même pour les actes qui ne relèvent pas de l'objet social. Selon les dispositions de cet article, et pour l'intérêt des tiers, les limitations de pouvoirs des gérants par l'exigence de respect de l'objet social ne jouent pas.

Pour la SPA (avec directoire), en Algérie<sup>79</sup> comme en France<sup>80</sup>, et pour éviter que des gérants ne fassent garantir par la société leurs engagements personnels ou ceux de leurs

---

<sup>77</sup> Cass. civ. II, 25 sept. 2002: Bull. Joly janv. 2003, p. 27, obs. A. COURET. « La dette garantie était une dette personnelle des associés ».

<sup>78</sup> Le cautionnement approuvé par une majorité d'associés qui ont le plus de chances d'être contraires à l'intérêt social. La Cour de cassation impose aux juridictions du fond de rechercher s'il y a bien identité d'intérêt entre la société caution et le débiteur garanti.

proches, le code de commerce énonce plusieurs interdictions. Ainsi les gérants, associés de la société, conjoints, ascendant, descendant de ces personnes, les représentants légaux de personnes morales, et toute personne interposée, ne peuvent faire cautionner par la société leurs engagements envers les tiers, et cela sous peine de nullité absolue qui peut être invoquée par tout intéressé et notamment par un associé. Aussi, en droit national algérien comme le droit français, lorsqu'il s'agit de société qui exploite un établissement bancaire ou financier, le conseil d'administration n'est pas autorisé à cautionner ou garantir des engagements pris par des tiers<sup>81</sup>.

Pour la société par action (SPA) mode classique, le président du conseil d'administration, et le directeur général peuvent être autorisés par le conseil d'administration, dans la limite d'un montant qu'il fixe, à donner des cautions, aval ou garanties au nom de la société<sup>82</sup>. Cette autorisation peut également fixer par engagement un montant au-delà duquel la caution, l'aval ou la garantie de la société ne peut être donné.

L'autorisation du conseil d'administration<sup>83</sup> est toujours requise lorsque le cautionnement dépasse le montant fixé. Et quelle que soit la durée de l'engagement, elle ne peut être supérieure à un an, exception faite pour le cautionnement fiscale ou douanier qui peut être donné sans limite.

Si la garantie « la caution » à été donné pour un montant qui est supérieur à la limite fixée pour la période en cours (autorisation spécifique), le dépassement ne peut être

---

<sup>79</sup> Articles 670 et 671 du code de commerce algérien.

<sup>80</sup> En France l'article L. 223-21 du Code de commerce dispose: « à peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique aux représentants légaux des personnes morales associées. L'interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa précédent ainsi qu'à toute personne interposée. Toutefois, si la société exploite un établissement financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de commerce conclues à des conditions normales. ».

<sup>81</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *op.cit.*, p. 437.

<sup>82</sup> Article 624 du code de commerce algérien.

<sup>83</sup> « L'ensemble de ces autorisations et des pouvoirs accordés par le conseil d'administration doit faire l'objet d'une annonce légale à insérer au bulletin officiel des annonces légales au titre des avis financiers» -Article 624/al 8 du Code de commerce algérien.



opposable<sup>84</sup> aux tiers<sup>85</sup> qui n'ont pas eu connaissance. Par contre, si le montant de la caution dépasse l'une des limites fixées par le conseil d'administration (autorisation globale), elle en devient opposable aux tiers. Le créancier doit alors prendre garde à ce que le montant de la garantie proposée ne dépasse pas ce montant.

Lorsque le créancier se prévaut d'un cautionnement, il incombe à la société de démontrer qu'il ne lui est pas opposable, faute d'autorisation, ou d'irrégularité de celle-ci<sup>86</sup>. Il ne suffit alors pas à la société de rapporter la preuve de l'absence de transcription du procès-verbal d'autorisation sur le registre des délibérations du conseil d'administration<sup>87</sup>. Le refus par la société de produire le procès-verbal de délibération autorisant le cautionnement peut constituer la preuve de l'absence de cette dernière<sup>88</sup>.

Dans ce contexte, la doctrine trouve que la procédure d'autorisation imposée par le code de commerce pour le cautionnement, l'aval, ou la garantie est excessive parce que le président du conseil d'administration peut même engager la SPA par des actes qui ne demande aucune procédure d'autorisation, comme c'est le cas pour les suretés réelles<sup>89</sup>. Elle trouve le formalisme exigé extrêmement contraignant et injuste pour les tiers. Les représentants de sociétés peuvent être obligés d'agir vite en cas de négociation contractuelle.

Dans la SPA avec directoire, et à peine de nullité absolue du contrat, il est interdit aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance, autres que les personnes morales, de contracter, sous quelle forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements personnels envers les tiers. La même

---

<sup>84</sup> Après hésitation entre la thèse de nullité « nullité relative car l'ordre public n'est pas en jeu », et la thèse de l'inopposabilité, la Cour de cassation (France) a consacré la deuxième - Cass. com., 8 déc. 1998, RTD com. 1999, p. 445.

<sup>85</sup> La sanction de l'inopposabilité s'applique à moins que la banque créancière ne soit de mauvaise foi. Un cautionnement irrégulier est insusceptible de confirmation ; ni l'assemblée générale, ni même le conseil d'administration ne peuvent le confirmer ou le ratifier. Seul le dirigeant peut être tenu responsable délictuellement. Mais pour la Cour de cassation française, seule une faute détachable est de nature à engager la responsabilité personnelle du dirigeant.

<sup>86</sup> Paris, 21 juin 2000 : JCP, E, 2001, 1039, obs. Ph. Simler.

<sup>87</sup> « Inopposabilité à une SA d'un cautionnement non autorisé par le conseil d'administration », La Revue du Bulletin Rapide de droit des affaires n° 24, Editions FRANCIS LEFEBVRE 2009, MSC n° 8250 ; Cass. com. 1<sup>er</sup> décembre 2009 n° 08-18.896 (n° 1135 F-D), Sté Agy Lin c/ Sté Bati Lease.

<sup>88</sup> Cass. com., 5 mars 1996 : Quotidien juridique. 20 juin 1996, p. 5.

<sup>89</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 106.

interdiction s'applique aux représentants permanents des personnes morales, membres du conseil de surveillance<sup>90</sup>.

Ceci dit, pour qu'une société puisse passer un cautionnement pour le compte d'un membre du directoire ou de l'assemblée générale, le conseil de surveillance doit être tenu informer pour autoriser le contrat<sup>91</sup>. Son autorisation<sup>92</sup> n'est rendue valable qu'après approbation de l'assemblée générale sur un rapport spécial présenté par le commissaire aux comptes suite à un avis donné par le président du conseil de surveillance.

Le membre intéressé du conseil de surveillance ne peut pas prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée. Aussi, il ne peut pas prendre part au vote d'approbation, et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

A cet égard, il y a lieu de préciser que saufs annulation pour cas de fraude, le contrat de cautionnement approuvé par l'assemblée générale comme celui qu'elle désapprouve produit ses effets à l'égard des tiers. En l'absence de fraude, seul le membre du conseil de surveillance, le membre du directoire, ou les autres membres du directoire peuvent être tenus responsables pour ce qui est des conventions désapprouvées préjudiciables à la société. Le membre de l'assemblée générale sera dans ce cas, protégé par le vote de l'organe d'approbation.

La SPA (avec directoire) peut, avec l'autorisation du conseil de surveillance, et sous peine de nullité absolue, contracter un cautionnement au profit d'une entreprise lorsqu'un des membres du directoire ou du conseil de surveillance de la société est propriétaire, associé, garant, administrateur ou directeur général de l'entreprise<sup>93</sup>.

En application des dispositions des articles 715 ter/3 du Code de commerce algérien, la Société en Commandite par Action – SCA - ne peut cautionner un membre de l'assemblée générale sans avoir informé le conseil de surveillance, composé d'associés commanditaires, pour autorisation suivie d'approbation par l'assemblée générale. Et comme la SPA (avec

---

<sup>90</sup> Article 671 du code de commerce algérien.

<sup>91</sup> Article 672 du code de commerce algérien.

<sup>92</sup> Article 654 du code de commerce algérien. « L'autorisation vient selon les conditions prévues par les statuts ».

<sup>93</sup> Article 670/al 3 du code de commerce algérien.

directoire), elle peut aussi contracter un cautionnement au profit d'une entreprise lorsqu'un des membres du conseil de surveillance de la société est propriétaire, associé, garant, administrateur ou directeur général de l'entreprise.

### **C. LA SOLVABILITE DE LA CAUTION :**

L'article 646 du code civil algérien oblige le débiteur à fournir une caution qui a un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation. Les biens ne doivent pas être trop éloignés et être à l'abri de toutes contestations<sup>94</sup>.

Ceci dit, une banque créancière peut demander au débiteur principal de fournir une autre caution qui est solvable à la place d'une autre insolvable. Cette dernière ne peut se prévaloir elle-même du non respect de cette exigence pour obtenir l'annulation de son engagement.

La doctrine estime et considère dépassé cette conception de solvabilité de la caution, car une personne ne peut être engagée au-delà de ses possibilités. L'exigence de solvabilité serait ainsi comprise dans l'intérêt de la caution, et le cautionnement ne doit pas avoir des conséquences excessives pour elle<sup>95</sup>.

En droit français, et sous peine de déchéance du terme de la dette du débiteur principal, l'article 2020 du Code civil prévoit qu'en présence d'une « caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice », l'état d'insolvabilité de celle-ci, survenu postérieurement à l'engagement, impose qu'il en soit donné une autre (caution solvable) au créancier, à moins que ce dernier ait exigé, en vertu d'une convention, une telle personne pour caution.

Par contre, le droit algérien ne connaît pas de telles dispositions, mais il est possible pour le créancier, sur la base de l'article 646 du Code civil algérien, d'exiger une autre caution solvable s'il démontre que la première caution était insolvable, chose qui est très

---

<sup>94</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 10 ، التأمينات الشخصية و العينية، منشورات الحلبي الحقوقية 2000 ، ص. 31.

<sup>95</sup> Dominique LEGAIS, op.cit., p. 109.

difficile, sauf s'il s'avère par la suite que la première caution<sup>96</sup> est en point de cessation de paiement, de faillite ou de liquidation. Le débiteur principal peut être déchu du terme de la dette.

La caution qui est débitrice en vers d'autres personnes, ne pourra demander selon l'article 281 du code civil algérien, compte tenu de sa situation économique, un délai de grâce devant le tribunal. Le créancier ne peut alors demander ou exiger une autre caution. La prématuration peut être soulevée par le débiteur principal. En l'absence d'un arrêt de principe, la solution serait de tout prévoir dans la convention portant contrat de cautionnement. Le contrat fait la loi des parties<sup>97</sup>.

En droit français, une multitude de dispositions légales<sup>98</sup> et de jurisprudences consacrent le principe de proportionnalité pour la protection de la caution personne physique même dirigeante ayant souscrit un cautionnement auprès d'un créancier professionnel<sup>99</sup>, quel que soit l'objet de la dette cautionnée. Les arrêts *Macron*<sup>100</sup> et *Nahoum*<sup>101</sup> ont consacré, les premiers, le principe de proportionnalité dans le droit « commun » du cautionnement, et cela

---

<sup>96</sup> « La caution commerçante ou la caution société ou entreprise ».

<sup>97</sup> Article 106 du code civil algérien.

<sup>98</sup> L'article L.341-4 du code de la consommation- loi Dutreil pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> aout 2003 dispose que : « un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment ou celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. ». L'article L. 650-1 du code de commerce proclame que : « les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas ou la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles.».

<sup>99</sup> Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Droit des Contrats*, Revue l'ESSENTIEL n° 08, Editions Lextenso Septembre 2009, p. 2 ; Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 juillet. 2009, pourvoi n° 08-15010. « Au sens des articles 341-2 et 341-3 du Code de la consommation le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve direct avec l'une de ses activités professionnelles, meme si celle-ci n'est pas principale ».

<sup>100</sup> «En France - La chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé les juges de fond d'avoir retenu la responsabilité civile d'un établissement de crédit, pour manquement à son obligation de contracter de bonne foi, alors que celui-ci avait fait souscrire à une caution dirigeante, pourtant rompue aux affaires, un engagement sans rapport avec son patrimoine et ses revenus. La caution à été condamné à verser des dommages et intérêts, et cette somme a pu se compenser avec celle due par la caution au titre de son engagement qui a, ainsi été ramené à un montant raisonnable. », Cass. Com. 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188.

<sup>101</sup> « Par cet arrêt ; la Cour de cassation française avait fondé le principe de proportionnalité sur une obligation d'information à la charge des créanciers portant sur des faits, ignorés de la caution, relatifs aux revenus, au patrimoine et aux facultés de remboursement de la caution, raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération entreprise par le débiteur principal. », Cass. Com. 17 déc. 2003, Bull. civ. IV, n° 206.

par le truchement de la responsabilité civile, et sur l'obligation d'information sur des faits ignorés par la caution.

De même, bien que la solvabilité de la caution puisse apparaître comme déterminante dans le cadre d'un contrat qui a, précisément, pour fonction de protéger le créancier contre l'insolvabilité de son débiteur, le code civil n'a pas considéré la solvabilité de la caution comme une condition générale de validité du cautionnement<sup>102</sup>. L'article 646 du Code civil algérien, conçu dans l'intérêt exclusif du créancier, est purement supplétif, le créancier étant libre d'y renoncer<sup>103</sup>.

#### **D. LE DOMICILE DE LA CAUTION :**

L'article 646 du code civil algérien énonce que le débiteur est tenu de présenter une caution domiciliée en Algérie. En pratique les créanciers se prévalent rarement de cette disposition. Ce même article est conçu à l'identique de l'article 774 du Code civil égyptien qui impose à la caution d'avoir sa résidence en Égypte. Mais, il est nécessaire de signaler que la chambre des représentants en Egypte avait retiré l'expression « résidant en Égypte » dans le projet qu'il lui a été soumis, et cela parce que les relations commerciales internationales acceptent logiquement ce qu'il y a des cautions non résidentes en Égypte. Le sénat égyptien, sur avis des conseillers de la Cour de cassation, s'est rétracté, et l'article avait été voté tel qu'il a été en projet<sup>104</sup>.

#### **III. L'OBJET DU CAUTIONNEMENT :**

L'objet du contrat de cautionnement est la garantie fournie par la caution, alors que l'objet de l'obligation de la caution est le paiement éventuel de cette garantie<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 120.

<sup>103</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 121; Com. 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 58.

<sup>104</sup> عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع ، ص. 28.

<sup>105</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 110.

L'article 648 du code civil exige, pour que le cautionnement soit valable, une obligation valable. Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. L'obligation cautionnée, quelle que soit sa nature ou sa source, doit exister<sup>106</sup> et être valable. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'obligation principale existe, ni que son montant soit connu, au moment où le cautionnement est souscrit : une obligation faisant l'objet du cautionnement peut être, selon l'article 650 du code civil, futur ou conditionnel<sup>107</sup>. Un cautionnement peut être conclu avant même que le crédit n'ait été effectivement accordé.

Les cautionnements sont annulés en raison du caractère illicite de l'objet, mais pas pour absence de l'objet. En respectant le principe du caractère accessoire du cautionnement, les parties satisfont par là même aux exigences relatives à l'objet. L'objet de l'engagement de la caution se détermine à celui du débiteur principal. La caution doit nécessairement garantir le paiement d'une obligation principale et son engagement ne saurait excéder celui du débiteur principal. La référence à l'objet de l'obligation de la caution permet donc seulement de distinguer le cautionnement de mécanismes voisins telle la garantie indépendante. L'obligation du garant et celle du débiteur principal ont alors un objet distinct.

Toutes les obligations valables peuvent en effet être garanties. Il en va de même des obligations nulles pour défaut de capacité du débiteur principal. Le cautionnement d'une obligation nulle n'est pas nul ; il est caduc et peut donc produire certains effets.

Les obligations de toute nature peuvent être cautionnées qu'elles soient de nature contractuelle ou délictuelle. En France, des décisions récentes énoncent que le cautionnement garantissant le paiement à la victime de créances nées d'un délit ou d'un quasi-délit est licite. Il est même concevable de cautionner des obligations naturelles. Il existe cependant une restriction qui n'est pas propre au cautionnement.

L'objet de l'obligation de toute personne qui s'engage doit être déterminable, conformément au principe énoncé par l'article 94 du code civil algérien. Cependant, et pour le cautionnement, il suffit que le débiteur soit identifiable. Si le nom de celui-ci n'est pas indiqué, il semble que le document signé par la caution puisse constituer un commencement de preuve par écrit autorisant le créancier à rapporter une preuve complémentaire. Le

---

<sup>106</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1981, Bull. civ. I, n° 30.

<sup>107</sup> En droit Français : il est interdit, selon l'article 341-2 du Code de la consommation, de cautionner des dettes futures.

cautionnement peut être indéfini s'il vise des dettes déterminées ou déterminables<sup>108</sup>, et il peut ne comporter ni limitation de montant, ni limitation de durée, ni définition de la nature des créances garanties<sup>109</sup>.

Ces principes permettent de déterminer le régime du cautionnement d'une société en formation. Plusieurs cas doivent être distingués. Si la caution s'est obligée à payer les dettes d'une société future et que celle-ci ne se constitue pas ou n'est pas immatriculée, l'engagement de caution est dépourvu d'efficacité. Il en va de même si les engagements cautionnés ne sont pas repris. L'obligation personnelle des fondateurs n'est garantie par la caution que si celle-ci a pris explicitement un engagement en ce sens<sup>110</sup>. Le créancier a donc tout intérêt à préciser clairement les obligations souscrites par les cautions et à prévoir une garantie des engagements des fondateurs. Les obligations garanties doivent seulement être mentionnées. Leur montant n'a pas à être chiffré. Il suffit qu'il soit déterminable.

Par ailleurs, et selon les dispositions de l'article 650 du code civil algérien, le cautionnement peut garantir les dettes présentes ou futures. La caution garantit le paiement d'une dette présente lorsque celle-ci est née au jour de la souscription du cautionnement. Il importe peu qu'elle soit exigible postérieurement. La dette présente peut trouver sa source dans un contrat à exécution instantanée. Tel est le cas lorsque la caution garantit le remboursement d'une somme donnée. La dette présente peut aussi prendre naissance dans un contrat à exécution successive. Le cautionnement d'un bail à durée déterminée et celui d'un prêt à durée déterminée sont ainsi des cautionnements de dettes présentes.

Ceci dit, le cautionnement de dettes présentes est celui qui présente le moins d'aléas pour la caution. L'engagement de la caution est en effet déterminé dans sa durée. Le montant du par la caution est prévisible dès la conclusion du contrat<sup>111</sup>.

La caution peut également garantir le paiement de dettes futures. L'obligation garantie n'est alors pas née au jour de la souscription du cautionnement. Un dirigeant cautionne par exemple les prêts qui pourront être consentis à son entreprise. Le cautionnement des

---

<sup>108</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 135.

<sup>109</sup> Christian GAVALDA, Jean STOUFLET, Droit Bancaire, Edition Litec, 7<sup>e</sup> édition 2008, p. 511.

<sup>110</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 2003, VALETON c/ CIC: JCP, 2003, I, 176, obs. Ph. SIMLER et DELEBECQUE, n° 3.

<sup>111</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية - عقد الكفالة، دار الهدى 2011، ص، 44.

engagements nés d'un contrat à exécution successive de durée indéterminée est aussi un cautionnement de dettes futures. Le contrat peut être un bail ou une ouverture de crédit de durée indéterminée<sup>112</sup>.

Le cautionnement a aussi pour objet des dettes futures lorsqu'une caution garantit tous les engagements à venir d'une personne. Le cautionnement d'un compte courant est pour cette raison un cautionnement de dettes futures<sup>113</sup>. Ce cautionnement est beaucoup plus dangereux pour la caution que le cautionnement de dettes présentes. La caution ne sait pas, lorsqu'elle s'engage, pour quel montant elle pourra être poursuivie et pour quelle durée elle sera engagée. Il suffit donc que la dette future soit, comme la dette présente, déterminable pour pouvoir être garantie.

De même, il y a lieu de préciser que si le cautionnement de dettes présentes est un contrat à exécution instantanée, le cautionnement de dettes futures est un contrat à exécution successive. Pour protéger la caution, il est admis que ce cautionnement peut prendre fin pour des causes spécifiques : le décès de la caution, la résiliation, la survenance du terme. Ces causes d'extinction ont elles mêmes des effets originaux. Lorsque le cautionnement prend fin, la caution n'est plus tenue des obligations qui prennent naissance postérieurement à la date d'extinction de la garantie. La caution ou ses héritiers peuvent cependant être poursuivis par le créancier en cas de non-paiement par le débiteur principal de dettes nées antérieurement à l'extinction du cautionnement. Il est ainsi aujourd'hui admis que le cautionnement de dettes fait naître deux obligations à la charge de la caution : une obligation de couverture et une obligation de règlement. Seule l'obligation de couverture prend fin lorsque le cautionnement de dettes futures s'éteint.

La nullité de l'obligation principale garantie, qu'elle soit relative ou absolue, entraîne la caducité du cautionnement. C'est une conséquence du caractère accessoire du cautionnement.

Le droit d'invoquer la nullité de l'obligation principale est largement reconnu à la caution qui peut exercer une action qui a pour finalité la protection de l'intérêt général. Elle

---

<sup>112</sup> محمد صبري السعدي، نفس المرجع ؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص، 52.

<sup>113</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 113.



peut par exemple invoquer la nullité d'une donation déguisée ou d'un prêt usuraire non bancaire<sup>114</sup>.

Même si elle protège les seuls intérêts particuliers, une nullité relative de l'obligation principale peut être aussi invoquée par la caution. La jurisprudence<sup>115</sup> et la doctrine<sup>116</sup> ont conféré une large portée au principe du caractère accessoire. La caution ne peut se prévaloir que de la seule incapacité du débiteur. Elle peut par exemple invoquer un dol commis au détriment du débiteur principal, comme elle peut aussi invoquer le défaut de cause affectant l'obligation principale.

La caducité du cautionnement a en principe pour effet de libérer la caution mais la règle n'a pas une portée absolue et la caution peut être tenue au titre d'un engagement nul. La caution doit garantir l'exécution des obligations consécutives à l'annulation<sup>117</sup>.

La caducité est une extinction de l'accessoire pour cause de disparition du principal qui lui servait de support. Cette extinction peut n'avoir effet que pour l'avenir ou être rétroactive, selon la cause générique de caducité parmi les deux qui existent : l'impossibilité d'exécution de l'opération principale ; qui peut être juridique<sup>118</sup> pour défaut d'un élément de validité du contrat, ou matériel<sup>119</sup> pour prestation d'exécution impossible, et sa disparition rétroactive; et sa disparition rétroactive<sup>120</sup>.

L'article 649 du code civil reconnaît la possibilité de cautionner une obligation qui peut être annulée par une exception personnelle à l'obligé, par exemple dans le cas d'une incapacité pour minorité. La caution est tenue de l'exécution de l'obligation d'un incapable si

---

<sup>114</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص، 39.

<sup>115</sup> Cass. civ., III, 11 mai 2005 : RTD civ. 2005, 590, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. com., 17 nov.1982 : D.1983, 527, note M. CONTAMINE-RAYNAUD.

<sup>116</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., pp. 114 et 115.

<sup>117</sup> La Cour de cassation (France) retient que : « tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'obligation de restitution inhérente au contrat de prêt demeure valable ; le cautionnement en considération duquel le prêt à été consenti subsiste tant que cette obligation n'est pas éteinte », Com. 17 nov. 1982, Bull. civ. IV, n° 357.

<sup>118</sup> Ex. cautionnement d'un plan de redressement qui n'est pas homologué, ou une nouvelle loi déclarant une loi déclarant une opération illicite.

<sup>119</sup> Ex. La disparition de la chose due ; impossibilité de calculer le prix, pour disparition de l'indice ou d'autres causes.

<sup>120</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 238.

le débiteur principal ne l'exécute pas lui-même. Selon l'article 654 al. 2 du code civil, la caution qui connaissait cette incapacité au moment du contrat, ne peut pas s'en prévaloir. A défaut de cette connaissance, le cautionnement ne pourrait survivre à la nullité de l'obligation principale<sup>121</sup>. Le seul cautionnement d'une obligation nulle qui soit valable est donc celui d'un incapable<sup>122</sup>.

#### **IV. LA CAUSE DU CAUTIONNEMENT :**

L'article 97 du code civil édicte que : « *le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Ainsi donc, la cause subjective (le motif), c'est-à-dire les intentions de la caution ou du créancier ne doivent pas être contraires à la morale ou à l'ordre public. Un cautionnement exigé ou donné pour favoriser la poursuite de relations adultères entre le créancier ou le débiteur et la caution, ou un cautionnement qui rende possible une opération contraire à la sécurité publique, si le créancier a connaissance de ces motifs, ou l'aval souscrit dans le cadre de la cession d'une clientèle civile, sont annulables pour cause immorale ou illicite<sup>123</sup>.

Le rôle de la cause subjective demeure cependant limité. La jurisprudence de la Cour de cassation se refuse en effet à admettre que la disparition des mobiles qui ont pu inciter une caution à s'engager soit une cause d'annulation du cautionnement.

D'une part, la cause s'apprécie au stade de la formation du contrat et non à celui de son exécution. Ainsi la cessation de ses fonctions par un dirigeant social ne met pas fin aux obligations du cautionnement qu'il a contracté pour une durée indéterminée afin de garantir les dettes de la société, des lors qu'il n'a pas fait de l'exercice de sa fonction une condition de son engagement.

D'autre part, le cautionnement ne jouerait plus son rôle de sûreté ou de garantie si la caution pouvait ainsi opposer au créancier des événements affectant sa vie familiale ou

---

<sup>121</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 106.

<sup>122</sup> Le législateur a voulu lui faciliter l'obtention du crédit en lui offrant la possibilité de faire intervenir une caution.

<sup>123</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 85.

professionnelle. La caution est cependant libre d'introduire une clause dans le contrat de cautionnement faisant du maintien de ses liens avec le débiteur principal une condition de son engagement<sup>124</sup>.

Par ailleurs, la cause objective, est la contrepartie en considération de laquelle une obligation est souscrite<sup>125</sup>. Il est utile de dire que dans un contrat de cautionnement, un contrat unilatéral, la caution ne reçoit aucune contrepartie du créancier. Il faut donc tenir compte des seuls motifs objectifs qui ont conduit une personne à s'engager. Cette cause doit être recherchée dans les rapports unissant la caution au débiteur.

Selon une première analyse, la caution s'engage alors soit pour rendre service, soit pour se faire rémunérer. Ces relations sont cependant étrangères au créancier et la caution ne peut s'en prévaloir.

Une autre analyse, consacrée par la Cour de cassation française, considère que la cause du cautionnement doit être trouvée dans les relations unissant le débiteur au créancier. La cause de l'engagement de la caution résidait dans l'existence de la dette garantie<sup>126</sup>. Elle est le crédit accordé au débiteur par le créancier.

Ainsi donc, une annulation d'un cautionnement pour absence de cause se conçoit donc difficilement. Elle est cependant possible dans l'hypothèse dans laquelle une banque fait souscrire un cautionnement, avant de rompre un crédit, ce qui démontre qu'elle avait alors pour seul objectif de se ménager un recours contre un débiteur solvable<sup>127</sup>.

Le défaut de cause peut aussi être retenu dès lors qu'un établissement de crédit ne respecte pas l'affectation du crédit garanti par la caution.

---

<sup>124</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 120.

<sup>125</sup> Ibid., p. 117.

<sup>126</sup> « ... la cause du cautionnement réside dans le crédit octroyé au débiteur par le créancier ». Cass. com., 10 juill 2001, RD bancaire et fin., nov.- déc. 2001, comm. 220, obs.D.L.

<sup>127</sup> C.A. Paris, 6 juin 2003 : RTD com. 2004, 143, obs. D.L. ; Banque et droit, mars-avril 2004, p. 51, obs. F.J.

## **§ 2 : LA PREUVE DU CAUTIONNEMENT**

« *Le cautionnement ne peut être constaté que par écrit, alors même que l'obligation principale peut être prouvée par témoin* » dispose l'article 645 du code civil algérien.

Le législateur algérien exige que l'intention de se porter caution doive avoir été positivement exprimée. Les juges ne pourront fonder l'existence d'un cautionnement sur de simples présomptions<sup>128</sup>. Ainsi le silence d'un tiers ne permettra jamais de déduire l'existence d'un cautionnement<sup>129</sup>.

Lorsque le créancier appelle la caution en paiement, soit celle-ci obtempère, et reconnaît par la même l'existence de son engagement, soit, au contraire, elle s'y oppose en contestant l'existence de son engagement. Se pose alors la question de la preuve du cautionnement.

La preuve par écrit résulte, selon l'article 323 du Code civil algérien, d'une suite de lettres ou de caractères ou de chiffres ou de tout autre signe ou symbole doté d'une signification intelligible, quels que soient leurs supports et leurs modalités de transmissions. Le cautionnement peut être prouvé par un acte sous seing privé ou un acte authentique. L'écrit sous forme électronique est aussi admis en tant que preuve selon l'article 323 du code civil algérien.

Par le biais des articles de 323 à 332, le Code civil algérien annonce un ensemble de règles de droit commun applicable au cautionnement. Le créancier qui réclame à la caution l'exécution de son obligation, doit prouver l'existence et le contenu du contrat de cautionnement. La preuve sur l'étendue du cautionnement, en particulier sur la garantie par la caution des accessoires de la dette principale, ou encore sur ses caractères, en particulier le caractère solidaire de l'obligation de la caution, ne se présument pas en matière civile, conformément à l'article 217 du code civil. La solidarité doit être expressément stipulée. A la différence de notre législation, le droit français du cautionnement a beaucoup évolué à travers une jurisprudence enrichissante de la Cour de cassation. En effet, et de 1982 à 1989, pour protéger les cautions, la Cour de cassation française a érigé certaines règles de preuve en condition de validité du cautionnement. Pour que le cautionnement soit valable, la caution

---

<sup>128</sup> المحكمة العليا، الغرفة التجارية 1988/07/13 ، القرض الشعبي الجزائري ضد/س.ب ، الملف رقم 56336 ، المجلة القضائية ، 1991 ، العدد رقم 4 ، ص ص، 58، 59، و 60.

<sup>129</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, Droit des sûretés, Edition ellipses 2008. p. 65.

devait apposer au bas de l'acte une mention précisant l'étendue exacte de son engagement. Les conséquences furent lourdes car de nombreuses annulations ont été prononcées sur ce fondement. Les critiques furent unanimes de la part de la doctrine.

Puis, il y eut un revirement de jurisprudence et l'acte de cautionnement devient simplement irrégulier et non plus nul. Les exigences relatives aux mentions manuscrites redeviennent des règles de preuve et les cautions de mauvaise foi n'échappent plus à leur engagement par ce biais. Toujours et selon la législation française relative au contrat de cautionnement, la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 a soumis les cautionnements donnés par les personnes physiques à un formalisme requis " ad validitatem"<sup>130</sup>. Et le non respect des conditions de forme est sanctionné par la nullité du contrat.

Dans ce contexte, l'article L341-2 du Code français de la consommation dispose en effet que : « *Toute personne physique qui s'engage, par acte sous seing privé en qualité de caution, envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite énoncée au texte et uniquement de celle-ci : " En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même." ».*

La chambre commerciale de la Cour de cassation française dans un arrêt rendu en 2011 a retenu, et cela pour la première fois, que la sanction de l'inobservation de cette mention imposée par l'article L.341-3 du même Code ne pouvait conduire qu'à l'impossibilité pour un créancier de se prévaloir de la solidarité, et en a déduit que l'engagement souscrit par la caution demeurerait valable en tant que cautionnement simple<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Article 1326 du Code civil français : « *l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres.* »

<sup>131</sup> Anne-Catherine MULLER, *Droit des Contrats*, Revue l'ESSENTIEL n° 04, Editions LEXTENSO 2011, 061, p. 4. ; Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10699.

Le cautionnement d'une opération de crédit à la consommation et le cautionnement des obligations résultant d'un contrat de location étaient déjà soumis à des règles de forme requis pour leur validité, et ce, bien avant 2003<sup>132</sup>.

Après la loi Dutreil du 1<sup>er</sup> août 2003 sur l'initiative économique, la preuve est désormais facilitée puisque la mention manuscrite est requise à peine de nullité. S'agissant des cautions personnes physiques, la preuve de l'étendue du cautionnement ne se pose dès lors que pour les cautionnements qui ne sont soumis à aucune règle de forme pour leur validité, c'est-à-dire les cautionnements souscrits par les personnes morales.

Le droit algérien du cautionnement quant à lui, ne fait pas de différence entre le cautionnement commerciale ou le cautionnement civil. L'article 651 énonce que le cautionnement d'une dette commerciale est considéré comme un acte civil, alors même que la caution serait un commerçant. Il en résulte l'impossibilité d'employer les libres moyens de preuve pour prouver le cautionnement, sauf pour le cautionnement résultant de l'aval ou de l'endossement des effets de commerce. Par contre, en droit français les cautionnements commerciaux souscrits par un commerçant, sont régis par le principe de liberté de la preuve posée par l'article L.110-3 du Code de commerce, ainsi que les cautionnements conclus par acte authentique.

A cet égard, il est important de dire que le droit algérien du cautionnement considère l'écrit comme un moyen de preuve ; tandis qu'il est, à défaut de mention légale, un commencement de preuve de cautionnement<sup>133</sup> en droit français, et doit être parachevé par un complément de preuve à savoir : les témoignages, les indices, les présomptions...etc.

---

<sup>132</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 123.

<sup>133</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 95.

## **SECTION 2 :**

### **EFFETS DU CAUTIONNEMENT**

La mise en œuvre du contrat de cautionnement fait ressurgir des effets dans les rapports entre la caution et la banque (§ 1) qui apparaissent lorsque la garantie entre dans une phase active. Les rapports entre la caution et le débiteur principal (§ 2) connaissent eux aussi des effets lors de la mise en œuvre du contrat de cautionnement. Dans les rapports entre la caution et les autres garants (§ 3), les effets intéressent la contribution à la dette et se concrétisent par le recours que la caution est autorisée à exercer contre chacun d'eux<sup>134</sup>.

#### **§.1 : LES RAPPORTS ENTRE LA CAUTION ET LA BANQUE**

Les articles de 654 à 669 du code civil algérien régissent les rapports entre caution et créancier. Le principal effet du cautionnement est le paiement de la dette contractée par le débiteur principal. L'article 660 du code civil dispose à cet effet que « *le créancier ne peut poursuivre isolément la caution, qu'après avoir poursuivi le débiteur* ».

Le caractère accessoire du cautionnement influence largement sa réalisation. Le cautionnement produit ses effets par l'exercice des poursuites contre la caution (I).

#### **I. POURSUITES DU CREANCIER CONTRE LA CAUTION**

Le principal effet du cautionnement est le paiement de la dette contractée par le débiteur principal. Certaines conditions (A) doivent être respectées pour la mise en œuvre des poursuites (B).

---

<sup>134</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 126.

## **A. LES CONDITIONS D'EXERCICE DES POURSUITES**

En cas de non paiement par le débiteur principal, le créancier a le droit de poursuivre la caution pour se faire payer. Cependant, cette poursuite est soumise à des préalables. Il faut prouver la défaillance du débiteur principal (2) suite à l'exigibilité de la créance (1).

### **1. L'exigibilité de la créance principale**

En raison du caractère accessoire de son engagement, la caution ne peut être poursuivie qu'en cas d'exigibilité de la dette. C'est-à-dire si la dette contractée par le débiteur principal, dette principale, est arrivée à terme<sup>135</sup>. Le créancier doit donc attendre le terme convenu pour faire valoir son droit. Ce terme peut être avancé ou retardé. A l'arrivée du terme le créancier peut retourner contre la caution, mais aussi contre le débiteur<sup>136</sup>. La qualité de caution avertie s'apprécie au jour de son engagement et peut résulter de son appartenance au monde des affaires, ainsi que de sa qualité d'associé du débiteur garanti<sup>137</sup>.

L'exercice des poursuites peut entraîner des difficultés particulières en cas de déchéance du terme ou de prorogation de celui-ci. La déchéance du terme se produit de plein droit lorsque le débiteur principal a diminué les garanties qu'il avait consenties à la banque créancière. La garantie doit être née du contrat d'où résulte l'obligation à terme<sup>138</sup>. En raison du non paiement d'une de ses échéances, la banque peut demander l'exigibilité d'un prêt en se basant sur les clauses du contrat.

#### **a. L'hypothèse de la déchéance du terme**

Il y a déchéance du terme si la dette du débiteur principal doit être payée avant l'échéance convenue. *Exemple* : le prêt consenti par la banque et dont le remboursement commençait en juin 2010 est exigé dès février 2010.

---

<sup>135</sup> Hubert MARTINI – Dominique DEPREE – Joanne Klein -CORNEDE, *Crédits documentaires, Lettres de crédit stand-by, Cautions et garanties* – GUIDE PRATIQUE, Editions REVUE BANQUE 2007, p. 351.

<sup>136</sup> عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع ، ص، 90.

<sup>137</sup> Marc MIGNOT, *Droit Bancaire*, Revue l'ESSENTIEL n° 03, Editions LEXTENSO 2011, 024, p. 4 ; Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-72743.

<sup>138</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 193.



Les causes de déchéance sont variées. Elles sont dues parfois à la diminution des garanties que le débiteur principal avait consenties au créancier, au défaut de paiement d'une échéance, à l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur ou pour certaines causes prévues dans la convention de prêt<sup>139</sup>. Le problème majeur qui se pose est celui de savoir si cette déchéance à l'égard du débiteur principal<sup>140</sup> affecte la caution qui a garanti le paiement de la dette.

Une première thèse justifie l'opposabilité de la déchéance du terme à la caution<sup>141</sup>. Une banque est en droit, donc, de poursuivre immédiatement la caution puisque la déchéance du terme révélerait bien la défaillance du débiteur principal.

L'analyse qui a prévalu est celle qui autorise la caution à se prévaloir du terme initialement convenu entre le créancier et le débiteur principal<sup>142</sup>, car la déchéance du terme énonce une perte de confiance du créancier envers le débiteur principal, non envers la caution.

Des clauses dans le contrat de cautionnement peuvent prévoir la substitution immédiate de la caution au débiteur principal défaillant. Pour reprendre l'exemple précédent, la caution ne sera tenue de payer qu'en juin 2010 comme initialement convenu alors que le débiteur est poursuivi dès février 2010.

## **b. L'hypothèse de la prorogation du terme**

Elle se traduit par le prolongement de la date d'exigibilité de la dette. Exemple : La dette devait être initialement remboursée le 1er mai 2010 mais le créancier décide qu'elle ne le sera que le 15 juillet 2010.

Une banque peut accorder des délais de paiement au débiteur principal. Le caractère accessoire du contrat de cautionnement impose que la caution ne puisse pas être poursuivie

---

<sup>139</sup> جميل الشرقاوي ، دروس التأمينات الشخصية و العينية ، دار النهضة العربية 1976 ، ص ، 54.

<sup>140</sup> L'article 211 du code civil dispose que : « le débiteur est déchu du bénéfice du terme : s'il est déclaré en faillite conformément aux dispositions de la loi, - s'il a, par son fait, diminué notablement les sûretés spéciales accordées au créancier, même en vertu d'un acte postérieur ou en vertu de la loi, à moins que le créancier ne préfère demander un supplément de sûretés, - si la diminution des sûretés est due à une cause non imputable au débiteur, il y aura déchéance du terme, à moins que le débiteur ne fournisse une sûreté suffisante, - s'il ne fournit pas au créancier les sûretés promises dans le contrat. ».

<sup>141</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص، 56 ؛ جميل الشرقاوي ، نفس المرجع ، ص، 55.

<sup>142</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 1976 : JCP, G, 1977, II, 18611, concl. GULPHE.

avant le débiteur principal. Le cautionnement a aussi pour but de garantir au créancier un paiement de sa créance à la date initialement prévue. La doctrine et la jurisprudence opèrent des distinctions.

Selon une doctrine majoritaire, et en conséquence du caractère accessoire du cautionnement, la caution simple peut toujours se prévaloir de la prorogation de terme<sup>143</sup>. L'article 666 du code civil algérien énonce que la caution solidaire peut se prévaloir de toutes les exceptions que la caution simple peut invoquer, relativement à la dette.

Toutefois, lorsque la prorogation du terme est imposée au créancier, la caution peut être poursuivie immédiatement. C'est le cas lors de délais de grâce octroyés au débiteur par la loi ou le juge.

Le contrat de cautionnement peut avoir une clause qui interdit le créancier de consentir toute prorogation du terme sans l'accord de la caution. Cette clause demeure délicate lorsque le créancier s'abstient de poursuivre le débiteur à l'échéance sans pour autant consentir expressément une prorogation de terme.

L'article 657 du code civil algérien énonce que la caution n'est pas déchargée en raison du retard du créancier dans les poursuites, ou à cause de son inaction. La caution sera déchargée si le créancier n'entreprend pas les poursuites contre le débiteur dans un délai de six mois, à partir de la sommation faite par elle. La caution n'est donc libérée qu'en cas d'inertie prolongée du créancier<sup>144</sup>.

La caution peut préférer payer le créancier à la date initialement prévue, ce qui lui évite d'avoir à supporter une éventuelle aggravation du passif. Et par la suite engagera une procédure de recours en paiement contre le débiteur selon l'article 670 et 672 du code civil algérien.

---

<sup>143</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 173.

<sup>144</sup> C.A. Paris, 18 mai 2001 : Juris-Data n° 153379 « une procédure d'expulsion non engagée ou engagée en retard par le créancier bailleur peut causer un préjudice à la caution qui a dû payer des travaux de remise en état des locaux dégradés par le locataire resté en place ».

## **2. La défaillance du débiteur principal**

Les articles 660 et 644 du code civil algérien rappellent que la caution n'est tenue de payer la dette qu'en cas de non-paiement du débiteur. Une fois de plus, c'est la conséquence du caractère accessoire et subsidiaire du contrat de cautionnement. La défaillance prouvée du débiteur principal est un préalable à la poursuite de la caution. Cette défaillance doit être constatée et la caution doit en être informée. Une banque peut être tenue responsable pour avoir souscrit au profit d'un débiteur un prêt manifestement inadapté, en lui faisant ainsi prendre un risque financier inutile et excessif. La chambre commerciale de la Cour de cassation française approuve la condamnation de la banque à payer des dommages et intérêts au débiteur principal pour violation de son devoir de conseil<sup>145</sup>. Toutefois, la sous-caution ne peut invoquer les exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal<sup>146</sup>.

S'agissant de la constatation de cette défaillance, elle peut résulter d'une mise en demeure de payer adressée au débiteur et restée sans effet. La mise en demeure permet de constater « officiellement », « formellement », le défaut d'exécution de son obligation par le débiteur. En même temps, le créancier exprime par là sa volonté d'obtenir l'exécution. C'est pourquoi elle est considérée en quelque sorte comme une sommation, le dernier avertissement avant que ne soit mise en œuvre une quelconque sanction. Par exemple, après la mise en demeure, les intérêts moratoires c'est-à-dire pour retard pourront commencer à être comptabilisés.

Mais les parties peuvent décider que la mise en demeure ne sera pas nécessaire et la défaillance du débiteur peut être constatée par tout autre moyen. Ainsi, la formule suivante est souvent utilisée dans les contrats : « *En cas de non paiement d'une mensualité dans les deux mois suivant la date d'exigibilité, le recouvrement sera poursuivi sans aucune mise en demeure par toute voie de droit et à vos frais* ».

Si la mise en œuvre des autres mesures d'exécution forcée ou d'autres sûretés constituées n'est pas subordonnée à la mise en demeure, la poursuite de la caution est quant à

---

<sup>145</sup> Marc MIGNOT, *Droit Bancaire*, Revue l'ESSENTIEL n° 03, Editions LEXTENSO 2011, 023, p. 4. ; Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-17425.

<sup>146</sup> Gilles PILLET, *Droit des Contrats*, Revue l'ESSENTIEL n° 02, Editions LEXTENSO Juillet 2008, p. 3. ; Cass. com., 27 mai. 2008, pourvoi n° 06-19.075.

elle conditionnée par une mise en demeure adressée au débiteur et qui est restée sans effet c'est-à-dire qu'après le délai assorti, ce dernier ne s'est pas toujours exécuté<sup>147</sup>.

A défaut de précision dans l'article 660 du code civil algérien, la mise en demeure peut être faite sous quelque forme que ce soit : de la sommation par voie d'huissier à la simple lettre en passant par un commandement de payer ou une citation en justice ou en application de l'article 180 du code civil. L'exigence d'une mise en demeure constitue une protection supplémentaire pour les cautions car elle permettra de freiner la tendance des créanciers à poursuivre parfois trop facilement les cautions surtout si elles pressentent l'insolvabilité du débiteur.

Une fois la défaillance constatée par la mise en demeure, la caution peut être aussi avisée par le créancier. Pratiquement, une banque « le créancier » ne se contente pas d'informer la caution de la défaillance, elle indique le montant restant dû en principal, intérêts et accessoires au jour de la défaillance. Aucune forme n'est exigée. Il s'agit souvent d'une lettre recommandée adressée au débiteur comme à la caution.

## **B. LA MISE EN ŒUVRE DES POURSUITES**

Lorsque la caution est poursuivie, c'est pour qu'elle paie. Elle peut donc réagir positivement en payant la dette du débiteur principal (1). Mais la caution peut aussi réagir négativement en opposant au créancier certains moyens de défense (2).

### **1. Le paiement de la dette**

Sauf convention contraire, la caution est tenue d'assurer le paiement intégral de la dette aussi bien le principal que les accessoires selon l'article 653 du code civil algérien. La caution poursuivie est tenue de payer une somme inférieure ou égale au montant de la dette due par le débiteur principal mais dans les termes de son engagement initial.

L'article 670 du code civil algérien impose à la caution d'avertir le débiteur ou de le mettre en cause avant de payer. Cette précaution supplémentaire permet que le débiteur sache

---

<sup>147</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 212.

que les poursuites ont été effectivement engagées contre la caution suite à sa défaillance et qu'elle sera éventuellement tenue au remboursement de ce que la caution aura payé.

Les conséquences de l'absence d'information du débiteur sont assez rigoureuses car la caution qui a payé sans avertir le débiteur ou le mettre en cause peut perdre son recours contre lui alors même qu'il aurait payé ou aurait des moyens pour faire déclarer la nullité ou l'extinction de la dette.

Il en sera ainsi s'il a payé alors que la dette était déjà éteinte parce que réglée par le débiteur ou pour toute autre motif que ce dernier aurait pu invoquer. Une sorte de collaboration est ainsi imposée entre la caution et le débiteur. Mais le paiement étant reçu indûment par le créancier, la caution pourra toujours se retourner contre lui pour en obtenir le remboursement. A défaut de payer, la caution peut retarder le paiement en opposant certaines exceptions au créancier.

## **2. Les moyens de défense**

Poursuivie en paiement par le créancier, la caution peut invoquer deux moyens de défense. Il s'agit d'une part du bénéfice de discussion (a) et d'autre part du bénéfice de division (b).

### **a. Le bénéfice de discussion**

C'est le droit reconnu à la caution d'amener le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal<sup>148</sup>. C'est l'une des conséquences du caractère accessoire et subsidiaire de l'engagement de la caution<sup>149</sup>. A cet effet, l'article 660 al. 2 du code civil algérien dispose que : « *le créancier ne peut exécuter sur les biens de la caution qu'après avoir discuté le débiteur dans ses biens. Dans ce cas, la caution doit opposer le bénéfice de discussion* ».

---

<sup>148</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 213.

<sup>149</sup> Ibid.

La caution simple peut se prévaloir du bénéfice de discussion. Selon l'article 665 du code civil algérien, ce bénéfice est expressément refusé à la caution solidaire<sup>150</sup>, la caution judiciaire ou légale<sup>151</sup>. Le créancier peut, en matière de cautionnement à la fois personnelle et solidaire, tenter une action directement à l'encontre de la caution solidaire<sup>152</sup>.

La caution simple peut refuser de se prévaloir du bénéfice de discussion par une renonciation expresse, ou parfois tacite<sup>153</sup>. Le doute permet à la caution de soulever le bénéfice de discussion<sup>154</sup>. Enfin, l'article 669 du code civil algérien stipule que le créancier ne peut poursuivre le certificateur qu'après avoir poursuivi la caution principale, à moins que les deux cautions ne soient solidaires entre elles. L'exercice du bénéfice de discussion pose le problème du moment et des conditions.

En ce qui concerne le moment, il est à noter que le bénéfice ne joue pas de plein droit. Il doit être invoqué *in limine litis* par la caution c'est-à-dire dès les premières poursuites. Même le juge ne peut le mettre en œuvre d'office. Pour ce qui est des conditions, la caution qui requiert la discussion doit indiquer, selon l'article 661 du code civil algérien, au créancier les biens du débiteur susceptibles d'être discutés, c'est-à-dire d'être immédiatement saisis.

Faute pour lui de faire cette indication au créancier, le bénéfice de discussion doit être refusé. Il faut que ces biens soient saisissables, qu'ils se trouvent sur le territoire national, non litigieux, et qu'ils soient susceptibles de produire des sommes suffisantes pour le paiement intégral de la dette.

Ces exigences assez rigoureuses montrent que le bénéfice de discussion ne doit pas être une mesure utilisée uniquement à des fins dilatoires par la caution qui sait que le débiteur principal est dans un état d'insolvabilité avérée.

---

<sup>150</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية 2007/06/20، الملف رقم 371305؛ مجلة المحكمة العليا 2008، العدد رقم 1، ص، 87.

<sup>151</sup> Dominique LEGAIS, préc. ; Article 2319 du code civil français.

<sup>152</sup> المحكمة العليا، الغرفة التجارية 2007/03/05، الملف رقم 427543؛ مجلة المحكمة العليا 2008، العدد رقم 1، ص، 141.

<sup>153</sup> محكمة سيدي بلعباس، القسم التجاري 2009/07/07، الملف رقم 09/75، فهرس رقم 09/3417، قضية البنك الجزائري للتنمية ضد ع.ب و ع.م، حكم غير منشور مؤيد بالقرار المؤرخ ب 2010/04/20 الصادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس - الغرفة التجارية. بهذه القضية ع.م كان قد كفل ع.ب و دفع أثناء تقديم الكفالة مبلغ مالي كقسط مقدم - بعد منازعة البنك ل : ع.م، دفع هذا الأخير بالتجريد، و المحكمة رفضت هذا الدفع لأنه عد متخلياً عنه ضمناً مادام قد سدد قسطاً أولياً حتى قبل مطالبته بدفع مبلغ الديون المكفولة.

<sup>154</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - التأمينات الشخصية والعينية - عقد الكفالة، دار الهدى 2011، ص، 80.

Pour faciliter la saisie, la caution doit avancer les frais de la discussion. Ceci s'explique par le fait que le bénéfice de discussion qui est une faveur qui lui est faite et constitue une charge supplémentaire pour le créancier contraint d'entamer une nouvelle procédure contre le débiteur principal. Par ailleurs, elle permet d'éviter les abus. Les conditions étant remplies, le bénéfice de discussion produit des effets tant à l'égard du créancier qu'à l'égard de la caution.

A l'égard du créancier, l'article 662 du code civil algérien lui fait obligation de supporter les conséquences de sa faute s'il s'abstient de poursuivre le débiteur alors même que les conditions de discussion sont réunies<sup>155</sup>. Il dispose que : « *Dans tous les cas ou la caution a fait des biens, le créancier est responsable à son égard de l'insolvabilité du débiteur, due au défaut de poursuites en temps utile* ».

Un créancier, en retard ou négligent, est jusqu'à concurrence des biens indiqués responsable à l'égard de la caution de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par sa faute. Exemple : La dette étant d'un montant de 5.000.000 DA, la caution a indiqué des biens du débiteur d'un montant de 3.400.000 DA, mais le créancier a négligé de poursuivre la vente de ces biens. Il ne pourra donc plus de ce fait réclamer que la somme de 1.600.000 DA à la caution.

Selon l'article 665 du code civil algérien, la caution solidaire ne peut requérir le bénéfice de discussion. A l'égard de la caution, l'exercice des discussions suspend les poursuites contre elles jusqu'à la fin de la procédure. Elles ne seront reprises que si la dette n'est pas intégralement payée. Mais la suspension totale des poursuites suppose que les biens indiqués soient susceptibles de couvrir la dette entière. Ce qui signifie en pratique que si les biens ne sont indiqués que pour une partie seulement de la dette, les poursuites seront menées parallèlement contre la caution et le débiteur.

Le bénéfice de discussion est une protection importante pour la caution si elle entretient des relations avec le débiteur lui permettant de connaître l'étendue de son patrimoine. Mais le cautionnement étant désormais présumé solidaire, cette protection risque de ne profiter qu'à peu de cautions. Les cautions, judiciaires ou légales sont toujours solidaires.

---

<sup>155</sup> محمد صبري السعدي، نفس المرجع، دار الهدى 2011، ص، 86.

## **b. Le bénéfice de division**

Il ressort de l'article 664 du code civil algérien<sup>156</sup> que : « *lorsqu'il y a plusieurs cautions non solidaires obligées pour la même dette et par le même acte, la dette se divise entre elles et le créancier ne peut poursuivre chacune d'elles que pour sa part dans le cautionnement .....* ».

Comme le bénéfice de discussion, cette exception comporte un domaine et sa réussite est soumise à plusieurs conditions. Le bénéfice de division suppose qu'il y ait plusieurs cautions pour un même débiteur<sup>157</sup>. Il faut par ailleurs qu'il n'y ait pas de solidarité entre ces cautions. Mais en cas de solidarité entre la caution et le débiteur, le bénéfice est admis. De même, la caution ne doit pas avoir renoncé à ce bénéfice.

Les conditions d'exercice sont moins rigoureuses que celles exigées dans l'exercice du bénéfice de discussion. Le bénéfice de discussion est une exception dilatoire, tandis que le bénéfice de division est une exception péremptoire tendant à la limitation définitive des poursuites à la part contributive de la caution qui l'invoque contrairement au principe qui veut que chaque caution soit obligée à la totalité de la dette cautionnée.

La division ne peut être demandée qu'entre cautions solvables. La division peut être demandée en tout état de cause c'est-à-dire que la caution poursuivie peut soulever l'exception de division tant que le jugement de condamnation n'a pas été rendu et devenu définitif. Mais elle doit être expressément demandée, le juge ne pouvant la prononcer d'office.

Contrairement au bénéfice de discussion, les frais supplémentaires pouvant résulter d'une multiplication de procédures contre diverses cautions n'ont pas à être avancés par celle qui invoque le bénéfice de division. Ces frais doivent être exposés par le créancier lui-même. Par ailleurs, celui-ci peut, sans que attendre que l'exception de division lui soit opposée, choisir dès le départ de diviser ses poursuites contre les différentes cautions.

---

<sup>156</sup> Article 2303 du code civil français.

<sup>157</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 214.



## **§.2 : LES RAPPORTS ENTRE LA CAUTION ET LE DEBITEUR PRINCIPAL**

La caution poursuivie pour le paiement de la somme due par le débiteur principal, doit être munie des recours juridiques lui permettant de ne supporter aucune contribution définitive compte tenu du caractère accessoire et subsidiaire de son engagement. Elle dispose de recours contre le débiteur (I).

### **I. RECOURS CONTRE LE DEBITEUR**

La caution exerce normalement son recours après paiement (A) mais elle peut le mettre en œuvre exceptionnellement avant paiement (B).

#### **A. LE RECOURS NORMAL APRES PAIEMENT**

Ce recours est qualifié de normal dans la mesure où il se justifie par le paiement réalisé par la caution au créancier. La caution *solvens*, c'est-à-dire celle qui a payé, est en droit de réclamer au débiteur le remboursement de ce qu'elle a payé pourvu que certaines conditions soient remplies.

Celles-ci concernent essentiellement le paiement et le délai de recours. Le paiement doit avoir été effectué par la caution, en sa qualité de caution. Ce paiement doit être intégral, valable et libératoire. Quant aux délais, la caution ne peut agir utilement que si l'action n'est pas prescrite.

Ces deux conditions remplies, la caution peut enfin poursuivre le débiteur principal pour rentrer dans son dû<sup>158</sup>. Il bénéficie pour cela de deux formes d'action<sup>159</sup> : l'une dite personnelle l'autre dite subrogatoire.

---

<sup>158</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 259.

<sup>159</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 151.

## 1. L'action personnelle

Elle signifie que la caution qui a payé dispose d'un recours contre le débiteur principal<sup>160</sup>. C'est la conséquence directe du caractère accessoire de l'engagement de la caution<sup>161</sup>. C'est une exigence d'équité qui justifie que la caution n'ait pas à supporter définitivement la dette. La caution est en droit de réclamer au débiteur principal l'intégralité des sommes versées au créancier. Ce recours porte ainsi sur le principal, les intérêts et les frais engagés pour la procédure et éventuellement les dommages- intérêts.

La finalité de ce recours est d'assurer à la caution solvens une indemnisation totale de tout ce qu'elle a eu à subir en exécutant son obligation<sup>162</sup>, contrairement à l'action subrogatoire<sup>163</sup> qui lui offre droit uniquement au remboursement de ce qu'elle a déboursé.

Le recours de la caution peut dans certains cas se heurter à celui du créancier lorsqu'elle n'a fait qu'un paiement partiel<sup>164</sup>. Dans ce cas, elle ne peut pas exercer ses droits contre le débiteur que lorsque le créancier aura recouvré tout son dû<sup>165</sup>.

## 2. L'action subrogatoire

Elle ressort des dispositions de l'article 671 du code civil algérien<sup>166</sup> qui prévoit que la caution est subrogée dans tous les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'elle a payé au créancier. La subrogation est une conséquence légale du paiement fait par celui qui était tenu pour un autre<sup>167</sup>. Exemple : Le créancier dont la dette a été payée s'était fait consentir en plus du cautionnement, un gage sur le fonds de commerce du débiteur.

---

<sup>160</sup> Articles 670 et 672 du code civil algérien.

<sup>161</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., préc.

<sup>162</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص، 159.

<sup>163</sup> Article 671 du code civil algérien.

<sup>164</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 152.

<sup>165</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص، 167.

<sup>166</sup> Article 1251 du code civil français.

<sup>167</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 153.

Ayant effectué le paiement en lieu et place du débiteur, la caution bénéficie automatiquement de ce gage et peut faire vendre le fonds de commerce si le débiteur ne lui rembourse pas spontanément ce qu'elle a payé au créancier.

L'article 659 du code civil algérien dispose que : « *le créancier est tenue, au moment du paiement, de remettre à la caution les titres nécessaires pour son recours. Si la dette est garantie par un gage mobilier ou par un droit de rétention sur meuble, le créancier doit s'en dessaisir au profit de la caution* »

S'il y a plusieurs débiteurs solidaires, et selon l'article 673 du code civil algérien, la subrogation est faite contre chacun d'eux pour tout ce que la caution a payé, si elle les a tous cautionné<sup>168</sup>. Bien que son étendue soit restreinte car la caution ne pourra réclamer que ce qu'elle a payé au créancier à l'exclusion des intérêts, frais ou dommages-intérêts<sup>169</sup>, le recours subrogatoire demeure plus efficace que le recours personnel<sup>170</sup>. Ainsi, et sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance, la caution qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci en exerçant un recours subrogatoire après la clôture pour insuffisance d'actif<sup>171</sup>.

## **B. LE RECOURS EXCEPTIONNEL AVANT PAIEMENT**

A priori, il peut paraître surprenant que l'on permette à la caution de réclamer ce qu'elle n'a pas encore payé et qu'on n'est pas sûr qu'elle paiera le moment venu. Le recours avant paiement n'est pas prévu par la loi. Son fondement doctrinal est discuté (1) mais ses hypothèses sont certaines (2).

---

<sup>168</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص، 194.

<sup>169</sup> Dominique LEGAIS, op.cit., p. 261.

<sup>170</sup> Ibid.

<sup>171</sup> Laurence CAMENSULI-FEULLARD, *Droit des Entreprises en Difficulté*, Revue l'ESSENTIEL n° 03, Editions Lextenso Juillet 2009, p. 4 ; Cass. com., 12 mai. 2009, pourvoi n° 08-13430.

عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص، 168.

## **1. Le fondement**

Comment la caution peut-elle poursuivre le débiteur en paiement ou prendre des mesures conservatoires alors qu'elle n'a pas encore payé ? Aucun fondement précis n'a pu être trouvé à ce recours et la doctrine demeure partagée.

Pour certains auteurs<sup>172</sup>, le recours préventif ne peut pas être une action en paiement ou en remboursement de la dette principale puisque la caution n'a jusqu'ici rien déboursé. Le débiteur aurait un grand intérêt à rembourser directement au créancier que de le faire entre les mains d'une caution qui n'a pas encore souffert d'un quelconque paiement. Ce recours avant paiement devrait alors être simplement qualifié d'action en paiement de la dette principale. Il s'agit d'un recours de nature personnelle<sup>173</sup>.

Pour d'autres, ce recours permet à la caution d'obtenir un véritable paiement anticipé de ce que le débiteur peut lui devoir à terme. La justification en est que ce recours permet d'éviter que la situation de la caution ne s'aggrave et que son remboursement ne soit compromis par l'attente du terme promis dans le contrat.

## **2. Les hypothèses**

Toute caution, qu'elle soit simple ou solidaire, personnelle ou réelle doit pouvoir exercer le recours si elle se trouve dans l'un des cas prévus. Il y en a 04 quatre :

- lorsque le débiteur est en état de cessation de paiement ou est en déconfiture<sup>174</sup>.

Une interprétation stricte de la notion de cessation de paiement entendue comme l'impossibilité pour un créancier de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, conduit à limiter le recours aux cas d'ouverture de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre le débiteur personne physique commerçante ou contre une personne morale.

La mesure ne devrait donc pas être étendue au cas où seul un règlement préventif a été prononcé. Quand à la déconfiture, elle correspond à la situation des personnes physiques non commerçantes qui sont dans l'impossibilité de payer leurs dettes.

---

<sup>172</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 154.

<sup>173</sup> Com. 3 mars 1981, Bull. civ. IV, n° 117.

<sup>174</sup> Le crédit & ses garanties, op.cit., fiche n° 059-04, p. 685.

- Lorsque la caution est poursuivie en paiement<sup>175</sup>. Dans ce cas, la caution poursuivie par le créancier va appeler en garantie le débiteur principal sauf si celui-ci est soumis à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens puisque dans ces cas, le débiteur bénéficie de la suspension des poursuites individuelles.

- Lorsque le débiteur est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps<sup>176</sup>. C'est une hypothèse suffisamment rare dans la pratique qui signifie que le débiteur s'est engagé à libérer la caution de son engagement au bout d'un certain délai indépendamment du paiement ou non de la dette. Si à l'expiration de ce délai la caution reste tenue, elle peut demander au débiteur un paiement anticipé.

- Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme<sup>177</sup>. On suppose ici que malgré l'arrivée du terme de la dette, le créancier n'a pas engagé de poursuites contre le débiteur principal et la caution ne souhaite pas continuer à assumer le risque d'insolvabilité du débiteur.

Ainsi selon l'article 657 du code civil, la caution peut être déchargée si le créancier n'entreprend pas les poursuites contre le débiteur dans un délai de six mois, à partir de la sommation à lui faire par la caution, à moins que le débiteur ne fournisse à celui-ci une garantie suffisante.

### **§.3 : LES RAPPORTS ENTRE LA CAUTION ET D'AUTRES GARANTS**

Si plusieurs cautions appelées cofidéjusseurs ont cautionné la même dette et si l'une d'elle a acquitté la totalité de celle-ci, il est normal qu'elle bénéficie de recours contre les autres garants<sup>178</sup>. Ce recours trouve son fondement dans les articles 664 et 668 du code civil algérien.

---

<sup>175</sup> Ibid, fiche n° 059-06.

<sup>176</sup> Ibid, fiche n° 059-08.

<sup>177</sup> Le crédit & ses garanties, op.cit., fiche n° 059-04, p. 685.

<sup>178</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 262.

L'article 664 dispose que : « *lorsqu'il y a plusieurs caution non solidaires obligées pour la même dette et par le même acte, la dette se divise entre elles et le créancier ne peut poursuivre chacune d'elles que pour sa part dans le cautionnement* » ; l'article 668 énonce lui que : « *s'il y a plusieurs caution solidaires, celle qui a payé le tout à l'échéance, peut demander à chacun des autres répondants de lui payer sa part dans la dette et de lui tenir compte de la part des répondants solidaires insolvables* » . Il est soumis à des conditions (I) et produit des effets (II).

## **I. LES CONDITIONS D'EXERCICE**

Pour que ce recours soit mis en œuvre, il faut que la caution poursuivante ait utilement acquitté la dette du débiteur<sup>179</sup>. Il n'y aurait pas paiement utile si par exemple la caution a payé une dette qui n'était pas encore exigible ou si elle paye sans en informer le débiteur qui avait déjà payé la dette. Par ailleurs, le paiement doit être effectif et libératoire pour les autres cautions poursuivies mais il peut être partiel<sup>180</sup>.

La caution solvens doit informer les autres cautions du paiement fait par elle au créancier. Ce n'est que sous ces conditions que son action pourra porter des fruits.

## **II. LES EFFETS**

La caution poursuivante, c'est-à-dire la caution solvens bénéficie de deux recours. Un recours personnel qui offre en plus du principal, les frais, les accessoires et les dommages-intérêts et un recours subrogatoire<sup>181</sup> qui le permet d'être subrogé dans les droits du créancier et de profiter éventuellement des garanties qui lui ont été accordées par l'une des cautions.

Ces recours s'exercent dans les mêmes conditions que les recours offerts au débiteur principal et dont il a été précédemment question. Le but de l'action est de faire supporter à chacune des cautions sa part et portion.

---

<sup>179</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص، 203.

<sup>180</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص، 205.

<sup>181</sup> Dominique LEGAIS, préc.

Après déduction de sa part contributive c'est-à-dire ce qu'elle est tenue de supporter définitivement, la caution doit diviser les poursuites. Exemple : une dette est de 15.000.000 DA a été garantie par trois cautions A, B et C.

Si la caution A paye la totalité de la somme au débiteur, elle va se retourner contre B et C pour 5.000.000 DA chacune car elle supporte elle-même une contribution de 5.000.000 DA. La répartition dans ce cas est faite par parts égales ou parts viriles à défaut de dispositions contraires. L'insolvabilité de l'une des cautions doit être supportée par toutes les cautions solvables conformément au droit commun des obligations.

Ainsi, pour reprendre l'exemple ci-dessus, si C est insolvable, seuls A et B devront supporter le montant total de la dette c'est-à-dire que la somme non payée par C sera divisée entre eux ce qui fait que chacune devra finalement payer 7.500.000 DA. Les calculs se compliquent parfois lorsque les différentes cautions se sont engagées dans des termes différents à l'égard du débiteur. Plusieurs hypothèses sont à distinguer :

**1ère hypothèse** : Les deux cautions ont limité leur engagement mais chacune dans des proportions différentes. Exemple : une dette de 150.000 DA est garantie par trois cautions A, B et C dans les termes suivants :

- Caution A plafond de 100.000 DA
- Caution B plafond de 50.000 DA
- Caution C plafond de 120.000 DA

**2ème hypothèse** : L'une des cautions a limité son engagement alors que l'autre a souscrit un cautionnement illimité. Exemple : La dette est de 150.000 DA garantie par les cautions A pour un plafond de 100.000 DA, B pour 50.000 DA et C pour un montant illimité. Plusieurs méthodes de calculs sont utilisées parmi lesquelles la méthode proportionnelle.

## **SECTION N° III :**

### **L'EXTINCTION**

Le caractère accessoire du cautionnement a pour principale conséquence que celui-ci s'éteint lorsque la dette cautionnée est elle-même éteinte. C'est l'extinction par voie accessoire (§.2). Cependant, comme tout contrat, l'obligation de la caution peut s'éteindre indépendamment du sort réservé à l'obligation principale. L'extinction du cautionnement peut alors intervenir par voie principale (§.1). Chaque fois que la caution aura perdu tout bénéfice de subrogation dans les droits du créancier, le cautionnement sera appelé aussi à s'éteindre (§.3).

#### **§.1 : EXTINCTION PAR VOIE ACCESSOIRE**

Le cautionnement est d'abord un contrat entre la caution et le créancier. C'est pourquoi il peut s'éteindre pour les causes communes à tous les contrats qu'il s'agisse de l'extinction de l'obligation de règlement (I) ou de celle de l'obligation de couverture (II).

#### **I. L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE REGLEMENT :**

Rappelons que l'obligation de règlement c'est l'obligation qui pèse sur la caution de payer les dettes effectivement nées entre le débiteur et le créancier. La plupart des causes classiques d'extinction de l'obligation se retrouvent dans l'extinction de l'obligation de règlement<sup>182</sup> qu'il s'agisse de l'extinction par le paiement, de l'extinction par divers autres modes, ou encore de l'anéantissement de l'obligation principale<sup>183</sup>.

Comme toutes les autres obligations, le sort normal du cautionnement est son exécution par le paiement. Le cautionnement est éteint lorsque la dette principale a été

---

<sup>182</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، دار الهدى 2011، ص، 110.

<sup>183</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص، 216.



payée<sup>184</sup>. Le solvens doit le faire en sa qualité de caution ; le paiement fait par lui doit être intégral et valable.

Conformément au droit commun des obligations, le paiement doit être valable c'est-à-dire exempt de toute cause de nullité. Si pour une raison quelconque, le paiement effectué par la caution est nul, ses effets se verront aussi frappés de nullité avec la même rigueur<sup>185</sup>. Par exemple un règlement par chèque qui ne respecte pas la réglementation relative au chèque. Le créancier doit tirer du paiement qu'il reçoit du *solvens*, la satisfaction intégrale. C'est au bout de ce paiement intégral que la caution est totalement déchargée.

Ce paiement peut être fait par remise d'espèces, remise de chèque ou virement bancaire. Un paiement partiel entraîne une libération partielle tandis qu'un paiement total emporte la libération totale de la caution. C'est ce qui ressort de l'article 671 du code civil algérien. Encore faut-il que le *solvens* ait payé en sa qualité de caution.

#### **A. LA QUALITE DE CAUTION DU SOLVENS :**

L'extinction du cautionnement par l'effet du paiement fait par le *solvens* suppose que ce dernier ait payé en qualité de caution. En cas de contestation, il lui appartient de prouver qu'il l'a fait en cette qualité.

#### **B. LES AUTRES MODES D'EXTINCTION :**

Il s'agit de situations dans lesquelles l'obligation est éteinte alors que le créancier n'a pas reçu la prestation attendue de la caution. Cela peut résulter de plusieurs circonstances qui dépendront ou non de sa volonté (1). Le législateur en a énuméré quelques-unes. Mais, même dans les hypothèses non prévues (2), cette libération peut aussi intervenir.

##### **1. Les hypothèses prévues :**

Il s'agit ici de présenter la remise de dette (a), la compensation (b) et la confusion (c).

---

<sup>184</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص، 111.

<sup>185</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص، 112.

**a. La remise de dette :**

La remise de dette est une convention par laquelle le créancier consent à libérer gratuitement le débiteur de son obligation. Elle a un effet extinctif. La créance est éteinte et les sûretés qui la garantissent aussi. Pour que le cautionnement soit éteint, il faut que la remise de dette soit accordée par le créancier au débiteur<sup>186</sup>.

Dans l'hypothèse d'une pluralité de cautions, c'est uniquement la caution qui en a bénéficié qui sera libérée. Le débiteur non plus n'est pas libéré. L'article 305 du code civil algérien dispose que : « *la remise est parfaite dès qu'elle parvient à la connaissance du débiteur, mais elle devient caduque si elle est refusée par ce dernier* ».

**b. La compensation :**

Il y a compensation<sup>187</sup> lorsque deux parties étant réciproquement créancières l'une de l'autre, les deux dettes s'éteignent l'une par l'autre jusqu'à concurrence de la plus faible part<sup>188</sup>. Exemple : A doit 1.000.000 DA à B qui lui doit 700.000 DA. S'il y a compensation, A ne devra plus que 300.000 DA à B qui lui ne devra plus rien.

Elle permet de simplifier le paiement et également d'économiser le numéraire. C'est pour cela qu'elle est très développée dans la pratique et même dans le cautionnement. Ainsi, la caution peut se prévaloir de la compensation entre sa dette de cautionnement et une créance qu'elle détient contre le créancier de l'obligation cautionnée<sup>189</sup>. Ce mécanisme lui permet ainsi d'exécuter son obligation et elle peut par conséquent exercer ses recours contre le débiteur et éventuellement les autres cautions.

Il semble toutefois que seule la caution peut se prévaloir de la compensation et que le débiteur principal quant à lui ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. Par contre, la caution peut bénéficier de la compensation entre la dette du débiteur et

---

<sup>186</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 164 ; Cass. Com. 7 juin 2005, RJDA 11/2005, n° 1281- (le désistement du liquidateur de la société créancière à l'égard de la débitrice principale ne caractérise pas une volonté claire et non équivoque de consentir à cette dernière une remise de dette, dont la caution eut été en droit de se prévaloir).

<sup>187</sup> Les articles de 297 à 303 du code civil algérien.

<sup>188</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 163.

<sup>189</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، دار الهدى 2011، ص، 114.

celle du créancier. La jurisprudence de la Cour de cassation française applique cette cause d'extinction aussi bien à la caution simple qu'à la caution solidaire<sup>190</sup> en application de l'article 1294, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil français.

### **c. La confusion :**

C'est la réunion sur la tête d'une même personne des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation<sup>191</sup>. D'après l'article 304 du Code civil<sup>192</sup>, la confusion qui s'opère par l'acquisition de la qualité de caution par le créancier fait disparaître l'engagement de la caution. L'obligation de la caution s'éteint d'office parce qu'elle n'a plus aucun intérêt. Il en est ainsi en cas d'héritage ou en cas de fusions de personnes morales<sup>193</sup>.

Toutefois, en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs, la confusion n'éteint l'obligation que pour la part de celui des créanciers qui devient caution<sup>194</sup>. De même, la confusion entre la qualité de débiteur principal et celle de la caution lorsque l'une devient héritière de l'autre n'éteint pas l'action du créancier contre le certificateur de caution.

## **2. Les hypothèses non prévues :**

Ce sont tous les autres mécanismes d'extinction des obligations. Elles ne présentent pas de particularité dans le cautionnement, ce qui signifie qu'elles peuvent être invoquées si les conditions en sont réunies. C'est le cas pour la prescription (a), la novation (b) ou encore la nullité et la résolution du contrat de cautionnement (c).

### **a. La prescription :**

C'est l'une des nombreuses conséquences du caractère accessoire du cautionnement<sup>195</sup>. L'obligation de règlement peut s'éteindre par l'effet de la prescription<sup>196</sup>. C'est l'écoulement

---

<sup>190</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1983, Bull. civ. I, n° 165; Com. 19 janv. 1993, Bull. Civ. IV, n° 15.

<sup>191</sup> Ex. lorsque le créancier est l'héritier du débiteur.

<sup>192</sup> Article 1301 du code civil français.

<sup>193</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص، 225.

<sup>194</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 167.

<sup>195</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص، 231.

d'un certain laps de temps qui produit des effets juridiques. Il s'agit ici de la prescription extinctive qu'il faut distinguer de la prescription acquisitive. Selon l'article 318 du code civil algérien, la prescription n'éteint pas à proprement parler une obligation mais uniquement le droit d'en exiger l'exécution. L'article 308 du code civil dispose que : « *sauf les cas spécialement prévu par la loi, l'obligation se prescrit par (15) quinze ans* ».

#### **b. La novation :**

C'est un mode d'extinction tout à fait particulier. La novation<sup>197</sup> emporte extinction d'une obligation avec naissance d'une autre obligation<sup>198</sup>. C'est un mécanisme permettant de substituer une obligation à une autre en modifiant l'un des éléments de l'obligation primitive : le créancier, le débiteur ou la dette elle-même.

La réalisation de la novation est conditionnée d'une part par la succession de deux obligations valables et d'autre part par un élément nouveau qui rend la nouvelle obligation différente de l'ancienne, enfin par l'intention de nover. Ainsi l'article 293 du code civil algérien<sup>199</sup> dispose : « *que le cautionnement réel ou personnel ainsi que la solidarité ne sont transférés à la nouvelle obligation que du consentement des cautions et des codébiteurs solidaires* ».

#### **c. La nullité ou la résolution du contrat de cautionnement :**

Comme dans le droit commun des obligations, l'obligation de règlement peut être paralysée par exemple par l'effet de la résolution ou de la nullité qui sont considérées comme des causes d'extinction de l'obligation de la caution<sup>200</sup>.

La nullité du contrat de cautionnement a pour effet la libération rétroactive et totale de la caution. La nullité du cautionnement obéit à toutes les autres causes de nullité de droit

---

<sup>196</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 168.

<sup>197</sup> Les articles de 287 à 296 du code civil.

<sup>198</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 165.

<sup>199</sup> Article 1281 du code civil français.

<sup>200</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 167.

commun en plus de celles qui lui sont propres<sup>201</sup>. Exemples: L'absence de la mention manuscrite, l'absence d'autorisation préalable pour le cautionnement donné par une société lorsque cette autorisation est exigée. Le cautionnement disparaîtra dans l'un ou l'autre cas alors que la dette garantie subsiste.

Comme tout contrat, le cautionnement peut être résolu c'est-à-dire effacé rétroactivement après sa formation. La caution est en droit si le créancier ne remplit par ses engagements d'agir en résolution du cautionnement en saisissant le juge.

## **II. L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE :**

L'obligation de couverture existe dès la signature du contrat de cautionnement et signifie tout simplement la garantie qui pèse sur la caution à l'égard des dettes qui pourront naître de la part du débiteur cautionné. L'extinction de l'obligation de couverture marque la date à partir de laquelle les dettes du débiteur ne seront plus couvertes par la caution<sup>202</sup>. Elle peut résulter du décès de la caution (C), de l'arrivée du terme (B) ou alors de la résiliation du cautionnement à durée indéterminée (A).

### **A. LA RESILIATION DU CAUTIONNEMENT A DUREE INDETERMINEE**

La résiliation est l'anéantissement d'un contrat uniquement pour l'avenir. Le droit est reconnu à une personne qui s'est engagée sans limitation de durée de résilier à tout moment le contrat qui le lie à son contractant<sup>203</sup>.

S'agissant du cautionnement, l'article 650 al.2 du Code civil algérien précise qu'il peut être révoqué à tout moment par la caution pourvue que l'obligation cautionnée ne soit pas encore née. La caution qui use de la faculté de mettre fin au contrat n'est pourtant pas déchargée car la résiliation du cautionnement laisse subsister les dettes antérieures à cette

---

<sup>201</sup> L'exception de nullité ne peut cependant jouer que pour un contrat qui n'a pas été exécuté (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 1989 : RTD civ. 2000, p. 568, note B. FAGES), cité par Dominique LEGEAIS, préc.

<sup>202</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 248.

<sup>203</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 178.

résiliation. C'est dire que seule l'obligation de couverture prend fin alors que l'obligation de règlement pour toutes les dettes nées avant cette résiliation subsiste.

Exemple : La caution a garanti pour une durée indéterminée les dettes d'une société commerciale pour une somme de 100.000.000 DA. Alors que le montant des sommes impayées s'élève à 40.000.000 DA, cette caution décide de mettre fin à son engagement. L'obligation de couverture qui portait sur un montant de 100.000.000 DA est éteinte dès le jour de la résiliation et va laisser place à l'obligation de règlement pour 40.000.000 DA. C'est pour cette dernière somme que la caution sera poursuivie.

## **B. L'ARRIVEE DU TERME**

Le cautionnement peut s'éteindre par l'arrivée du terme. Il s'agit ici du terme extinctif qui peut être express ou tacite.

### **1. Le terme express**

En plus de la détermination du montant, la caution peut déterminer la durée de son engagement c'est-à-dire le terme du cautionnement<sup>204</sup>. Exemples : « Le présent contrat de cautionnement est valable pour une durée de 3 ans » ; « ce cautionnement garantit toutes les dettes nées entre le 1er janvier 2011 et le 31 décembre 2011 ».

La stipulation du terme dans le contrat de cautionnement est rare car dans l'hypothèse où le cautionnement garantit une dette déterminée, il bénéficie du terme de l'obligation principale. Il peut arriver que le terme soit fixé à la durée de l'exercice par la caution d'une opération bien déterminée. La fin du contrat de travail d'un dirigeant peut être le terme du cautionnement donné par ce dernier. Les parties peuvent passer outre les stipulations écrites et opter plutôt pour le terme tacite.

### **2. Le terme implicite**

Le terme est dit implicite lorsqu'il n'est pas expressément écrit dans le contrat. On dit parfois qu'il est tacite. Si un dirigeant ou un associé d'une société se rend caution pour le compte de la société en cette qualité de dirigeant ou d'associé, la perte de cette qualité peut être considérée comme un terme extinctif. La prise en considération de termes implicites

---

<sup>204</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 178.

pourrait constituer un excellent moyen de protection des cautions. Beaucoup d'entre elles croient en effet être libérées du seul fait de la survenance d'un événement à leurs yeux essentiel comme par exemple la cession de l'entreprise. La jurisprudence de la cour de cassation française refuse de considérer que cet événement professionnel puisse s'analyser en des termes extinctifs<sup>205</sup>. Le cautionnement peut aussi prendre fin par le décès de la caution.

### **C. LE DECES OU LA DISPARITION DE LA CAUTION**

C'est le mode d'extinction du cautionnement par excellence qui s'explique par la nature intuitu personae de ce contrat. Pendant longtemps, la jurisprudence française a décidé et peut être avec une certaine logique que les dettes incombant à un de cujus en qualité de caution restent comme toutes les autres dettes à la charge de ses successeurs. Mais, elle a récemment assorti la règle d'une importante limite. Le décès de la caution met obligatoirement fin au cautionnement.

Par un arrêt de principe, la Cour de cassation a énoncé que les héritiers ne sont pas tenus au paiement des dettes nées postérieurement au décès de la caution<sup>206</sup>. Et par un arrêt du 13 janvier 1987, la Cour de cassation retient la nullité de toute clause contraire car elle constituerait un pacte sur succession future<sup>207</sup>. Distinguer la date de naissance de la dette de son exigibilité est très important. Un héritier peut être poursuivi si la dette cautionnée avait pris naissance avant le décès de la caution<sup>208</sup>.

La fusion ou la scission d'une personne morale entraîne sa disparition. Lorsque la perte de la personnalité morale affecte une société qui s'était porté caution, la jurisprudence retient une solution analogue à celle admise pour les personnes physiques. La fusion ou la scission éteint le cautionnement.

Cependant, comme les autres, cette cause d'extinction ne produit ses effets que pour l'avenir. La caution reste donc tenue des dettes nées antérieurement à l'opération. Une dette

---

<sup>205</sup> Cass. com., 03 nov. 1988 : D. 1989 : D. 1989, 185, obs. L. AYNES.- cite par Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 180.

<sup>206</sup> Dominique LEGEAIS, op. cit., p. 182 ; Cass. com., 29 juin 1982 : Rev. sociétés, 1982, 345, note Michel CABRILLAC.

<sup>207</sup> Cass. com., 13 janvier 1987 : JCP, E, 1988, 15014, note M.BEHAR-TOUCHAI.

<sup>208</sup> Cass. com., 1<sup>re</sup> civ., 10 juin 1997 : RD bancaire et bourse 1997, p. 222, obs. M. Contamine-RAYNAUD.

simplement exigible postérieurement à la fusion n'est pas une dette postérieure non garantie par la caution<sup>209</sup>.

## **§.2 : EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE**

L'extinction totale ou partielle de l'obligation principale éteint l'engagement de la caution dans la même mesure. Poursuivie en paiement, la caution peut prouver l'extinction de l'obligation principale par le paiement (I) ou sa disparition par divers autres modes (II).

### **I. LE PAIEMENT DE LA DETTE PRINCIPALE**

Le mode d'extinction par excellence du cautionnement reste et demeure le paiement de la dette principale par le débiteur<sup>210</sup>. Il doit s'agir du paiement de la dette objet du cautionnement. Le paiement d'une dette autre que celle du cautionnement n'entraîne pas l'extinction du cautionnement.

Cette hypothèse peut se présenter lorsqu'il existe plusieurs dettes entre le créancier et le débiteur et que l'une seulement de ces dettes est cautionnée. La caution ne sera donc libérée que si c'est la dette garantie qui a été réglée.

Le paiement fait doit pouvoir libérer<sup>211</sup> effectivement et intégralement le débiteur. La caution ne peut valablement opposer cette exception au créancier que si et seulement si il prouve que le paiement a été réellement effectué. Le paiement doit être effectué par le débiteur principal<sup>212</sup> pour éviter une éventuelle subrogation légale ou conventionnelle qui placerait le tiers solvens dans la même situation à l'égard du créancier.

---

<sup>209</sup> Cass. com., 17 juill. 2001 : Rev. sociétés, janv.-mars 2002, p. 45, note M.-L. COQUELET. « Le prêt est ainsi une obligation à terme. ».

<sup>210</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 163.

<sup>211</sup> Ibid.

<sup>212</sup> Ibid.



## **II. AUTRES HYPOTHESES D'EXTINCTION**

Il s'agit des situations dans lesquelles l'obligation est éteinte alors que le créancier n'a pas reçu la prestation attendue du débiteur. Cela peut résulter de plusieurs circonstances qui dépendront ou non de sa volonté. Le caractère accessoire du cautionnement a pour conséquence l'opposabilité des exceptions tenant aux rapports entre le débiteur principal et le créancier.

L'article 654 du code civil algérien pose en quelque sorte une règle générale car il prévoit que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette appartenant au débiteur principal et qui tendent à réduire, éteindre ou différer la dette.

Ainsi, en cas de remise de dette, sauf si elle est faite dans le cadre des procédures collectives ouvertes contre le débiteur, le créancier ne reçoit aucun paiement mais renonce à sa créance. Le créancier reçoit également une satisfaction indirecte en cas de dation en paiement, de novation, de compensation, de confusion ou encore de prescription. Toutes ces causes d'extinction ont été précédemment envisagées s'agissant de l'extinction de la dette de la caution. Elles ne présentent donc aucune particularité ici sauf qu'elles portent cette fois sur la dette principale elle-même.

Quelques précisions ont toutefois été apportées s'agissant de la dation en paiement et de la novation. Pour ce qui est la dation<sup>213</sup>, les articles 285 et 655 du code civil algérien<sup>214</sup> prévoient qu'elle libère définitivement la caution même si le créancier est ensuite évincé de la chose qu'il a reçue. Quant à la novation<sup>215</sup>, il s'agit bien évidemment de la novation de

---

<sup>213</sup> « La dation en paiement (art. 1582, art. 2038 du code civil français) - (les articles de 285 à 286 du code civil algérien) est le fait de donner en paiement au créancier autre chose que ce qui lui est dû : une somme d'argent à la place d'un bien, ou plus souvent à l'inverse, un bien ou un service à la place d'une somme d'argent ( exemple du client impécunieux qui règle son dîner au restaurant en « faisant la plonge » ou en dessinant une œuvre d'art sur la nappe ...), voir un bien à la place d'un autre ». Alain BENABENT, Droit civil, Les obligations, Edition Montchrestien, 11<sup>e</sup> éd.2008. p. 597.

<sup>214</sup> Article 2038 du code civil français.

<sup>215</sup> « La novation (les articles de 1271 à 1274, 1277 à 1281 du code civil français) - (les articles de 287 à 296 du code civil algérien) est l'extinction d'une obligation par création d'une « nouvelle » obligation qui la remplace. Au lieu de recevoir paiement immédiat, le créancier accepte de renoncer à sa créance en contrepartie d'un nouvel engagement pris envers lui, différent du premier. Elle se caractérise par un changement d'obligation : la première s'éteint (sans être payée) pour être remplacée par une nouvelle obligation. Elle se distingue d'une simple modification de l'obligation initiale : en cas de modification, c'est l'obligation originaire qui subsiste avec ses caractères et ses accessoires (suretés notamment) alors que la novation fait disparaître cette obligation originaire pour lui substituer un nouveau lien de droit qui n'a pas les mêmes caractères et accessoires. ». ALAIN BENABENT, op.cit., p. 593.

l'obligation principale qui selon l'article 287 du code civil algérien peut être justifiée par le changement d'objet ou de cause, la modification des modalités ou sûretés de la dette. La caution est libérée dans tous ces cas de figure sauf si elle accepte de reporter sa sûreté sur la nouvelle dette. Mais elle ne peut exercer son option qu'une fois la novation intervenue car toute clause antérieure est réputée non écrite.

### **§ 3. LA PERTE DU BENEFICE DE SUBROGATION**

La subrogation consiste dans un rapport à substituer une chose ou une personne obéissant au même régime juridique à une autre qu'elle remplace. C'est l'action même du créancier contre le débiteur, qui est transmise à la caution par le mécanisme de la subrogation personnelle légale<sup>216</sup>.

Lorsqu'il s'agit d'une chose, la subrogation est dite réelle. Lorsqu'il s'agit d'une personne, elle est dite personnelle. Elle se produit à l'occasion du paiement. C'est pourquoi la caution qui réalise le paiement doit y bénéficier. Au terme de l'article 657 alinéa 2 du code civil algérien, « *La caution est déchargée si le créancier n'entreprend pas les poursuites contre le débiteur dans un délai de six mois, à partir de la sommation à lui faire par la caution, à moins que le débiteur ne fournisse à celui-ci une garantie suffisante* ».

Le bénéfice de cession d'actions peut être opposé par la caution à un créancier lorsque ce dernier par son fait l'empêche d'être subrogée dans ses droits. En raison de la faute du créancier, le recours subrogatoire reconnu à la caution contre le débiteur principal devient illusoire<sup>217</sup>. Le bénéfice de subrogation consacré en droit français des sûretés par l'article 2304 du code civil, et en droit algérien des sûretés par l'article 656 du Code civil, est une cause d'extinction du cautionnement<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 153.

<sup>217</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 225.

<sup>218</sup> E. CORDELIER, « *A propos de l'article 2037 du Code civil français* », RTD com. 2004, 667.

La jurisprudence de la Cour de cassation française a conféré à l'article 2304 du Code civil un domaine d'application étendu<sup>219</sup>. Toutes les cautions personnelles peuvent invoquer le bénéfice de subrogation<sup>220</sup>. Les cautions solidaires ne sont pas privées du bénéfice alors même que les codébiteurs solidaires ne disposent pas d'un tel droit. Le certificateur de caution et la sous-caution sont également concernés. L'article 2304 du code civil français est d'ordre public.

S'il arrive donc que la subrogation aux droits du créancier rencontre des obstacles (I) ceci aura pour conséquence de décharger la caution de son obligation (II).

## **I. LES OBSTACLES A LA SUBROGATION**

Certains faits sont susceptibles de rendre la subrogation impossible. On parle souvent de fait du créancier. Mais en réalité on retient qu'il faut une faute (A) emportant l'impossibilité de subroger (B).

### **A. LA FAUTE DU CREANCIER**

Il s'agit des différentes fautes que peut commettre le créancier pour empêcher la réalisation de la subrogation. La perte peut porter sur les garanties ou sur les droits.

Il y a ainsi perte de garantie susceptible de constituer une faute du créancier si l'on constate par exemple la mainlevée prématurée d'une hypothèque, d'un nantissement de fonds de commerce ou de valeurs mobilières ; le dessaisissement d'un gage ou d'un droit de rétention ou d'une clause de réserve de propriété, le non renouvellement d'une inscription hypothécaire, etc. La caution peut ainsi reprocher au créancier de s'être dessaisi de biens ou d'effets de commerce, compromettant ainsi le recouvrement des créances. Il s'agit là des fautes consistant en des actes positifs.

---

<sup>219</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2002, Bull. Civ. I, n° 257.

<sup>220</sup> La doctrine reconnaissait ce bénéfice à la caution réelle. Mais depuis que la Cour de cassation française a considéré que la sûreté n'était pas un cautionnement, le doute n'est plus permis.

Le fait du créancier peut consister en une abstention, le défaut d'inscription ou de renouvellement d'hypothèque, le défaut d'exercice en temps utile de l'action en revendication<sup>221</sup>, la perte de possession des biens assiettes de la garantie, l'absence d'exercice des voies de recours nécessaires à la préservation des privilèges, l'absence de recouvrement d'un effet impayé<sup>222</sup>, la mise en œuvre tardive d'un nantissement sur le fonds de commerce<sup>223</sup>, l'omission de faire valoir son droit préférentiel sur une indemnité d'assurance, l'omission de faire valoir son droit préférentiel sur une indemnité d'assurance, l'omission de procéder à une inscription modificative du nantissement, ou le cas de fusion-absorption qui met fin à l'obligation de couverture de la caution<sup>224</sup>. Il y a également décharge de la caution lorsque le créancier ne respecte pas des engagements contractuels antérieurs<sup>225</sup>. La Cour de cassation française impose aux juridictions de bien vérifier que le fait du créancier a un caractère fautif.

Pour ce qui est des droits, il doit s'agir de droits préférentiels autrement dit ceux qui confèrent au créancier une situation meilleure, supérieure à celle qui découle du simple droit de gage général. On peut citer ici la perte par le créancier d'une action en revendication, en résolution ou en nullité, la perte des recours contre un coobligé ou la perte des droits conférés par une saisie.

Mais qu'il s'agisse de droit ou de garantie, la caution ne peut se prévaloir en principe que la perte de ceux qui existaient antérieurement à son engagement. La faute du créancier proprement dit peut être intentionnelle ou résulter d'une simple négligence surtout dans les cas de non renouvellement d'inscription des sûretés ou de non respect des délais de revendication. Elle peut résulter d'un acte positif ou d'une simple abstention. La faute peut émaner du créancier lui-même ou de ses mandataires et préposés. La jurisprudence retient

---

<sup>221</sup> Cass. com., 14 juin 1994 : Defrénois 1995, 96. « Si le vendeur bénéficie à la fois d'un cautionnement et d'une clause de réserve de propriété, aucun texte ne subordonne l'exercice de son recours contre la caution à la revendication préalable du bien vendu ».

<sup>222</sup> Cass. com., 6 févr. 1996 : RTD com. 1997, 144, obs. A. MARTIN-SERF.

<sup>223</sup> Cass. com., 28 janv. 2004 : JCP, G, 2004, I, 188 n° 10, obs. PH. SIMLER. Le fonds avait perdu toute sa valeur.

<sup>224</sup> Dorothee GALLOIS-COCHET, *Droit des Contrats*, Revue l'ESSENTIEL n° 10, Editions LEXTENSO, Novembre 2009, p. 2 ; Cass. com., 30 mai. 2009, pourvoi n° 08-10719.

<sup>225</sup> Cass. com., 28 mai 1996 : RD bancaire et bourse 1996, p. 212. (Non respect de la clause par laquelle le créancier doit réaliser son gage avant de poursuivre la caution) ; Cass. com., 18 juin 1996 : RD bancaire et bourse 1996, p.212. (Non-respect de l'affectation des fonds prêtés au débiteur)

aussi bien la faute volontaire que la faute d'imprudence. Les fautes s'apprécient par référence au comportement exigé du bon père de famille<sup>226</sup>.

Le fait fautif doit être prouvé mais la doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir qui de la caution ou du créancier doit supporter la charge de la preuve. Toujours est-il qu'il faut prouver non seulement la faute du créancier mais aussi prouver le lien de causalité entre cette faute et la perte du droit invoqué.

## **B. L'IMPOSSIBILITE DE SUBROGER**

La faute du créancier doit avoir eu pour conséquence l'impossibilité pour la caution d'être subrogée normalement dans les droits de ce dernier. Il faut donc que la caution ait subi un préjudice. Il résulte de cette exigence que l'exception de subrogation ne peut être admise lorsque le droit du créancier était voué à l'inefficacité en raison de son rang, de l'absence de valeur réelle de son assiette ou si la sûreté a été réalisée aux meilleures conditions possibles.

## **II. LES EFFETS**

Le principal et unique effet reste celui de la décharge de la caution (A).

### **A. LA DECHARGE DE LA CAUTION**

Le principe est que la perte du bénéfice de subrogation décharge la caution (1) bien que le problème de sa consistance soit sujet à discussion (2).

#### **1. Le principe de la décharge de la caution**

La décharge de la caution est l'une des principales conséquences de la perte du bénéfice de subrogation. Logiquement, la caution ne devrait plus être tenue à l'égard du créancier. La caution doit être entièrement déchargée, aucune obligation ne devant plus peser sur elle. La perte du bénéfice de subrogation joue comme une exception opposée par la caution poursuivie en paiement par le créancier. Elle profite aussi bien à la caution simple qu'à la caution solidaire.

---

<sup>226</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 230.

En France, la Cour de cassation semble consacrer une thèse plus favorable à la caution<sup>227</sup>, selon laquelle la preuve incombe au créancier plutôt qu'à la caution : « *Il appartient au créancier, pour ne pas encourir la déchéance de ses droits contre la caution, d'établir que la perte d'un droit préférentiel a causé à celle-ci un préjudice antérieur au montant de son engagement ou ne lui en a causé aucun*<sup>228</sup>. »

La caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits pouvant lui être transmis par subrogation<sup>229</sup>. Le plus souvent, la décharge de la caution est donc partielle<sup>230</sup>. La valeur du droit pouvant être transmis par subrogation doit s'apprécier à la date de l'exigibilité de la caution, c'est-à-dire à la date de la défaillance de la société débitrice principale<sup>231</sup>.

## **2. La consistance de la décharge**

La caution ne doit être déchargée qu'en proportion de la valeur des droits perdus. Exemple : Supposons un cautionnement d'un montant de 2.000.000 DA; si le créancier abandonne le rang d'une sûreté et par conséquent se dessaisit d'un gage ou renonce expressément à réaliser un gage d'un montant de 1.500.000 DA, la caution bénéficie d'une décharge partielle à hauteur de 1.500.000 DA, et sera tenue pour la partie restante qui est de 500.000 DA. L'article 657 du Code civil algérien précise que « *la caution est déchargée jusqu'à concurrence de la valeur des sûretés que le créancier a laissé perdre par sa faute....* ».

Enfin, d'autres garanties issues des pratiques bancaires et commerciales (chapitre II) sont apparues pour faire concurrence au cautionnement, trop favorable aux cautions et parfois trop contraignant pour les créanciers.

---

<sup>227</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 232.

<sup>228</sup> Cass. civ. I, 21 mai 2004 : RD bancaire et fin., mars-avril 2005, comm. 41, obs. Dominique LEGEAIS.

<sup>229</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 mai 1994, RTD civ. 1994, 906, obs. M. BANDRAC.

<sup>230</sup> Cass. com., 27 nov. 2001 : Juris-Data n° 012025.

<sup>231</sup> Cass. com., 5 juill. 2005.

**CHAPITRE II :**  
**LES ALTERNATIVES ISSUES DES PRATIQUES**  
**BANCAIRES ET COMMERCIALES**

Pour garantir le remboursement de leurs crédits bancaires, les banques, en quête d'une solide garantie de paiement, se sont détournées du cautionnement au profit d'autres garanties personnelles constituant des alternatives, autrement dit des garanties de substitution au cautionnement.

Ces alternatives permettent de remplir un même rôle semblable à celui proposé par le cautionnement sans présenter, d'une part, les rigidités et imperfections de son fonctionnement, d'autre part, les faveurs accordées au garant sur le fondement de son caractère accessoire renforcé<sup>232</sup>.

Les garanties personnelles alternatives au cautionnement peuvent être recherchées dans l'utilisation de mécanismes issus du droit commun des obligations ou des garanties issues de la pratique internationale des affaires<sup>233</sup>. C'est le cas de la lettre d'intention (section II) et de la garantie indépendante (section I) : les seuls qui feront l'objet de notre présente étude. D'autres garanties comme la solidarité, la délégation imparfaite, la promesse de portefort et le constitut ne seront pas ici développées.

---

<sup>232</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 195.

<sup>233</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 265.

## **SECTION I.**

### **LES GARANTIES INDEPENDANTES (AUTONOMES)**

La garantie autonome, indépendante, ou à première demande peut se définir comme « un engagement de payer une certaine somme, pris en considération d'un contrat de base et à titre de garantie de son exécution, mais constitutif d'une obligation indépendante du contrat garanti et caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat. L'hypothèse de la fraude étant cependant réservée »<sup>234</sup>. L'étude de sa qualification (§.1) et de son régime (§.2) sont nécessaire à la compréhension de cette institution.

#### **§.1 : LA QUALIFICATION JURIDIQUE ET LES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA GARANTIE INDEPENDANTE**

La garantie autonome est beaucoup plus sûre pour le créancier que le cautionnement puisque le garant ne peut opposer au créancier les exceptions tenants à l'obligation garantie<sup>235</sup>.

Il est ici nécessaire de connaître les conditions de formes et de fonds qui conditionnent la validité de la garantie indépendante (II), après une lecture sur sa qualification juridique (I).

#### **I. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA GARANTIE INDEPENDANTE :**

Analysées comme un contrat *sui generis*<sup>236</sup>, résultant de la seule volonté des parties, les garanties bancaires ont pu, à la faveur de cette liberté contractuelle, donner naissance à un engagement autonome et indépendant du contrat commercial<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> J.-L. RIVES-LANGE, « *Les garanties indépendantes et le rôle des banques* », Banque n° 468, janvier 1987. p. 11.

<sup>235</sup> Georges DECOQ, Yves GERARD, Juliette MOREL-MAROGER, *Droit Bancaire*, Editions Revue Bancaire éd., 2010, p. 220.

<sup>236</sup> Tuto ROSSI, *la garantie bancaire à première demande : pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, Méta-Editions 2009, p. 113.



C'est le seul point concordant que l'on retrouve tant en doctrine, en jurisprudence qu'en droit conventionnel. Les auteurs divergent sur le point de savoir si la garantie est un contrat ou une déclaration unilatérale de volonté<sup>238</sup>.

Le garant promet au bénéficiaire le versement d'une somme d'argent du fait que, selon le bénéficiaire, l'obligation incombant au donneur d'ordre n'a pas été remplie. En cela, le garant assume une obligation indépendante du contrat commercial et son engagement est délivré à titre principal et non subsidiaire<sup>239</sup>.

Notre droit national ne connaît pas, juridiquement parlant, cette institution. En effet, ni le code civil, ni le code commercial ne la prévoit dans leurs articles. Par contre on peut la trouver dans les pratiques bancaires et commerciales et celles relatives aux conclusions des contrats de marchés public<sup>240</sup>.

La garantie indépendante, souvent appelée garantie à première demande ou garantie autonome, est une création de la pratique bancaire internationale<sup>241</sup> ou elle a peu à peu, supplanté le cautionnement en raison d'une grande efficacité due à son caractère indépendant, et s'est substituée, également, au dépôt de garantie ou à une consignation de fonds<sup>242</sup>. Création de la pratique, elle n'est pas toujours de ce fait d'une précision absolue et elle a une nature juridique parfois difficile à cerner<sup>243</sup>.

La garantie indépendante a pour première particularité de ne pas être un cautionnement, et pour cette raison d'éviter certaines protections des cautions telles : le bénéfice de subrogation ou les exceptions provenant de l'exécution du contrat principal par le débiteur. Sa seconde particularité est de ne pas être accessoire de l'opération principale et de

---

<sup>237</sup> Hubert MARTINI – Dominique DEPREE – Joanne KLEIN-CORNEDE, op.cit., p. 357 ; DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, op.cit., p. 464.

<sup>238</sup> Charles MOUMOUNI, « le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire à première demande », REVUE JURIDIQUE THEMIS, N° 31, 797, 1997.

<sup>239</sup> Hubert MARTINI – Dominique DEPREE – Joanne KLEIN-CORNEDE, préc. ; DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, préc.

<sup>240</sup> C. LAJOYE, Droit des marchés publics, Editions BERTI 2007, p. 177.

<sup>241</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 280.

<sup>242</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 231.

<sup>243</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, Droit bancaire, Edition PUF DROIT 2003. p. 484.

priver le garant des exceptions inhérentes à la dette : inexécution par le créancier, prescription, paiement déjà effectué, etc<sup>244</sup>. Un garant s'engage alors à payer un créancier, à première demande de sa part, sans pouvoir lui opposer d'exception<sup>245</sup>.

En France, la Cour de cassation avait défini la garantie indépendante comme : « le contrat par lequel une banque s'engage à effectuer, sur la demande d'un donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenu, sans que l'établissement financier puisse différer le paiement ou soulever une contestation quelconque pour quelque cause que se soit »<sup>246</sup>.

Le schéma contractuel est relativement simple. Une personne, le garant, souvent une banque, s'engage à la demande d'un débiteur, à verser à un créancier une somme d'argent dans le cas où celui-ci estime que le donneur d'ordre est défaillant dans l'exécution des obligations que la garantie est destinée à couvrir<sup>247</sup>.

La garantie à première demande, à l'opposé du cautionnement qui est marqué par son caractère accessoire, est fondée sur l'idée de l'autonomie de l'engagement. L'opposabilité de certaines exceptions, consacrée par les dispositions du Code civil français en matière de cautionnement, est antinomique avec la garantie à première demande. Celui qui se porte caution est un débiteur accessoire alors que le garant à première demande est un débiteur principal<sup>248</sup>.

En effet, le législateur français a considéré, à juste titre, que cette formulation n'était qu'une des manifestations possibles de cette garantie particulière, distincte du cautionnement, et dont la caractéristique est de faire naître à la charge du garant une obligation autonome par rapport à l'obligation garantie. La terminologie retenue (garantie autonome, plutôt que garantie à première demande), ainsi que la définition que donne de l'opération l'article 2321,

---

<sup>244</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *op.cit.*, p. 331.

<sup>245</sup> Dominique LEGEAIS, *préc.*

<sup>246</sup> Cass. com., 20 déc. 1982 : D. 1983, note M. Vasseur ; RTD com. 1983, 446, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

<sup>247</sup> Hubert MARTINI – Dominique DEPREE – Joanne KLEIN-CORNEDE, *op.cit.*, p. 359.

<sup>248</sup> Jean-Pierre MATTOUT, *Droit Bancaire International*, Revue Banque Edition, 3<sup>e</sup> édition 2003, p. 210.

alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, marquent clairement qu'il peut y avoir une telle garantie même en l'absence de la rituelle clause « à première demande »<sup>249</sup>.

Les pays de *common law* connaissent la même distinction avec la *guarantee*, obligation accessoire, et l'*indemnity*, engagement principal. En Allemagne, la jurisprudence concilie les deux notions (autonomie et caractère accessoire), et cela à travers le « *cautionnement à première demande* », une sûreté hybride<sup>250</sup>.

Lorsqu'une clause de paiement à première demande figure dans une convention, la Cour de cassation française ne retient qu'une alternative<sup>251</sup>. La clause produit ses effets si la convention souscrite est une véritable garantie autonome. Si la garantie est un cautionnement, elle serait dépourvue de toute portée<sup>252</sup>. La doctrine considère cette analyse trop radicale, puisqu'il existe en droit français des conventions qui, bien que qualifiées de cautionnement, s'en distinguent assez fondamentalement et qui sont donc déjà des garanties batardes<sup>253</sup>. Elle ajoute que les principes en jeu en droit allemand sont les mêmes en droit français.

## **A. LES INSTITUTIONS VOISINES**

La garantie à première demande offre un cadre idéal aux transactions, son domaine est donc vaste puisqu'elle est utilisée tant au niveau international qu'interne. Or pour que cette application soit effective, ses frontières avec les institutions voisines doivent être définies.

Elle est très proche de certaines institutions mettant en jeu des relations triangulaires telles que cautionnement, le crédit documentaire et la délégation.

---

<sup>249</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, réforme du droit des sûretés, numéro spécial 84-1, éditions législatives Juin 2006, p. 8140.

<sup>250</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, réforme du droit des sûretés, numéro spécial 84-1, préc.

<sup>251</sup> C.A. Lyon, 12 sept. 2002 : RD bancaire et fin., mai-juin 2003, comm. 110, obs. D.L.

<sup>252</sup> Cass. com., 8 oct. 2003 : JCP, G, 2004, I, 141, n° 8 et II, 10069, note S. GUTTERIEZ -LACOUR, A.-S. BARTHES.

<sup>253</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., pp. 301 et 302.

## **1. Garantie à première demande et cautionnement**

Par définition, le cautionnement est l'engagement pris par une personne, la caution, au profit du créancier, d'exécuter l'obligation en cas de défaillance du débiteur principal. Le cautionnement et la garantie à première demande ont des points communs et des traits distinctifs<sup>254</sup>. La ressemblance, est que le créancier pourra s'adresser au garant en cas de défaillance de son débiteur<sup>255</sup>.

Le cautionnement est reconnu comme étant la sûreté personnelle par excellence. Elle met en présence trois personnes : un créancier, un débiteur et une caution et c'est cette dernière qui s'engage à payer la dette du débiteur principal au cas où celui-ci n'exécute pas l'obligation de paiement. Cela suppose donc l'existence d'une obligation principale à propos de laquelle la caution s'oblige.

Quant à la garantie à première demande, elle met également en rapport trois protagonistes : donneur d'ordre, bénéficiaire et garant. Tout comme pour la caution, l'engagement du garant est destiné à assurer l'exécution de l'obligation assumée par le donneur d'ordre au profit du bénéficiaire. Dans les deux cas, l'intervention effective du tiers (caution ou garant) est incertaine car subordonnée à la défaillance du débiteur.

En définitive, nous sommes bien en présence de sûretés personnelles, l'une est d'origine légale; c'est un contrat nommé qui obéit à des règles strictes, et l'autre est née de la pratique, aménagée conventionnellement par les parties. Ces deux institutions sont néanmoins différentes.

Le cautionnement a pour objet la même obligation que celle qui pèse sur le débiteur principal. Elle s'oblige donc à payer la dette d'autrui, à exécuter l'obligation dont est tenu le débiteur principal. Quant à lui, le garant contracte une dette personnelle distincte de celle du donneur d'ordre, il ne s'engage pas à payer sa dette au cas où celui-ci n'y satisfait pas. L'obligation du garant consiste toujours en une somme d'argent prédéterminée, alors que celle du donneur d'ordre est souvent une obligation en nature.

En conséquence, la différence fondamentale au regard de l'objet réside dans le fait que l'obligation assumée par la caution et le garant n'est jamais la même, l'un réalisant ce que le

---

<sup>254</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 21.

<sup>255</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, op.cit., p. 485.

débiteur principal n'a pas réalisé lui-même, l'autre indemnisant le bénéficiaire du manquement reproché au donneur d'ordre.

Enfin, Le cautionnement est dépendant de l'obligation principale tandis que la garantie à première demande s'en détache pour devenir un contrat principal, au même titre que le contrat originel. C'est pourquoi la garantie à première demande est qualifiée de garantie autonome.

## **2. Garantie à première demande et crédit documentaire**

Le rapprochement entre le crédit documentaire et la garantie est fondée sur l'autonomie de chacun de ces deux engagements ainsi que sur l'identité de schéma qu'ils empruntent. Ce rapprochement s'impose avec d'autant plus de vigueur lorsque le crédit documentaire est irrévocable. Ces instruments font, en effet, intervenir les mêmes personnages : un donneur d'ordre, un banquier et un bénéficiaire. Ils poursuivent également un même objectif à savoir instaurer un climat de confiance et de sécurité aux relations commerciales.

Tout d'abord, le crédit documentaire est toujours subordonné à la remise de documents tel qu'énumérés dans l'acte lui-même. Le banquier prend donc l'engagement de ne se dessaisir des fonds que contre la remise de documents représentant, généralement, la marchandise<sup>256</sup>.

Par ailleurs, la garantie à première demande peut cependant être documentaire<sup>257</sup>. Dans ce cas, comme pour le crédit documentaire, le banquier garant ne sera tenu de s'exécuter que contre remise des documents prévus à l'acte de garantie.

Dans ce cas, qu'il s'agisse de crédit documentaire ou de garantie à première demande documentaire, le banquier doit s'en tenir strictement à la remise pure et simple desdits documents, à leur régularité formelle. Il ne doit en aucune manière apprécier la sincérité du contenu de ces documents ni refuser le paiement pour quelque motif que ce soit.

---

<sup>256</sup> F. GRUA, Contrats bancaires, Les contrats de services -Tome 1, Editions Economica 1990, p. 283.

<sup>257</sup> Le principe de la garantie documentaire subordonne la mise en jeu de la garantie à la présentation par le bénéficiaire d'un ou plusieurs documents, destinés non à prouver, mais seulement à accréditer le bien fondé de sa demande. », Hubert MARTINI – Dominique DEPREE – Joanne KLEIN-CORNEDE, op.cit., p. 365.

La proximité entre ces deux opérations n'est plus à démontrer, toutes deux sont des engagements autonomes, indépendants par rapport au contrat de base. C'est donc, probablement le crédit documentaire qui fournit le cadre juridique le plus proche de celui de la garantie à première demande<sup>258</sup>.

Toutefois, ces deux institutions sont à distinguer via leur objet. En effet, l'intervention de la banque émettrice du crédit documentaire dépend de l'exécution présumée de l'obligation de base qui consiste dans le paiement au bénéficiaire de la somme due au titre du marché<sup>259</sup>.

En revanche, le banquier garant dans la garantie à première demande n'interviendra qu'en cas d'inexécution présumée de l'obligation du donneur d'ordre, sur appel du bénéficiaire. En outre, il sera tenu de payer non pas ce qui est dû au titre du contrat de base mais une somme considérée comme étant une pénalité.

Par conséquent, la différence fondamentale entre crédit documentaire et garantie à première demande réside dans leur objet. L'engagement assumé par le banquier est le même (paiement d'une somme d'argent), mais il n'est pas mis en œuvre de la même manière (dans un cas il y a exécution de l'obligation, dans l'autre il y a exécution).

Enfin, le crédit documentaire libère le donneur d'ordre après paiement tandis que la garantie une fois payée laisse subsister l'obligation de base<sup>260</sup>.

### **3. Garantie à première demande et délégation**

La délégation est une opération juridique par laquelle une personne, le délégué, sur l'ordre d'une autre personne, le délégant, s'engage envers une troisième, le délégataire<sup>261</sup>. Ce mécanisme met également en jeu trois personnages : le délégué (le garant), le délégant (le donneur d'ordre) et le délégataire (le bénéficiaire). La caractéristique première rapprochant ces deux institutions est celle de l'indépendance de l'engagement du délégué envers le délégataire. Il en résulte que le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions et moyens de défense qu'il avait contre le délégant. Parallèlement, le garant, dans une garantie à

---

<sup>258</sup> Jean-Pierre MATTOU, op.cit., p. 210.

<sup>259</sup> Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, Droit bancaire, Litec 2008, p. 313

<sup>260</sup> E. CAPRIOLI, Le crédit documentaire, Litec, p. 271.

<sup>261</sup> MAZEAUD et CHABAS, Leçons de Droit Civil, T. 3, vol. 1 Montchrestien, p.1259.

première demande, ne peut pas non plus opposer au bénéficiaire les exceptions tirées du contrat de base le liant au donneur d'ordre

La caractéristique première rapprochant ces deux institutions est celle de l'indépendance de l'engagement du délégué envers le délégataire. Il en résulte que le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions et moyens de défense qu'il avait contre le délégant. Et, le garant, dans une garantie à première demande, ne peut pas non plus opposer au bénéficiaire les exceptions tirées du contrat de base le liant au donneur d'ordre.

Néanmoins, la principale distinction entre ces deux sûretés tient de l'objet même de l'obligation. S'agissant de la délégation, le délégué exécute l'obligation du délégant, tandis que le garant, dans le cas d'une garantie à première demande, exécute une obligation qui lui est propre, différente de celle du donneur d'ordre. Ceci a pour conséquence capitale, que, dans le premier cas, le débiteur initial se trouve libéré par le paiement effectué par le délégué, alors que dans le deuxième cas, le paiement de la garantie ne retire pas pour autant l'obligation de base relative au donneur d'ordre.

#### **4. Les caractères de la garantie à première demande :**

En France, deux arrêts du 20 décembre 1982 consacrent les principes de l'autonomie de la garantie et de l'inopposabilité des exceptions<sup>262</sup>. La garantie à première demande est caractérisée par le caractère personnel de l'engagement souscrit par le garant, par le principe de l'autonomie dans lequel elle puise sa force et enfin par le principe de l'inopposabilité des exceptions véritable protection dont dispose le bénéficiaire.

#### **B. LE CARACTERE PERSONNEL DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE**

Il s'agit d'un contrat personnel entre le garant et le bénéficiaire, le donneur d'ordre ne peut donc pas interférer sur son exécution, ni même l'empêcher : il est un tiers totalement étranger à ce contrat. Nous sommes en présence de trois contrats distincts : l'un conclu entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre ; il s'agit du contrat principal. Le second entre le donneur

---

<sup>262</sup> Cass. com., 20 décembre 1982, Bull. civ., IV, n° 348.

d'ordre et le garant et enfin, le contrat entre le garant et le bénéficiaire. C'est ce dernier contrat qui constitue la garantie autonome<sup>263</sup>.

A ce titre, la chambre commerciale de la cour de cassation française<sup>264</sup> a requalifié un contrat de garantie à première demande en cautionnement parce que le contenu de l'acte de garantie précisait que la banque s'engageait à régler " *toutes les sommes dues par le débiteur comme décrit ci-dessus*". Par conséquent, l'engagement du garant a pour objet principal la dette du débiteur principal, et non pas celle du garant. Cette requalification a eu lieu malgré l'énonciation dans l'acte de garantie de la mention « *garantie à première demande* ».

Le garant s'oblige à payer une dette nouvelle qui lui est personnelle et non la dette du débiteur. Ce rapport issu du contrat principal est matérialisé par la lettre de garantie, où le garant prend l'engagement envers le bénéficiaire de s'exécuter dès appel de celui-ci. La conséquence majeure de ce caractère personnel est l'obligation qui pèse sur le garant, il prend en charge un résultat et promet d'indemniser à première demande le bénéficiaire du fait, que selon ses dires, ce résultat n'a pas été atteint. Lorsque le bénéficiaire fait jouer la garantie, le garant se doit d'exécuter son obligation sans qu'il puisse invoquer les exceptions tirées du contrat de base. S'il refuse, il est personnellement responsable et encourt les risques d'un recours direct contre lui.

Par ailleurs, la garantie à première demande est fortement marquée par l'intuitu personae et suppose une confiance élevée de la part de tous les protagonistes<sup>265</sup>. La confiance est à l'origine de ce contrat, ainsi le donneur d'ordre doit pouvoir se fier au garant. Il est certain que l'efficacité de toute sûreté personnelle dépend de la bonne foi et surtout de la solvabilité du garant. Le garant étant généralement un établissement de crédit, la couverture promise au bénéficiaire est donc effective, puisque les établissements publics sont soumis à une surveillance des pouvoirs.

De plus, l'intérêt du garant est de protéger sa notoriété, ainsi dans son engagement envers le bénéficiaire, il s'oblige à ne pas s'immiscer dans les rapports entre donneur d'ordre

---

<sup>263</sup> Stéphanie CALOT, « *Nature juridique de l'obligation de garantie* », Mémoire de DEA, université de Lille, 1999.

<sup>264</sup> Cass. Com 13 décembre 1994.

<sup>265</sup> André PRUM, *Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie*, Litec 1994, p.102.



et bénéficiaire de la garantie, sous peine d'engager sa responsabilité et de nuire à sa réputation professionnelle. La jurisprudence, pour protéger des personnes physiques, souscripteurs de garanties, a eu une conception extensive du dol. L'exemple en est l'annulation par la Cour de Paris d'une garantie à première demande émise par l'épouse d'un gérant de société au profit d'un établissement de crédit-bail, en raison du dol dont ce dernier se serait rendu coupable en manquant d'attirer l'attention de la garante sur la portée de son engagement<sup>266</sup>.

Dans les transactions internationales, le bénéficiaire de la garantie préfère généralement avoir recours à un garant local pour davantage de sécurité afin d'éviter toute contestation en cas d'appel en garantie. Le garant local répond aussi à un souci de confiance puisque habituellement il s'agit de l'établissement de crédit avec lequel le bénéficiaire est en relation professionnelle.

### **1. l'autonomie de la volonté**

Le caractère autonome a été consacré pour la première fois en jurisprudence par deux arrêts de la chambre commerciale de la cour de cassation française du 20 décembre 1982.

En effet, la chambre commerciale reconnaît de manière explicite le caractère autonome de cette garantie : *« restituant à l'engagement de la banque son véritable fondement, une Cour d'appel qui relève qu'une banque s'est engagé envers une société à payer à première demande, décide à bon droit que cet engagement ne constituait pas un cautionnement mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir des exceptions que son client donneur d'ordre pouvait opposer à ladite société avec laquelle celle-ci avait passé un contrat et tenant du contrat les unissant. »*<sup>267</sup>

L'autonomie de la garantie signifie donc que l'engagement du garant est constitutif d'une dette nouvelle à sa charge, et que cette dette est indépendante de celle qu'elle tend à garantir. Le garant souscrit un engagement nouveau de payer une certaine somme déterminée par le contrat de base et qui est sans rapport nécessaire avec l'objet ou l'étendue des obligations du débiteur.

---

<sup>266</sup> C.A. Paris, 27 juin 1990, RD bancaire, 1992, p. 27, obs. CONTAMINE-RAYNAUD ; RTD com., 1991, 81, obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

<sup>267</sup> Jean COURTIER, *La garantie à première demande : une nouvelle sûreté pour les créanciers*, Petites Affiches n°61, 23 mai 1994.

C'est la théorie de l'objet de la garantie à première demande qui permet de justifier cette autonomie. L'engagement que souscrit le garant a un objet différent de celui de la dette garantie. Le garant s'engage à accomplir une prestation autre que celle du débiteur. Son obligation a pour objet le versement d'une somme d'argent prévue par le contrat de garantie. Le garant ne s'engage pas à payer la dette d'autrui ; lorsqu'il exécute son engagement, il paie sa propre dette<sup>268</sup>.

La garantie doit donc s'exécuter indépendamment du contrat de base dont elle est indépendante, mais cette autonomie n'est pas absolue, elle cède en cas de fraude ou d'abus manifeste.

La conséquence essentielle de l'autonomie du contrat de garantie à première demande est sans aucun conteste le principe de l'inopposabilité des exceptions.

## **2. Inopposabilité des exceptions**

La cause de la garantie autonome se situe dans les relations entre le garant et le donneur d'ordre, et non pas dans les relations donneur d'ordre et bénéficiaire, car si tel était le cas, la disparition du contrat principal aurait pour effet l'anéantissement de la garantie autonome. Aussi, alors que l'objet de la caution est de payer la dette du débiteur principal, ce qui entraîne l'opposabilité des exceptions tenant à cette dette<sup>269</sup>, l'objet de la garantie autonome est déterminé par l'accord du garant avec le bénéficiaire, et les parties sont en principe libres de déterminer l'objet de leur contrat. Le garant ne s'engageant pas à payer la dette du débiteur, il ne peut soulever les exceptions tirées du contrat de base<sup>270</sup>.

D'une manière assez voisine, MM. Marty Raynaud et JESTAZ<sup>271</sup> considèrent, que « *l'inopposabilité des exceptions résulte simplement de l'effet relatif des contrats, ou plus*

---

<sup>268</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, *op.cit.*, p. 484.

<sup>269</sup> A cet effet, l'article 2036 du Code civil Français dispose, « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. »

<sup>270</sup> BORGA Nicolas, « *la qualification de garantie autonome* », Mémoire D.E.A Droit Privé Fondamental, université Jean Moulin Lyon 3, p. 45.

<sup>271</sup> Marty RAYNAUD et JESTAZ, *Droit civil, Les obligations, Tome II, Le régime*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey 1989, n° 368 ; A. PRUM, *op.cit.*, n°364 et s. et 380.

*précisément, du principe sous-jacent d'indépendance des contrats, tel qu'il s'exprime notamment dans la règle de l'effet relatif ».*

Selon Ph. Simler, le principe de l'inopposabilité des exceptions relatif aux contrats de garanties autonomes est sans aucun doute « *le corollaire et la traduction concrète de l'autonomie de la garantie* »<sup>272</sup>. Autrement dit, en cas d'appel de garantie de la part du bénéficiaire, le garant ne pourra opposer d'autres exceptions que celles en rapport avec le contrat de garantie et non pas celles relatives au contrat de base. En revanche, le garant devra, avant tout, procéder au paiement de son obligation. Ce n'est qu'après exécution du paiement de la garantie que le garant en qualité de demandeur, pourra remettre en cause le droit du bénéficiaire qui tient la position de défendeur en cas de litige.

### **3. L'inopposabilité des exceptions tirées du rapport d'ordre**

Concernant le rapport d'ordre, le garant n'a pas le droit d'opposer au bénéficiaire de la garantie, les nouvelles modifications établies par le donneur d'ordre, surtout si ces nouvelles instructions ne sont pas connues et acceptées, au préalable, par le bénéficiaire. Et, sans oublier, que le garant ne peut se destituer de son engagement envers le bénéficiaire en raison de l'insolvabilité du donneur d'ordre ou à cause de l'inexécution de celui-ci des obligations tirées du rapport d'ordre. Le principe de l'inopposabilité des exceptions tend avant tout à protéger le bénéficiaire contre tout risque.

Si la caution peut se prévaloir des bénéfices de discussion et de division, ainsi que des dispositions des articles 2036 et 2037 du Code civil Français, le garant autonome, en raison de l'indépendance de son engagement, ne se voit reconnaître aucune faculté en ce sens.

Ainsi, selon Ph. Simler<sup>273</sup>, l'inopposabilité des exceptions n'est que « *le corollaire et la traduction concrète de l'autonomie de la garantie* ». En vertu de ce principe, le garant appelé en paiement du montant de la garantie par le bénéficiaire, ne peut en principe lui opposer d'autres exceptions que celles issues du contrat de garantie lui-même, et encore faut-il pour cela que la

---

<sup>272</sup> Philippe SIMLER, « *Cautionnement et garanties autonomes* », Litec 1999/2000, n°883.

<sup>273</sup> Philippe SIMLER, op.cit., n°883.

garantie n'ait pas été stipulée payable à première demande, auquel cas, l'inopposabilité des exceptions est quasi-absolue<sup>274</sup>.

#### **a. L'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base**

La convention de garantie autonome est totalement indépendante à l'égard du contrat de base ou rapport fondamental. Toutefois, une hésitation a pu apparaître, la doctrine et la jurisprudence se sont en effet interrogées sur le point de savoir si la nullité du contrat de base devait entraîner la nullité du contrat de garantie. L'indépendance d'une telle sûreté s'oppose à ce que le garant ou le donneur d'ordre puisse empêcher l'exécution par le garant de son obligation en soulevant la nullité du contrat de base<sup>275</sup>.

En effet, le garant ne peut se destituer de l'obligation de garantie par remise de dette, compensation ou autres... Mais aussi, en cas d'appel en garantie du bénéficiaire non justifié, le donneur d'ordre ne peut se retourner contre le bénéficiaire, et il est impossible de modifier ni même d'invoquer la cession du contrat de base. Quant au garant, une défense de payer l'obligation est rejetée par les tribunaux de la jurisprudence française.

Pour autant, l'argument a pu un temps être admis chez les juges du fond. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a pu juger<sup>276</sup>, « *que sans doute l'annulation du contrat de base entraînerait celle de la lettre de garantie, dont il constitue en effet la cause.* » Sur pourvoi, la Cour de Cassation décida dans une jurisprudence devenue célèbre<sup>277</sup>, que « *même si l'engagement (de la banque) avait pour cause le contrat (de base) dont la nullité était alléguée, en l'état, la banque, en raison de son engagement de payer à première demande, ne pouvait se dérober à cette obligation* ». Levant toute équivoque, la Cour de Cassation a jugé dans un arrêt du 13 décembre 1983<sup>278</sup>,

---

<sup>274</sup> Cass.com, 21 mai 1985, *Bull. civ.*, IV, n°160 ; Cass.com, 7 octobre 1997, *Juris-Data* n°003833, *JCP*, G, 1997, IV, 2252, et E, 1998, p. 226, note LEGEAIS ; il faut réserver les hypothèses de fraude et d'abus de droit qui viennent limiter la portée de ce principe, mais il s'agit plus de l'application de principes généraux du droit que de véritables exceptions au principe.

<sup>275</sup> BORGA Nicolas, *op.cit.*, p. 50.

<sup>276</sup> C.A. Paris 29 janvier 1981, *D.* 1981, p. 36, note Vasseur.

<sup>277</sup> Cass.com. 20 décembre 1982, *préc.*

<sup>278</sup> Cass.com. 13 décembre 1983, *D.* 1984, page 420, note Vasseur. ; voir aussi, CA Poitiers 30 avril 1996, *Juris-Data* n° 056631, cité par Ph. SIMLER, *op.cit.*, n°884, qui juge que le défaut de pouvoir du président d'une association pour la signature du contrat principal est sans incidence sur la garantie à première demande souscrite par le même à titre personnel, et écarte l'allégation de dol du créancier qui aurait voulu se soustraire aux règles du cautionnement.

« qu'une éventuelle nullité de l'obligation (du donneur d'ordre) à l'égard du bénéficiaire serait sans influence sur l'engagement indépendant (du contre-garant) ».

Toutefois, la défense de payer donnée par le donneur d'ordre au garant peut avoir lieu si l'appel en garantie du bénéficiaire est abusif, ou si la garantie à première demande justifiée est appelée sans production des documents prévus dans le contrats de base ou si les documents présentés sont contraires aux documents prévus. Le principe de l'inopposabilité des exceptions a donc une portée très large en matière de garantie autonome, les dérogations sont très peu nombreuses. Le meilleur moyen de paralyser le mécanisme de la garantie autonome semble résider dans l'application de principes généraux du droit tels que la théorie de l'abus de droit ou l'adage *fraus omnia corrumpit*<sup>279</sup>. Mais il ne s'agit pas là d'exceptions *stricto sensu*.

En matière de garanties internationales, le donneur d'ordre essaiera le plus souvent de s'opposer au paiement par le garant, du fait des difficultés suscitées par un éventuel recours contre le bénéficiaire, notamment lorsque celui-ci se trouve à l'étranger<sup>280</sup>.

En somme, la nature juridique de la garantie à première demande est donc distincte de celle de notions voisines comme le cautionnement ou le crédit documentaire. Ce type de garantie est utilisé aussi bien dans le cadre des transactions internationales que dans les transactions internes. Le contrat de garantie est personnel au garant et, de ce fait, sa dette est totalement indépendante de celle du donneur d'ordre. De plus, l'autonomie du contrat de garantie à première demande par rapport au contrat de base constitue le principal attrait qui pousse les acteurs économiques à choisir ce mode de garantie, car c'est cette autonomie qui leur fait bénéficier du principe de l'inopposabilité des exceptions.

Si l'inopposabilité des exceptions constitue assurément un principe de fond, en matière de garantie autonome, d'autres règles, gouvernant la rédaction de l'acte de garantie semblent n'avoir qu'une portée formelle. Pourtant, derrière cet aspect formel, celles-ci cachent un véritable impact quant au fond<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> Jean-Pierre MATTOU, *op.cit.*, p. 248.

<sup>280</sup> Ph. SIMLER, *op.cit.*, n° 967, selon lui : « il s'agit là d'une problématique propre aux garanties internationales, où l'on se trouve en général en présence d'une garantie de premier rang et d'une contre garantie. Le contentieux porte quasi-exclusivement sur l'exécution de la contre garantie, ce qui explique qu'il soit presque toujours suscité par le donneur d'ordre et non par le garant ».

<sup>281</sup> BORGA Nicolas, « la qualification de garantie autonome », Mémoire D.E.A Droit Privé Fondamental, *op.cit.*, p. 52.

## **II. LES CONDITIONS DE VALIDITES DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE**

Le contrat de garantie à première demande pour être valablement formé, doit répondre à des conditions de forme (A) qui lui sont propres et des conditions de fond (B) héritées du droit commun des contrats.

### **A. LES CONDITIONS DE FORMES :**

Ces conditions sont régies par des règles issues de l'application des conventions internationales (1), mais aussi par des règles établies par les pratiques bancaires et de jurisprudence (2).

#### **1. Les règles de formes prescrites par les conventions internationales**

Avant la réforme de 2006 sur le droit des sûretés, la jurisprudence française considérait la lettre de garantie comme résultant des dispositions issues de l'article 1134 du Code Civil. La volonté et de la liberté contractuelles subordonnent la garantie à première demande. De ce fait, la lettre de garantie doit répondre à certaines conditions de validité des obligations.

Les contrats de garanties à première demande ne sont soumis à aucune forme particulière, mais étant donné la complexité du mécanisme et l'importance de son fondement qu'est l'autonomie, la forme écrite est plus que souhaitable.

La chambre de commerce internationale – CCI- ainsi que la commission des Nations Unies pour le droit commercial international – CNUDCI-dans leur effort de « *codification* » et d'harmonisation des pratiques internationales en matière de garanties indépendantes, ont dégagé un ensemble de règles de fond et de formes relatives aux garanties sur demande.

Ainsi, l'article 3 des RUGD<sup>282</sup> (*règles uniformes relatives aux garanties sur demande – Brochure n° 458 – ANNEXE N° 1*) de la CCI préconise que les instructions visant l'émission d'une garantie ainsi que les modifications apportées à celle-ci doivent être « *clairs et précis, sans détail excessif* ». Les RUGD sont suspectées de n'être qu'une actualisation des

---

<sup>282</sup> Adoptées par la C.C.I le 3 décembre 1991 et publiées en mai 1992.

règles n° 325 relatives aux *règles et usances des garanties contractuelles*- RUGC<sup>283</sup>-, et restent de ce fait soumises à une validation par le droit local, ce qui constitue un frein majeur à leur expansion<sup>284</sup>.

Cet article impose aux établissements de crédit les énonciations comprenant le donneur d'ordre, le bénéficiaire, le garant, la transaction sous-jacente, cause de l'émission de la garantie, le montant maximum payable et la monnaie de paiement, la date d'expiration et/ou le fait entraînant l'expiration de la garantie, les conditions de la demande de paiement et toute disposition visant la réduction du montant de la garantie. D'après l'article 9 des RUGD, tous les documents présentés au garant doivent être minutieusement examinés « *afin de déterminer s'ils sont conformes en apparence aux termes et conditions de la garantie* ».

Le garant a l'obligation de refuser les documents qui semblent « *en apparence* » pas conformes aux termes de la garantie ou ceux qui sont incompatibles entre eux. Quant à l'article 7 de la convention internationale sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit « stand-by »<sup>285</sup>, élaborée par la Commission des Nations Unies pour un droit commercial unifié, intitulé « *Émission, forme et irrévocabilité de l'engagement* » il prévoit dans son alinéa 2 « *Un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre le garant/émetteur et le bénéficiaire.*». Ces dispositions de la CNUDCI, une fois sont ratifiées, sont pourvues de valeur contractuelle, et sont donc des règles impératives<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Les garanties soumises aux règles n° 325 de la CCI n'ont pas été acceptées par les acheteurs car elles exigent la production d'un document prouvant la défaillance effective du donneur d'ordre. L'acte est donc transformé implicitement en un accessoire au contrat, et cela est contraire aux buts d'une garantie à première demande. Ces règles peuvent être utilisées dans le cadre de cautions au sens de l'article 2288 du Code civil français. Depuis 2005, la Commission Bancaire de la CCI a confirmé à Credimpex – France que les règles n° 325 ne font plus partie de la liste des documents approuvés par elle et, par conséquent, la CCI ne peut ni donner d'avis, ni prendre position sur un éventuel litige.

<sup>284</sup> Hubert MARTINI – Dominique DEPREE – Joanne KLEIN-CORNEDE, *op.cit.*, p. 370.

<sup>285</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) - convention des nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by adoptée le 11 décembre 1995 et entrée en vigueur conformément à l'article 28 le 1 janvier 2000 entre l'Equateur, le Salvador, le Koweït, le Panama et la Tunisie. Elle a, en outre, été signée par les Etats-Unis d'Amérique et la Biélorussie. A la différence des RUG, les dispositions de la convention s'appliqueront alors d'office à toute garantie internationale soumise au droit d'un Etat signataire, sauf convention contraire (article.1<sup>er</sup>, al. 1).

<sup>286</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, « Le projet de convention de la commission des nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by », *RTD.com.*, 1996. 633.

La convention couvre toutes formes de garanties indépendantes, y compris celles émises sous la forme de lettres de crédit « stand-by ». Au-delà des règles qui trouvent leur équivalent dans les RUGD, celles-ci s'étendent à d'autres domaines et, en particulier, à la délicate question des appels manifestement abusifs ou frauduleux. De ces derniers, la convention dresse non seulement une typologie (article 19), mais envisage également les moyens procéduraux permettant au donneur d'ordre de s'opposer au paiement de la garantie (article 20)<sup>287</sup>.

## **2. Règles de formes prescrites par les pratiques bancaires et la jurisprudence**

La jurisprudence et la pratique bancaire préconisent tous deux la forme écrite. S'agissant d'un contrat unilatéral, l'établissement d'un seul original suffit, mais l'objet de l'engagement étant toujours le paiement d'une somme d'argent, la jurisprudence française exige la double mention manuscrite en toute lettre et chiffre de son montant.

Par un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation française, en date du 22 novembre 1996, l'engagement unilatéral de payer une somme d'argent doit être constaté dans un acte qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme en toutes lettres ou en chiffres<sup>288</sup>.

La pratique bancaire, pour des raisons de célérité, n'utilise pas la forme manuscrite pour indiquer la somme couverte. Toutefois, les nombreuses décisions rendues par les juridictions françaises en la matière adoptent une souplesse de formalisme dans la formation du contrat de garantie à première demande, et n'insistent sur la condition manuscrite que si le garant est un particulier<sup>289</sup> et non un établissement de crédit. En effet, un particulier ne connaissant pas les risques qu'il encourt de la même manière qu'un professionnel, la mention manuscrite va permettre de renseigner les tribunaux sur la prise de conscience qu'il a eu en ce qui concerne la portée de son engagement.

---

<sup>287</sup> DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, Ed. Francis LEFEBVRE 2003, 7642, p. 463.

<sup>288</sup> Code Civil français, article 1326 notes n° 8 intitulées garanties autonomes, édition Dalloz, 2001.

<sup>289</sup> JCP, E, 1991, I, 90, PH SIMLER « A propos des garanties autonomes en droit interne souscrites par des personnes physiques ».



Si la garantie à première demande est « *justifiée* », le garant se doit d'énumérer avec précision les documents à fournir. Cette énumération précise va lui permettre de comparer les documents fournis par le bénéficiaire à ceux prévus dans l'acte de garantie, lorsque ce dernier fera appeler la garantie.

Lorsque la garantie à première demande est émise par une banque dans un cadre international, celle-ci doit indiquer la devise concernée et le risque de change est reporté sur le donneur d'ordre. Le contrat de garantie peut enfin faire référence à la durée de validité de la garantie, dans ce cas, l'apposition d'un terme dans l'acte, signifie qu'au-delà de ce terme, le bénéficiaire ne pourra plus appeler la garantie.

## **B. LES CONDITIONS DE FONDS :**

La garantie à première demande est régie par les règles du droit commun (1) des obligations en ce qui concerne le consentement et la capacité, mais est soumise à des conditions renforcées concernant sa cause et son objet (2).

### **1. Application des règles du droit commun**

#### **a. Le Consentement des parties**

Sans l'accord de volonté indispensable, l'engagement de garantie à première demande n'est pas justifié dans la mesure où invoquer la mention « *garantie à première demande* » ne permet pas de constituer, pour autant, une lettre de garantie. C'est l'expression de la volonté du garant qui matérialise son engagement.

La théorie des vices du consentement dans le cas d'une garantie à première de demande concerne uniquement le garant puisque le bénéficiaire recherche avant tout que le contrat soit valablement formé conformément aux dispositions du droit commun. On note souvent que le garant joue le plus souvent sur le dol ou le vice de consentement quand il s'agit de remettre en cause la validité du contrat de garantie.

La jurisprudence différencie le garant professionnel du garant non professionnel. Concernant un garant non professionnel, la jurisprudence française vérifie si ce dernier a bien

été informé sur la nature et la gravité de son engagement. En effet, si l'on constate un manquement d'information de la part du bénéficiaire alors la jurisprudence procède à l'annulation du contrat de garantie pour vice de consentement. Par contre, le garant professionnel ne peut mettre en avant les manœuvres dolosives dans la mesure où il est censé être habitué à la pratique des affaires.

En dernier lieu, la violence est généralement invoquée par le garant lorsque celui-ci subit des pressions économiques, or cette forme de violence n'est cause de nullité que si elle est jugée illégitime et vise à l'obtention d'un avantage excessif<sup>290</sup>.

### **b. Capacité et pouvoir**

Un contrat de garantie est valable si et seulement si le garant est capable au sens juridique. Les problèmes liés à la capacité ne concernent pas les établissements bancaires habitués à cette pratique mais plutôt lorsque le garant est une société qui n'a pas le pouvoir de souscrire ce type de contrat de garantie. De plus si l'objet social n'est pas conforme à l'octroi de la garantie à première demande alors son engagement est frappé par une nullité d'ordre public<sup>291</sup>.

En France, la loi sur les sociétés anonymes<sup>292</sup> a également prévu des sanctions pénales qui peuvent concerner les personnes souscrivant une garantie à première demande. En effet lorsque l'émission de ce type de garantie outrepassé l'objet social, ou lorsque le signataire d'une telle convention n'en a pas les pouvoirs, ce dernier risque de se voir appliquer les sanctions pénales de l'abus de biens sociaux.

---

<sup>290</sup> M. BENIS, « *L'effectivité des sûretés garantissant les crédits bancaires* », mémoire de DEA, Université de Paris V, 2000.

<sup>291</sup> Code de commerce français. art. L 225-35 et L 225-68 ; Cass. com. 26 janvier 1993 n° 128 : RJDA 10/93 n° 812.

<sup>292</sup> Code de commerce français.

## **2. Application des règles propres aux garanties sur demande :**

### **a. Cause de la garantie**

La cause est la question la plus disputée en matière de garantie autonome. Le droit français n'admettant pas les engagements abstraits, la doctrine française privilégie la théorie de l'acte causé. La garantie autonome ne peut être reconnue qu'en tant que tel<sup>293</sup>.

Le contrat de garantie étant un acte unilatéral, la cause de l'opération doit être recherchée dans le but poursuivi. Souvent plusieurs motifs expliquent le recours à la garantie tel que la motivation pécuniaire, aider les entreprises pour stimuler le marché ou rechercher une renommée.

La cause de l'engagement du garant réside dans les raisons impulsives et déterminantes qui l'ont poussé à contracter ; souvent la cause est clairement exprimée dans le contrat de garantie même. En effet, le garant s'engage personnellement auprès du bénéficiaire afin que celui-ci consente au donneur d'ordre l'avantage déterminant la constitution du contrat de garant.

### **b. Objet de la garantie**

Comme tout contrat, la garantie autonome doit avoir un objet *licite et déterminé* ou *déterminable*. En application du droit commun des contrats, il est indispensable de déterminer, au préalable, l'objet de la garantie à première demande. L'étude de l'objet permet de délimiter l'étendue de la garantie à première demande, à savoir le montant couvert, et la durée de cette garantie<sup>294</sup>.

Dans le montant de la garantie doit être clairement défini et mentionner « payable à première demande ». Le paiement de la garantie peut être assorti de modalités que l'on trouve dans une garantie à première demande justifiée. C'est par son objet propre, et non par ses modalités d'exécution, que la garantie est autonome<sup>295</sup>. Le nouvel article 2321 du Code civil

---

<sup>293</sup> DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, Ed. Francis LEFEBVRE 2003, 7676, p. 465.

<sup>294</sup> DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, Ed. Francis LEFEBVRE 2003, 7678 et 7680, p. 466.

<sup>295</sup> Le crédit & ses garanties, op. cit., p. 458.

français s'inscrit ici, très nettement, dans la lignée de la jurisprudence antérieure, inaugurée par un arrêt de la chambre commerciale du 13 décembre 1994<sup>296</sup>.

L'objet de l'obligation du garant doit être licite et moral déterminé ou déterminable<sup>297</sup>. Mais comme il s'agit souvent du paiement d'une somme d'argent alors l'obligation de licéité n'a pas lieu d'être<sup>298</sup>. Par définition, l'objet de la garantie à première demande représente la sûreté procurée au bénéficiaire au moyen de l'engagement de payer à première demande qu'elle implique, créant de cette manière un lien entre le contrat de base et le contrat de garantie. Or, la garantie est autonome si son objet est autonome, donc en vertu de l'autonomie, la détermination de l'objet de la garantie ne repose pas sur l'objet de l'obligation de garantie.

L'objet de la garantie à première demande varie en fonction de la nature du contrat de base. Il se dégage de la pratique quatre (4) garanties principales : la garantie de soumission, la garantie de bonne exécution, la garantie de restitution d'acompte, et la garantie de retenue.

- L'objet de la garantie de soumission est de donner l'assurance que la partie qui soumet l'offre (le donneur d'ordre) a l'intention de signer le contrat si sa soumission est acceptée.
- Quant à la garantie de bonne exécution, elle a pour objet l'engagement pris par une banque par lequel le garant s'oblige, au cas où le donneur d'ordre n'exécuterait pas dûment un contrat passé entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, à effectuer un versement au bénéficiaire dans les limites d'un montant indiqué ou, si la garantie le prévoit, au choix du garant, à assurer l'exécution du contrat.
- En ce qui concerne la garantie de restitution d'acompte, elle a pour objet l'engagement pris par une banque, par lequel le garant s'oblige au cas où le donneur d'ordre omettrait de rembourser, conformément aux conditions du contrat conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, toute somme ou sommes avancées ou payées par le bénéficiaire au donneur d'ordre et non remboursées par ailleurs, à effectuer un versement dans les limites d'un montant indiqué.

---

<sup>296</sup> Cass. com., 13 déc. 1994, no 92-12.626: Bull. civ. IV, no 375.

<sup>297</sup> DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, op.cit., 7678, p. 466.

<sup>298</sup> « Sa licéité n'est contestable que dans l'hypothèse exceptionnelle où ce paiement s'avérerait contraire à une réglementation des changes ».

• Enfin, la garantie de retenue concerne les contrats de génie civil ou d'usine « clé en main », a pour objet l'engagement pris par le garant d'effectuer un versement d'un montant indiqué en cas de défectuosité constatée avant la réception définitive des prestations. Toutes ces garanties ont pour point commun le paiement à première demande.

## **§.2 : LE REGIME JURIDIQUE DE LA GARANTIE INDEPENDANTE**

Le régime juridique de la garantie autonome relève, principalement, de la liberté contractuelle et de l'application du droit commun des obligations.

Bien qu'en droit comparé, des règles ont été codifiées, c'est à la jurisprudence que reviens le véritable façonnage du régime de la garantie indépendante<sup>299</sup>.

La mise en œuvre de la garantie indépendante (I) sera ici étudiée avant de connaître son extinction (II).

### **I. LA MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE INDEPENDANTE**

L'appel de la garantie va déclencher l'intervention du garant dont l'obligation n'était jusqu'alors qu'éventuelle et incertaine puisqu'elle a pour objet de garantir l'exécution de celle du donneur d'ordre.

Cet appel de la garantie est subordonné à des conditions caractérisées par une certaine souplesse propre à ce type de garantie. C'est à cette étape que l'autonomie de la garantie à première demande produit ses effets, en effet, en vertu du principe de l'inopposabilité des exceptions, le bénéficiaire ne se verra pas opposer des exceptions tirées du contrat de base le liant au donneur d'ordre.

---

<sup>299</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 239.

Toutefois, cette autonomie cède lorsque l'appel est fait de mauvaise foi, c'est-à-dire lorsque le bénéficiaire use de son droit pour appeler la garantie avec l'intention de nuire ou qu'il a utilisé des manœuvres frauduleuses dans le but d'obtenir le paiement.

Dans ce cas, la jurisprudence a mis en place des instruments permettant de verrouiller le paiement de la garantie à première demande.

## **A. L'APPEL DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE :**

Cet appel de la garantie autonome répond à des conditions de forme (1) et de fond (2).

### **1. Les conditions de forme :**

La réalisation d'une garantie à première demande n'est pas automatique dans la mesure où elle n'est déclenchée que sur la demande du bénéficiaire<sup>300</sup>. Cette demande est régie par les seuls termes de la lettre de garantie<sup>301</sup>. Néanmoins, pour que le bénéficiaire puisse valablement mettre en jeu la garantie, un certain nombre de conditions doivent être réunis. Le bénéficiaire soumet au garant une simple demande écrite<sup>302</sup>, mais en cas de garantie à première demande justifiée, appelée aussi garantie documentaire, ce dernier doit fournir certains documents prévus dans la lettre de garantie pour appuyer sa demande.

#### **a. La demande simple**

L'article 20 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande de la CCI précise que « *toute demande de paiement aux termes de la Garantie devra être faite par écrit et appuyée par un document stipulant que le donneur d'ordre est en défaut et en quoi consiste de défaut.* ».

En effet, l'exigence d'un écrit est une condition qui concerne les garanties sur demande. Or cette pratique est largement généralisée à tous les contrats bancaires qui préconisent une demande simple et signée de l'appel en garantie. Cette procédure permet à la banque garante de détenir un instrument probant car une fois le paiement effectué, elle devra

---

<sup>300</sup> Tuto ROSSI, op.cit., p. 129.

<sup>301</sup> Jean-Pierre MATTOU, op.cit., p. 219.

<sup>302</sup> Article 20 - Règles uniformes de la C.C.I relatives aux garanties sur demande, publication CCI n° 458, mai 1992.

décaisser le montant de la garantie et le répercuter, ensuite, au débit du donneur d'ordre. De plus, une demande simple et signée de l'appel en garantie permet ainsi de matérialiser la preuve relative à la demande faite au garant par le bénéficiaire.

La doctrine française, estime que cette demande doit contenir l'affirmation par le bénéficiaire « qu'il a un droit au titre du rapport de base, même s'il n'est exigé de lui aucune justification. »<sup>303</sup>.

A cet égard, les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande de la CCI préconisent dans l'article 20 que la demande devra stipuler « *que le donneur d'ordre a manqué à son ou à ses obligations selon le(s) contrat(s) de base ou, en cas de garantie de soumission, aux termes des conditions de l'appel d'offres.* »

La demande est adressée à l'établissement garant par voie de télex ou de télégramme<sup>304</sup>, moyens les plus utilisés en pratique. Les voies téléphoniques et électroniques peuvent être utilisées mais présentent de sérieux risques quant à l'établissement de la preuve de la demande, aussi bien pour le bénéficiaire que pour le garant. Ce dernier ne pourra pas répercuter au débit le montant de la garantie sur le compte du donneur dans la mesure où il n'est pas capable de prouver la mise en jeu régulière de la garantie. On pourrait envisager l'hypothèse où cette demande est faite par voie de courrier électronique.

En effet, Internet étant un moyen rapide et efficace de transmission des données, son utilisation pour l'envoi de demande de garantie semblerait possible. De plus, de nombreuses banques offrent à leur client la possibilité de donner des ordres de virement par voie d'Internet, mais seulement après s'être préalablement identifié par un nom d'utilisateur et un mot de passe sécurisé.

Par analogie, on pourrait donc envisager la situation dans laquelle un bénéficiaire demande la réalisation de sa garantie par mail avec accusé de réception. Or le problème réside dans l'appréciation de ce mode de preuve par les juges du fond lesquels sont encore craintifs à l'utilisation d'un autre procédé que les moyens de preuve habituels. Le principal problème du

---

<sup>303</sup> Jean STOUFFLET, Les Garanties bancaires internationales, Juris-classeur Banque –crédit –bourse, fasc n°610, note n°53, 2003.

<sup>304</sup> Tuto ROSSI, op.cit., p. 129.

courrier électronique reste la sécurité, puisque son niveau de sécurité et de confidentialité n'est pas encore parfaitement établi.

Malgré ces problèmes liés à la transmission par mail, il existe un autre problème lié au courrier électronique qui risquerait d'entraîner des conséquences fâcheuses, en effet, l'usurpation d'identité est possible, et une demande peut être faite sans que le garant puisse vérifier la provenance exacte du mail ni son véritable auteur.

### **b. La demande documentée**

La garantie à première demande est voisine du crédit documentaire puisqu'elle fait naître à la charge du garant une obligation tout à fait distincte du rapport de droit à l'occasion duquel elle est souscrite. Seule la production des documents énumérés dans la lettre de garantie permet au bénéficiaire d'obtenir le paiement du garant.

D'après la CCI, les garanties documentaires ont pour but « *de moraliser la pratique des garanties* » et de « *permettre au commerce international de se développer dans une atmosphère de confiance* ».

Les garanties documentaires imposent que la demande de paiement à l'initiative du bénéficiaire soit accompagnée des documents énumérés par le contrat de garantie. En effet, La jurisprudence française distingue la garantie documentaire de garantie à première demande, ainsi, dès lors que l'appel est subordonné à la fourniture d'un quelconque document, le contrat de garantie est qualifié de garantie documentaire<sup>305</sup>.

Il est donc facile d'établir une comparaison entre le crédit documentaire et la garantie à première demande. Dans le cas d'un crédit documentaire, l'intervention de la banque émettrice du crédit dépend de l'exécution présumée de l'obligation de base qui consiste dans le paiement au bénéficiaire de la somme due au titre du marché<sup>306</sup>.

En revanche, le banquier garant dans la garantie à première demande n'interviendra qu'en cas d'inexécution présumée de l'obligation du donneur d'ordre, sur appel du bénéficiaire.

---

<sup>305</sup> Cass. com., 16 mai 1995.

<sup>306</sup> Christian GAVALDA, Jean STOUFFLET, op.cit., p. 313.



En matière de garantie, le problème qui se pose est le choix des documents qui doivent, avant tout, constater simplement le fait pour lequel la garantie est appelée. De ce fait, l'article 9 des Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties contractuelles<sup>307</sup>, établissent une liste des documents indispensables, à produire à l'appui de la demande au cas où la garantie ne comporterait aucune indication à ce sujet. Cet article impose au garant d'examiner tous les documents, y compris la demande, avec un soin raisonnable, afin de déterminer s'ils sont conformes en apparence aux termes et conditions de la garantie<sup>308</sup>. Par exemple, dans le cas d'une garantie de soumission, le bénéficiaire devait fournir :

- une déclaration indiquant que la soumission du donneur d'ordre a été acceptée et que ce dernier, soit n'a pas signé le contrat, soit n'a pas fourni de garantie de bonne exécution comme il était prévu dans l'appel d'offres ;

- son accord écrit de soumettre tout différend ou réclamation du donneur d'ordre, tendant à se faire rembourser tout ou partie de la somme versée au titre de la garantie, au Tribunal ou à l'instance arbitrale stipulée dans l'appel d'offres.

Ces documents peuvent soit attester que le risque garanti s'est effectivement produit, c'est-à-dire prouver la défaillance du donneur d'ordre, soit fournir un exposé des manquements dont le donneur d'ordre serait responsable, soit la production de certains documents, tels des certificats d'experts, des procès-verbaux de difficultés concernant une réception, des documents de transports ou tout autre document attestant de la réalisation du risque.

## **2. Les conditions de fond :**

En dehors des exigences de formes nécessaires à la production d'instruments probatoires, la demande en garantie doit répondre à des conditions de fond à savoir la qualité des parties et aux modalités de l'appel.

---

<sup>307</sup> Règles uniformes de la C.C.I relatives aux garanties contractuelles, publication n° 325.

<sup>308</sup> Thierry BONNEAU, Droit bancaire, Montchrestien – LEXTENSO éditions, 8<sup>e</sup> édition, 2009, p. 520.

### **a. La qualité des parties**

Dans le cadre d'une garantie à première demande, le paiement n'est pas automatique et « requiert une demande du bénéficiaire »<sup>309</sup>.

En vertu de « *l'intuitu personae* » qui règne sur l'acte de garantie, l'appel doit émaner du bénéficiaire lui-même. C'est pourquoi, le garant est dans l'obligation de s'assurer de l'identité de la personne qui appelle le paiement et vérifier le pouvoir de représentation du bénéficiaire. S'il s'agit d'un mandat, l'interlocuteur devra justifier que sa demande est faite au nom et pour le compte du véritable bénéficiaire. Sans oublier que la validité du mandat devra s'apprécier au regard de la loi du pays où la garantie est mise en jeu.

Une garantie à première demande doit, en principe, être mise en jeu directement auprès de la personne qui l'a émise. Une banque garante, prévoit toujours dans la lettre de garantie l'adresse exacte de l'établissement ou de l'agence, habilité à recevoir les appels des bénéficiaires. Il arrive toutefois, lorsque le bénéficiaire est étranger, que la lettre de garantie contienne une clause de domiciliation lui indiquant le correspondant de la banque garante.

Néanmoins, aucune substitution n'est possible si elle n'est pas prévue dans l'acte de garantie, et une agence bancaire ne peut remplacer valablement une autre pour le paiement de la garantie, même si elles font partie d'une structure unique. A moins que le bénéficiaire ne charge une autre agence de transmettre à l'agence prévue au contrat sa réclamation. Ainsi, toute demande adressée à une personne autre que celle mentionnée dans l'acte de garantie est irrégulière et mérite donc d'être rejetée.

### **b. Les modalités de l'appel**

Outre la qualité de la personne invoquant la garantie, le garant est dans l'obligation de vérifier que celle-ci soumet sa demande dans le respect de l'échéance fixée et surtout à hauteur du montant déterminé dans l'acte de garantie.

La lettre de garantie contient généralement un terme indiquant le délai imparti au bénéficiaire pour mettre en jeu la garantie. Si ce dernier n'agit pas dans le délai exprimé il risque la forclusion et ne pourra donc jamais bénéficier de cette couverture. Le moment à prendre en considération pour apprécier la validité de l'appel est celui où il est reçu par le

---

<sup>309</sup> Jean STOUFFLET, *Garanties bancaires internationales*, op.cit, note n°41.

garant. Au-delà de cette date, le bénéficiaire est forclos. Toutefois, l'article 4 des règles uniformes pour les garanties contractuelles de la CCI accorde la validité aux appels reçus le premier jour ouvrable suivant une échéance survenant un jour férié<sup>310</sup>.

Le bénéficiaire ne peut invoquer aucune excuse en cas de retard éventuel. En effet, le bénéficiaire ne peut justifier son retard ni par une faute commise par un tiers, ni par la survenance d'une force majeure. Cette solution est affirmée par l'article 12 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande : « *Les garants et contre-garants n'assument aucune responsabilité quant aux conséquences des retards ou pertes que pourraient subir lors de leur transmission, tous messages, lettres, demandes ou documents, ni quant aux retards, mutilations ou autres erreurs pouvant se produire dans la transmission de toute télécommunication* ».

La garantie à première demande étant une garantie autonome, le bénéficiaire est en droit de demander en une ou plusieurs fois, tout ou partie du montant couvert par le garant. Dans ce cas, le bénéficiaire devra indiquer dans sa demande au garant le montant exact qu'il réclame. Toutefois, le bénéficiaire ne pourra en aucun cas mettre en demeure le garant de payer un montant supérieur à celui de la couverture consentie. Et ce, même si le préjudice subi par le bénéficiaire suite à la réalisation du risque prévu au contrat de garantie, est jugé supérieur à la somme couverte.

Le garant vérifie la régularité tant formelle que matérielle de l'appel dans un bref délai. En cas d'un doute, il doit prévenir immédiatement le bénéficiaire pour permettre à celui-ci de lever l'irrégularité qui entache sa demande en garantie. Si le garant refuse de procéder au paiement, il n'est pas obligé de motiver sa décision contrairement à ce que prescrit les Règles et usances relatives aux crédits documentaires.

## **B. LES EFFETS DE L'APPEL ET SA MISE EN ECHEC**

En souscrivant une garantie à première demande, le garant s'oblige, de manière irrévocable et inconditionnelle, à tenir à disposition du bénéficiaire le montant de son engagement<sup>311</sup>. Le banquier doit payer sans discuter : il ne peut soulever aucune contestation,

---

<sup>310</sup> Règles uniformes pour les garanties contractuelles, C.C.I n° 325, article 4.

<sup>311</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, *Droit bancaire*, préc, p. 487.

pour quelque motif que soit ; sa résistance à payer serait de nature à engager sa responsabilité à l'égard du bénéficiaire<sup>312</sup>.

Le paiement de la garantie devient ainsi obligatoire dès l'instant où elle est régulièrement mise en jeu par son bénéficiaire. Mais avant de procéder au paiement, le garant qui a reçu une demande d'appel de la garantie, est dans l'obligation d'en informer son donneur d'ordre. Par contre, une fois le paiement effectué par la banque garante de premier rang, celle-ci devra en informer sa correspondante contre-garante (en générale, il s'agit d'un autre établissement bancaire qui garanti, à son tour, le garant en cas d'appel) pour se voir rembourser les fonds décaissés.

### **1. L'obligation d'information**

L'obligation d'information à la charge du garant va permettre au donneur d'ordre, et à la banque contre-garante le cas échéant, d'être informé de la demande en paiement faite par le bénéficiaire. En vertu de l'autonomie de la garantie et du principe de l'inopposabilité des exceptions qui en découle, cette obligation d'information n'est que formelle puisque, la garantie étant indépendante, le donneur d'ordre ne pourra en aucun cas interdire le paiement ou demander un délai à la banque garante avant qu'elle ne puisse s'exécuter.

### **2. Les fondements de l'obligation d'information**

Le devoir d'information mis à la charge du garant résulte de l'article 21 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande de la CCI. D'après cet article, le garant « *transmettra sans retard la demande du bénéficiaire et tous documents connexes au donneur d'ordre ou, le cas échéant, au contre-garant pour transmission au donneur d'ordre.* ».

Ces Règles uniformes relatives aux garanties sur demande permettent au donneur d'ordre de vérifier, avant tout, la véracité de la demande et surtout celle des documents présentés.

Par ailleurs, si le garant refuse de procéder au paiement de l'obligation principale, il devra alors informer expressément le donneur d'ordre et tenir à sa disposition les documents présentés.

---

<sup>312</sup> Thierry BONNEAU, op.cit., p. 520.

### **3. La portée de l'obligation d'information**

Cette obligation d'information mise à la charge du garant est toutefois à relativiser quant à sa portée. En effet, en vertu des principes d'autonomie et d'opposabilité des exceptions, le donneur d'ordre n'est absolument pas en mesure, suite à cette information, de s'immiscer entre le garant et le bénéficiaire pour s'opposer au paiement.

En cas de fraude ou d'abus manifeste, le donneur d'ordre étant informé de la demande de paiement peut, par voie judiciaire, demander la suspension du paiement en vue de prouver la fraude ou l'abus.

L'autonomie du contrat de garantie qui prédomine en matière de garantie à première demande impose au garant de renoncer à soulever toutes exceptions ou oppositions qui ne relèvent pas du contrat de garantie. Ainsi, lorsque le donneur d'ordre est informé de cette demande en paiement, il ne peut interdire à la banque garante de s'exécuter sous quelque prétexte. Il ne peut par exemple, invoquer l'exécution de ses engagements, l'absence de sa responsabilité, la force majeure, ou encore la nullité du contrat de base.

On pourrait éventuellement supposer que le fait d'informer le donneur d'ordre n'a pas en soi pour objectif de lui permettre d'organiser son recours s'il estime la demande frauduleuse ou abusive, mais plutôt un objectif propre aux rapports entre la banque garante et son donneur d'ordre, pour que ce dernier puisse être informé du paiement et de ce qu'il implique, à savoir, le placement du montant payé au débit du donneur d'ordre. Donc, cette obligation d'information n'est pas en elle-même un moyen d'échapper au paiement mais plutôt un devoir d'information en vue de justifier les fonds décaissés par la banque garante.

#### **a. Le paiement**

Le garant contraint de s'exécuter n'est définitivement libéré qu'à condition que le bénéficiaire ait effectivement perçu les fonds réclamés. Le paiement promis correspond à une obligation de résultat dont l'exécution n'est, par hypothèse, parfaite qu'au moment où son créancier en est satisfait. Le garant qui est mis en demeure de s'exécuter n'est définitivement libéré qu'à partir du moment où son créancier a effectivement perçu les fonds promis.

Ayant pour objet de couvrir certains risques, l'engagement d'un garant autonome ne se résume pas à un simple rapport de responsabilité l'obligeant à payer une dette qui lui est étrangère. Le règlement pour lequel le garant s'est engagé envers le bénéficiaire a, en effet, un

objectif spécifique qui est le versement d'une somme d'argent dont le montant est déterminé dans la lettre de garantie.

En raison de la parfaite liquidité qu'elle doit avoir, une garantie à première demande ne peut guère s'exécuter que par un transfert d'argent, et plus précisément un versement scriptural de monnaie. L'obligation prise par un garant autonome de s'exécuter à première demande de son bénéficiaire suppose que le règlement promis soit fixé d'avance ou du moins déterminé précisément par les termes de la lettre de garantie.

Le plus souvent le montant exact de l'engagement est arrêté d'office à une certaine somme d'argent, représentant l'intégralité ou une fraction de la dette du donneur d'ordre. Mais les parties peuvent convenir d'un engagement variable dont le montant évolue en fonction du risque couvert.

L'étendue de la couverture dépend, par ailleurs, des monnaies de compte et de règlement dans lesquelles est libellée l'obligation du garant. En pratique, il est fréquent que la dette soit payable. Ces garanties qualifiées de « multi-devises » ou « plurimonnaies », se présentent sous la forme de diverses options. L'option dite « de place » est celle qui autorise un paiement en plusieurs lieux distincts et permet au garant de s'exécuter dans l'une quelconque des monnaies ayant cours légales sur ces places<sup>313</sup>. A l'inverse, « l'option de change » concerne la monnaie de compte et sert à indexer le règlement, au choix du créancier, sur plusieurs devises.

Le paiement d'une garantie à première demande doit se faire selon que le montant de cette garantie est déterminé payable dans sa totalité ou que le bénéficiaire a souhaité échelonner ses demandes en fonction de l'évolution des risques couverts. Le montant du paiement est préalablement fixé dans l'acte de garantie et le garant devra payer le montant exact prévu dans la monnaie précisée dans l'acte de garantie.

## **b. les effets du paiement**

Le garant à sa charge une obligation de résultat, de ce fait, le paiement de la garantie le libère de cette obligation<sup>314</sup>. Le paiement a pour effet de libérer le garant de son obligation. A

---

<sup>313</sup> MAZEAUD & CHABAS, Leçons de droit civil, op.cit, 44<sup>ème</sup> leçon : l'objet du paiement, le paiement international, p. 980.

<sup>314</sup> André PRUM, op.cit., p. 220.

ce titre, le bénéficiaire ne peut plus mettre en jeu la garantie à nouveau sans risquer de se voir actionné pour abus manifeste. Une fois le paiement effectué, le garant peut donc valablement retenir le montant décaissé au débit du donneur d'ordre en rétribution de son paiement. Mais étant un contrat bancaire, la garantie à première demande n'est octroyée qu'en raison de l'intérêt que peut avoir le garant à souscrire une telle garantie. En pratique, cette garantie n'est émise que si les parties au rapport d'ordre, que sont le donneur d'ordre et garant, ont convenu à l'avance de la rétribution de la banque.

La banque est généralement rétribuée en pourcentage du montant total de la garantie et lors de l'inscription du montant de celle-ci au débit du donneur d'ordre, la banque y adjoint une somme correspondante au taux prévu.

Lorsque la garantie est couverte par une contre-garantie, le garant de premier rang, une fois libéré de son paiement se retourne contre la banque contre-garante pour qu'elle puisse lui rembourser le montant décaissé. Cette opération est quelque peu complexe, puisque, la banque contre-garante ayant payé l'établissement garant de premier rang se retourne quant à elle contre son donneur d'ordre pour qu'il lui rembourse la totalité du montant engagé, à savoir, le montant de la garantie augmenté des frais perçus par la banque garante de premier rang et enfin additionné de la rétribution de la contre-garantie.

## **II. L'EXTINCTION DE LA GARANTIE INDEPENDANTE**

Les garanties autonomes s'éteignent, en principe, soit par l'arrivée de leur terme extinctif, soit par leur paiement<sup>315</sup>. Elles sont susceptibles de s'éteindre aussi par les autres voies du droit commun des obligations<sup>316</sup>.

Les conditions qui subordonnent l'extinction de la garantie à première demande sont, en principe, fixées d'un commun accord entre le garant et les parties liées au contrat de base.

Lorsque le bénéficiaire met en jeu la garantie à première demande en faisant appel à la couverture promise par le garant, ce dernier est contraint de payer à première demande le

---

<sup>315</sup> DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, op.cit., 7790, p. 478.

<sup>316</sup> « Remise de dette, prescription, novation, confusion, transaction, compensation- en pratique de telles situations demeurent exceptionnelles. »

montant indiqué dans le contrat de garantie. Ce n'est qu'après, que le paiement à un effet libératoire et entraîne aussi l'extinction de la garantie à première demande.

Lorsque le bénéficiaire de la garantie fait appel au garant pour qu'il exécute son obligation de paiement, celui-ci doit, en principe, effectuer le paiement à hauteur du montant indiqué dans la lettre de garantie. Toutefois, le bénéficiaire peut prendre la décision de libérer lui-même le garant en procédant à une mainlevée expresse avant l'arrivée du terme extinctif.

En résumé, la garantie à première demande est une garantie dangereuse puisqu'elle implique pour le donneur d'ordre une prise de risque considérable. En effet, étant autonome par nature, cette garantie dispose d'une force obligatoire propre, détachée de celle du contrat de base. Les causes d'extinction accessoires tirées de la disparition du contrat garanti, ne leur sont pas applicables parce que contraire au principe de l'autonomie<sup>317</sup>.

Ainsi, rien ne peut s'opposer à sa mise en jeu et par là à ses effets, à savoir la perte d'une somme d'argent, généralement, considérable. De surcroît, ni le donneur d'ordre, ni le garant, ne peuvent contester son bien-fondé, et par là, s'opposer à sa réalisation. Néanmoins, lorsque la mise en jeu de cette garantie heurte les « principes supérieurs d'éthique juridique »<sup>318</sup> à savoir les principes de justice et d'équité, celle-ci mérite d'être tenue en échec.

## **A. LES CONDITIONS DE LA MISE EN ECHEC DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE :**

Un des principaux caractères de la garantie à première demande est, sans aucun doute, son autonomie. Par conséquent, un bénéficiaire de mauvaise foi pourrait user de l'autonomie pour s'approprier un paiement manifestement indu. Dans ce cas, seuls des moyens précis peuvent être invoqués pour pouvoir prétendre à la nullité de la garantie à première demande.

La jurisprudence autorise deux exceptions permettant de mettre en échec la garantie à première demande à savoir la fraude et l'abus, sans oublier que ces deux moyens doivent présenter un caractère manifeste<sup>319</sup>. Autrement dit, le contrat n'a plus lieu d'être si la bonne foi des contractants est mise en cause. Dans ce cas, l'abus de droit est invoqué dans la mesure

---

<sup>317</sup> Cass. com. 30 janvier 2001 n° 218 : RJDA 5/01 n° 642 ; DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, op.cit., 7790, p. 478.

<sup>319</sup> André PRUM, op.cit., note n°426, p. 232.



où le contractant ignore ouvertement son engagement qui le lie à son co-contractant. Quant à la fraude, elle est définie comme une déloyauté intentionnelle dans le but de nuire ou de réaliser un gain.

### **1. La notion et domaine de l'abus de droit**

L'abus de droit, dont l'abus manifeste est une variété, ne requiert pas des manœuvres pour l'utilisation ou le détournement d'une règle de droit. Il ne peut exister que par référence à un droit préexistant qui, en matière de garantie à première demande, consiste dans l'opération couverte. L'appel devient abusif quand le donneur d'ordre ne doit rien au bénéficiaire, ce qui contredit l'autonomie de la garantie<sup>320</sup>.

Aujourd'hui en France, les juridictions admettent que la responsabilité d'un individu peut être engagée lorsqu'il commet une faute dans l'exercice d'un droit. En revanche, deux thèses s'opposent dans la tentative de recherche de critères liés à l'abus de droit. Celle restrictive admet que le titulaire d'un droit n'en abuse que quand il l'exerce dans l'intention de nuire, il n'y a donc abus d'un droit et responsabilité que s'il y a faute intentionnelle.

La thèse extensive, quant à elle, engage la responsabilité d'un individu ayant abusé de son droit, et ce, même sans intention de nuire. C'est la position adoptée par la jurisprudence française, qui considère que l'abus de droit peut engager la responsabilité d'une personne même si elle n'avait pas « *d'intérêt sérieux* »<sup>321</sup>.

En effet, toute prérogative contractuelle doit être réalisée par la bonne foi des contractants qui doivent être, tous les deux, consentants. Ceci a pour but de protéger le garant contre toute manipulation abusive du créancier.

La doctrine dresse un ensemble de critères relatifs à l'abus de droit tel que l'intention de nuire, la poursuite d'un objectif sans motif légitime et enfin lorsqu'une prérogative est « *consciemment détournée de sa finalité et que ce détournement est susceptible de porter atteinte aux intérêts d'autrui* »<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, op.cit., p. 493.

<sup>321</sup> Com., 2 décembre 1997, Bull. civ. IV, n° 312, p. 269.

<sup>322</sup> André PRUM, op.cit. p. 240.

## 2. La notion et domaine de la fraude

La fraude consiste dans l'utilisation ou le détournement d'une règle juridique pour acquérir un droit dont on aurait du normalement être privé<sup>323</sup>. En application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », la fraude caractérisée dans l'appel d'une garantie ne pourrait pas prospérer sous la couverture de la rigueur à première demande<sup>324</sup>. La fraude fait échec à toutes les règles ; c'est parce qu'elle est la négation du devoir de loyauté qui fait partie de ce fonds permanent de la nature humaine et constitue la réalité sous-jacente à tous les faits juridiques<sup>325</sup>.

La jurisprudence française distingue la fraude à la loi de la fraude de l'homme. En effet, la première est une notion de droit international privé et consiste à éviter volontairement l'application d'une loi qui serait normalement applicable parce que celle-ci viendrait à gêner les intérêts de l'individu qui voudrait l'éviter. Quant à la seconde, c'est la fraude dirigée contre une personne en agissant de mauvaise foi.

Il ne faut pas confondre l'acte frauduleux avec la faute, qui elle, peut être non intentionnelle. La fraude doit être commise de façon intentionnelle, l'auteur doit être conscient qu'il porte atteinte à la « *morale juridique* »<sup>326</sup> et qu'il nuit à son cocontractant.

De plus, l'intention frauduleuse doit être établie à l'encontre du fraudeur lui-même, toutefois la complicité peut être relevée si le tiers a agi en conscience et si son acte était indispensable à la manœuvre. De surcroît, la manœuvre est caractérisée de fraude lorsque celle-ci porte atteinte aux droits d'autrui. Un risque de fraude est insuffisant<sup>327</sup>.

L'acte frauduleux peut être perpétré grâce à l'exercice d'un droit, dans ce cas, fraude et abus de droit se confondent. En fait, l'abus de droit est une forme de fraude, puisque la personne nuit à autrui intentionnellement dans l'exercice de son droit. Il est possible de différencier la fraude de l'abus de droit ; la première caractérise l'intention frauduleuse, tandis que la seconde révèle l'absence de droit issu du contrat de base. Mais tous les deux

---

<sup>323</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, op.cit., p. 493.

<sup>324</sup> Jean-Pierre MATTOU, op.cit., p. 248.

<sup>325</sup> Cité par MAZEAUD & CHABAS, Leçons de droit civil, op.cit, p.305.

<sup>326</sup> André PRUM, op.cit. p. 242.

<sup>327</sup> Cass. com., 5 février 1991, Bull. civ., IV, n° 49.

poursuivent un objectif commun à savoir justifier le blocage de la mise en jeu régulière de la garantie à première demande<sup>328</sup>.

Ces deux notions, pour être effective, doivent présenter un caractère manifeste : être apparentes et facilement identifiables. A l'inverse, lorsque le doute est manifeste, celui-ci ne peut pas mettre en échec la garantie. De même, un risque de fraude du bénéficiaire est insuffisant pour invoquer une fraude manifeste. La preuve du caractère manifeste de la fraude ou de l'abus doit être rapportée par celui qui s'en prévaut.

Certains arrêts ont pris en considérations certaines hypothèses engageant l'appel de la garantie frauduleux ou abusif. Ainsi, l'hypothèse où le donneur d'ordre a achevé l'exécution de ses obligations alors que le bénéficiaire insatisfait appelle en paiement la garantie<sup>329</sup>. Une autre hypothèse est celle de l'appel de la garantie alors que l'annulation du contrat de base est avérée. Il peut aussi arriver que le bénéficiaire fasse obstacle à l'exécution des obligations du donneur d'ordre<sup>330</sup>. Ou encore, un appel du bénéficiaire qui a modifié tardivement les conditions prévues dans l'appel d'offres sans en aviser le donneur d'ordre, et qui, en vertu de l'inexécution de ces nouvelles obligations, fait appel à la garantie.

Enfin, les tribunaux français ont retenu le caractère abusif de l'appel de la garantie pour « *absence de droit* », lorsque le bénéficiaire fait appel à la garantie alors qu'il en a déjà perçu le montant. La cour de cassation française a marqué le mieux l'intérêt de distinguer la fraude de l'abus : sans être frauduleux, l'appel de la contre garantie peut revêtir un caractère manifestement abusif, ce qui suffit pour empêcher son exécution<sup>331</sup>.

### **3. Les modalités de la mise en échec de la garantie**

En pratique, le donneur d'ordre peut être confronté à des difficultés qui le conduisent à vouloir mettre en échec la garantie. Il ne peut se contenter dans ce cas, de solliciter du garant de suspendre le paiement, il doit pour se faire recourir à la justice pour, compte tenu de

---

<sup>328</sup> Tuto ROSSI, op.cit., p. 149 ; Jean STOUFFLET, op.cit, p. 279.

<sup>329</sup> Cass. com., 7 Juin 1994, Bull. civ., IV, n° 203.

<sup>330</sup> Cass. com, 12 décembre 1984, JCP, 1985, II, 20436, note STOUFFLET.

<sup>331</sup> Thierry BONNEAU, op.cit., p. 525 ; Cass. com, 20 Janvier 1987, JCP, 1987, éd. E, II, 14882, obs STOUFFLET.

l'urgence, saisir le président du Tribunal d'une demande de suspension de paiement, en attendant de voir le juge du fond statué sur son action au fond qui peut se fonder sur la nullité.

On distingue deux types de modalité de la mise en échec : la suspension et la défense de payer le paiement de la garantie. La suspension consiste à saisir le président du Tribunal statuant en référé, ou rendant une ordonnance sur requête, pour suspendre le paiement.

La défense de payer le paiement de la garantie consiste, pour le donneur d'ordre, à saisir le juge des référés pour obtenir une ordonnance faisant interdiction au garant de payer. Le garant qui prend un engagement autonome de payer, le fait conformément aux instructions du donneur d'ordre. Il ne peut cependant, se contenter des instructions de ce dernier pour suspendre le paiement puisqu'il engagerait sa responsabilité et mettrait en jeu sa crédibilité en tant qu'institution financière.

Généralement, le donneur d'ordre préfère s'adresser au juge des référés pour obtenir une ordonnance faisant interdiction à son banquier de payer. De plus, il faut une décision rapide du pouvoir judiciaire pour empêcher le paiement car lorsque la garantie est mise en jeu le garant doit s'exécuter sans délai.

Suivant les systèmes juridiques, les techniques mises à la disposition du donneur d'ordre pour éviter le paiement immédiat sont différentes et reposent sur des bases différentes. Dans les pays du Common Law, les donneurs d'ordres ont sollicité du juge l'émission d'un ordre (injunction) interdisant à la banque le paiement ou au bénéficiaire d'appeler la garantie<sup>332</sup>.

Cette injonction n'étant pas réglementée, les tribunaux ont petit à petit élaboré son régime juridique en déterminant les conditions que devait satisfaire la requête pour être agréée. Les juges français, après un temps d'hésitation, acceptent de rendre le même type d'ordre, sous forme de *défense ou interdiction de payer*<sup>333</sup>.

Dans les pays d'Europe continentale, les donneurs d'ordre utilisent des procédures d'urgence, de type *référé* ou *requête*, demandant au juge d'émettre une ordonnance qui interdit provisoirement le paiement.

---

<sup>332</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 366.

<sup>333</sup> Ibid.

Si le donneur d'ordre est créancier du bénéficiaire, il peut user de la *saisie attribution*, de la *saisie conservatoire* ou de l'*arrest* allemand. Il peut aussi ne demander qu'une consignation entre les mains d'un tiers jusqu'à clarification de la situation : le séquestre français, ou suisse<sup>334</sup>, l'*escrow* de Common Law, le *sequestro conservativo* italien remplissent cette fonction. En France, une plainte avec constitution de partie civile pour fraude sera un moyen rustique mais efficace de suspendre la procédure de paiement, par application du principe « le pénal tient le civil en état »<sup>335</sup>.

La garantie à première demande est réservée aux transactions commerciales de grande envergure, aussi le cautionnement n'est pas prêt de se voir remplacer facilement en droit interne. La garantie à première demande est donc un moyen plus sûr pour les créanciers, mais étant « *sui generis* », et n'ayant pas encore une base légale très solide, elle demeure sous le joug de l'interprétation qui en est faite par les tribunaux.

Son autonomie et son indépendance ne sont donc pleinement efficaces que s'ils subsistent sous la protection des juridictions. Les tribunaux français fondent la distinction entre garantie à première demande et cautionnement sur l'autonomie et l'indépendance de la lettre de garantie.

Enfin, cette garantie autonome étant de construction pratique, elle est certainement destinée à évoluer et à fortiori, s'adapter aux mutations économiques et commerciales. Les dispositions des Règles n° 458 édictées par la CCI ne résolvent pas tous les problèmes qui peuvent se poser en matière de garanties à première demande<sup>336</sup>. Elles constituent plutôt un cadre régissant les grandes lignes d'une technique complexe et variée. Leur succès dépend largement de l'adhésion qu'elles recueillent auprès de l'ensemble des intervenants : exportateurs, banquiers et acheteurs<sup>337</sup>.

---

<sup>334</sup> Ibid., Trib. Féd. Suisse, 20 août 1991.

<sup>335</sup> M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, obs. approb, RTD com. 1990, p.444.

<sup>336</sup> Hubert MARTINI – Dominique DEPREE – Joanne KLEIN-CORNEDE, op.cit., p. 375.

<sup>337</sup> Ibid.

### **III. LA PRATIQUE DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE EN ALGERIE :**

Dans la pratique bancaire algérienne, des choix clairs ont été faits et les engagements émis par les banques en garantie de contrats internationaux ont acquis, de façon explicite, une forte dose d'autonomie<sup>338</sup>. En effet, depuis 1985, le ministère des finances tente d'harmoniser des pratiques bancaires qui avaient cours auparavant et de prise en compte de la pratique internationale et des règles dictées par la chambre de commerce internationale en la matière.

Ce souci était poussé par la réticence des banques étrangères quant à l'inefficacité des garanties émises par les banques algériennes, et qui ont été, à plusieurs reprises et à travers la jurisprudence de la Cour de cassation française<sup>339</sup>, qualifiées de cautionnements. Cette qualification résultait d'une étude textuelle des garanties en cause émise par la banque BNA au profit de la Wilaya de CHLEF dans un contrat de travaux immobiliers, et de leur mise en parallèle avec le texte des contre garanties délivrées par les banques étrangères SAN PAOLO et Caisse Centrale des Banques Populaires au profit d'une société française AST<sup>340</sup>.

#### **A. LA GARANTIE AUTONOME VUE PAR LES JURIDICTION ALGERIENNES :**

En vérité, seule une décision rendue par la Cour d'appel d'Alger le 28 janvier 1991 peut ici faire l'objet de réflexion sur sa teneur et son respect face aux textes juridiques et les énonciations de la garantie.

Dans l'affaire en cause, le contrat de base liait une société française (SMIG-GALLIA-fournisseur) et une société nationale algérienne (SONATRAM-maitre d'ouvrage). Sur demande de la société française, le crédit commercial de France (CCF) avait émis une contre garantie au profit du crédit populaire d'Algérie (CPA) qui avait délivré une garantie de premier rang au profit de la SONATRAM.

---

<sup>338</sup> Ammar GUESMI, « l'évolution des garanties bancaires en matière de commerce international dans la pratique des banques algériennes », Revue Entreprise et Commerce n° 02, Editions EDIK 2006. p. 68.

<sup>339</sup> Com., 15 juin 1999, note YVES PICOD, Le Dalloz 2000, n° 5, pp. 113 et s.

<sup>340</sup> Ammar GUESMI, op.cit., pp. 67 et 68.

Ce contrat prévoyait une clause soumettant à l'arbitrage tout litige qui interviendrait quant à son inscription ou à son exécution. L'engagement de contre garantie réservait, en revanche, compétence aux juridictions algériennes pour connaître des litiges nés de son exécution et prévoyait l'application de la loi algérienne pour les résoudre. Des problèmes ayant manifesté suite à l'exécution du contrat commercial, le CPA assigné le CCF en paiement de la contre garantie devant la chambre commerciale du tribunal d'Alger. Par décision du 06 juillet 1988, celle-ci s'était reconnue compétente en adoptant une solution tirée de la jurisprudence française<sup>341</sup> selon laquelle la clause d'arbitrage insérée au contrat de base ne vaut pas pour la garantie. Mais cette jurisprudence n'a valeur qu'à l'égard des garanties autonomes<sup>342</sup>.

Le tribunal admettait donc, que la contre garantie de CCF était une garantie autonome. Le CCF et le fournisseur français ont fait appel de cette décision en invoquant l'inexistence de la garantie autonome en droit algérien et en demandant l'application de la clause d'arbitrage prévue au contrat principal. Par un arrêt du 28 janvier 1991<sup>343</sup>, la Cour d'appel d'Alger leur a donné raison. En se fondant sur l'article 654 du Code civil, qui autorise la caution à opposer au créancier toutes les exceptions dont le débiteur peut se prévaloir, elle a fait droit à la demande d'arbitrage du CCF et elle a renvoyé le CPA devant la chambre de commerce d'Alger.

Si le tribunal d'Alger avait admis l'autonomie de cette contre garantie émise par le CCF au profit du CPA, c'est vraisemblablement parce que ledit engagement devait être conforme au modèle de contre garantie de bonne exécution diffusé par le ministère des finances<sup>344</sup> et qu'à sa lecture, le tribunal avait dû écarter toute possibilité d'y voir un acte de caution. Mais la Cour d'appel a clairement désavoué cette position en affirmant que le droit algérien ne connaît qu'une seule garantie personnelle : le cautionnement. Elle a statué sans rechercher la volonté des parties, et elle a méconnu les dispositions de l'article 106 du Code civil.

---

<sup>341</sup> Com., 20 décembre 1982, D. 1983., 365, note VASSEUR ; Civ. 3°, 20 juin 1989, Somm. 195, obs. VASSEUR.

<sup>342</sup> Ammar GUESMI, *op.cit.*, p. 58.

<sup>343</sup> Arrêt du 28 janvier 1991, D. 1993, somm. pp. 105 et 106, obs. VASSEUR.

<sup>344</sup> Il s'agit d'une note non publiée du ministère des finances portant le numéro 532/SO.

Les magistrats de la Cour d'Alger n'ont pas estimé nécessaire de s'inspirer des expériences étrangères issues de systèmes juridiques comparables, pas plus que de s'interroger sur l'évolution des pratiques bancaires au sein même des banques algériennes. Ils sont restés dans l'ignorance de la note, très confidentielle du 5 juin 1985<sup>345</sup>, qui consacré une évolution de pratiques bancaires des garanties émises pour le commerce international.

---

<sup>345</sup> Ammar GUESMI, *op.cit.*, p. 58.



## **SECTION N° II :**

### **LA LETTRE D'INTENTION**

La lettre d'intention<sup>346</sup>, de confort ou de patronage est une lettre par laquelle l'entreprise émettrice de la lettre conforte le créancier d'une entreprise tierce, l'entreprise patronnée, quant à la bonne fin des engagements pris par cette dernière à l'égard de ce créancier<sup>347</sup>. L'entreprise émettrice de la lettre de patronage pourra même s'engager à faire, à ne pas faire ou à donner à l'entreprise patronnée, de manière à doter celle-ci des moyens nécessaires à l'exécution de ses obligations.

Le droit des suretés algérien ne connaît pas cette institution. Toutefois, l'article 106 du code civil pourrait être appliqué pour résoudre des contentieux de pratiques commerciales ou bancaires. Il n'y a pas de jurisprudence qui consacre notre réflexion sur l'institution.

Par contre, bien qu'elle est une création de la pratique, le droit des suretés français a, dans l'article 2322 du code civil, expressément consacré la lettre d'intention comme « *l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier.* ».

La qualification (§.1) et le régime juridique (§.2) de la lettre d'intention dépendent largement des circonstances et des termes employés.

---

<sup>346</sup> A ne pas confondre avec certaines conventions encadrant les pourparlers préalables à la conclusion de conventions complexes, qui sont, également, appelées « lettres d'intention ». Précisément, en droit anglo-saxon, la « letter of intent » désigne exclusivement ces conventions encadrant les pourparlers. La lettre d'intention est appelée « comfort letter », X. Barré, La lettre d'intention, Technique contractuelle et pratique bancaire, Economica, 1996.

<sup>347</sup> Mostepha TRARI TANI, William PISSOORT, et Patrick SAERENS, Droit commercial international, collection droit pratique, BERTI Editions, Edition 2007, p. 212.

## **§.1 : LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA LETTRE D'INTENTION**

La qualification juridique de la lettre d'intention soulève des difficultés sur la nature et la portée exactes des engagements nés de la lettre d'intention<sup>348</sup>. C'est en fonction de la nature des engagements contenus dans la lettre d'intention que les qualifications sont faites<sup>349</sup>.

Le contenu de la qualification de la lettre d'intention s'est développé par rapport à la qualification des obligations souscrites par l'émetteur de la lettre d'intention (I), et par la qualification de la lettre d'intention en « garanti » (II).

### **I. La qualification des obligations de l'émetteur de la lettre d'intention**

La lettre d'intention est un engagement de portée variable<sup>350</sup>, souscrit le plus souvent par des sociétés-mères pour le compte de leurs filiales afin de leur faciliter l'obtention de crédit. Elle se distingue ainsi du cautionnement par l'objet de l'obligation qu'elle fait naître : il s'agit d'un « engagement de faire ou de ne pas faire ». L'émetteur souscrit un engagement nouveau qui consiste à fournir une ou plusieurs prestations, par action (obligation de faire) ou par abstention (obligation de ne pas faire), et, en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, à indemniser, sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle, le créancier des conséquences de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ces prestations<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 213.

<sup>349</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 403.

<sup>350</sup> La Cour de Cassation française dans un arrêt du 21 décembre 1987 rendu par la chambre commerciale, avait admis que constituait un engagement juridique celui de « soutenir sa filiale dans ses besoins financiers et ... si nécessaire, de se substituer à elle pour faire face à tous les engagements.... ».

Elle a ainsi considéré que « malgré son caractère unilatérale, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat si même elle ne constitue pas un cautionnement » ; Cass. com., 21 déc. 1987 : Bull. civ. IV, n° 281, page. 210.

<sup>351</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 210.

Le critère de qualification des obligations souscrites par l'émetteur de la lettre d'intention réside, avant tout, dans la commune intention des parties, telle qu'elle ressort des termes de l'acte<sup>352</sup>. Il revient donc au juge de donner ou de restituer son exacte qualification à la lettre d'intention qui lui est soumise, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

En France, la Cour de cassation a jugé que la lettre d'intention, lorsqu'elle « est de nature à rendre son auteur responsable des conséquences de la défaillance du débiteur ... est constitutive d'une garantie » et, on conséquence, doit être autorisée par le conseil d'administration<sup>353</sup> faute de quoi elle est inopposable à la société<sup>354</sup>. C'est l'arrêt du 21 décembre 1987<sup>355</sup>, par son allusion à l'obligation de résultat, a posé le problème de savoir s'il fallait, en la matière, exploiter la distinction obligation de résultat-obligation de moyens.

Cet arrêt de la chambre commerciale a en même temps reconnu la grande variété des engagements pouvant résulter d'une telle lettre, allant d'un simple « engagement moral » à un cautionnement pur et simple, en passant par des obligations plus ou moins strictes à la charge de l'auteur de la lettre<sup>356</sup>.

Dans un premier temps, et par un arrêt<sup>357</sup> du 9 décembre 1997, la chambre commerciale a jugé que l'article 98 de la loi de 1966<sup>358</sup> devait s'appliquer que la société ait assumé une obligation de moyens ou de résultat, ce qui préjugait d'une application généralisée des règles du cautionnement. Par un arrêt du 26 janvier 1999<sup>359</sup>, elle a opéré un revirement en décidant que l'autorisation n'était pas nécessaire dès lors que la société signataire n'avait souscrit qu'une obligation de moyens et n'avait donc pas accordé « une garantie » ; cet arrêt a pu, ainsi retenir la responsabilité de la société à l'égard du bénéficiaire

---

<sup>352</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 213.

<sup>353</sup> Nouveau Code de commerce français, art. L.225-35.

<sup>354</sup> Cass. com., 23 oct. 1990: Bull. civ. IV, n° 256.

<sup>355</sup> Com. 21 déc. 1987, Bull. civ. IV, n° 281.

<sup>356</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, réforme du droit des sûretés, numéro spécial 84-1, 8<sup>e</sup> année – cahier n° 02, éditions législatives Juin 2006, p. 8140.

<sup>357</sup> Cass. com., 9 déc. 1997: Bull. civ. IV, n° 332.

<sup>358</sup> Art. 225-35 du Nouveau Code de commerce français.

<sup>359</sup> Cass. com., 26 janv. 1999 : JCP E 1999, 674, note D. LEGEAIS

de la lettre. En revanche, un arrêt<sup>360</sup> du 26 février 2002, et statuant à propos d'une rédaction à peu près semblable, a retenu la qualification d'obligation de résultat pour contraindre le signataire au paiement.

Selon leurs conséquences de fond, trois catégories apparaissent alors : celles qui ne comportent aucun engagement juridique, celles qui donnent naissance à une sureté personnelle, celle qui constituent un engagement de faire non accessoire<sup>361</sup>.

### **A. LES LETTRES D'INTENTION SANS ENGAGEMENT JURIDIQUE :**

Le souscripteur de telles lettres ne prend aucun engagement à l'égard de la banque. Ce sont des lettres constitutives de simples engagements moraux<sup>362</sup>, des lettres de simple référence au crédit<sup>363</sup>. Les formules sont très descriptives ; en voici quelques exemples : « *Nous nous référons au crédit dont dispose notre filiale auprès de votre banque. Nous vous confirmons avoir parfaite connaissance des clauses, modalités et conditions régissant cette opération.*

*Nous comprenons que ce crédit est octroyé en considération du fait que notre société détient, directement ou indirectement, la majorité des actions composant le capital de notre filiale.*

*En outre, nous voudrions mentionner, sans engagement quelconque de notre part, que c'est un principe de la politique générale de notre maison de veiller, dans le cadre des possibilités légales, à ce que la situation financière de nos sociétés affiliées soit solide du point de vue économique et à ce que nos sociétés affiliées soient gérées de telle manière qu'elles soient amenées à répondre à leurs obligations. Notre filiale doit donc normalement être en mesure de tenir ses engagements à votre égard »*

---

<sup>360</sup> Cass. com., 26 fév. 2002: JCP, G, 2002, II, 10166 note François. - La rédaction était la suivante : « faire tout le nécessaire » pour que la société filiale tienne ses engagements.

<sup>361</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 404.

<sup>362</sup> Michel MATHIEU, l'Exploitant bancaire et le Risque crédit. La revue banque. Éd 1995. p. 216.

<sup>363</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, préc.

Elles ne donnent naissance à aucune obligation. En aucun cas, son bénéficiaire ne peut en obtenir l'exécution forcée. Tel est le cas par exemple de la lettre dans laquelle une société mère se borne à indiquer qu'elle porte de l'intérêt aux affaires de sa filiale<sup>364</sup> ou à présenter un acheteur potentiel<sup>365</sup>. Il en est de même lorsqu'il est précisé dans la lettre que celle-ci est exclusive de tout engagement<sup>366</sup>.

De telles lettres ont longtemps suffi. Le respect de la parole était alors en usage dans la pratique des affaires. Le déclin de l'éthique des affaires a conduit à faire évoluer la pratique des lettres<sup>367</sup>.

## **B. LES LETTRES CONSTITUTIVES DE CAUTIONNEMENT :**

Lorsque dans une lettre, le signataire précise que la société qu'il dirige s'engage à « se substituer à la filiale défaillante », c'est en réalité un cautionnement qu'il a signé. La qualification de cautionnement repose sur le fait que l'émetteur de la lettre prend l'engagement d'exécuter la dette du débiteur principal. Il n'est pas nécessaire que l'engagement soit de payer une somme d'argent, car la caution peut aussi exécuter en nature.

Avant d'être consacré comme une sureté personnelle<sup>368</sup> la jurisprudence de la Cour de cassation française, par le fondement de l'autonomie de la volonté, a estimé que le juge se doit de requalifier l'engagement en un cautionnement<sup>369</sup> lorsqu'une lettre d'intention contient l'engagement exprès du signataire « de se substituer au débiteur afin de faire face à tous les engagements que ce dernier pourrait prendre à l'égard du créancier »<sup>370</sup>.

---

<sup>364</sup> C.A. Paris 14 mai 1993 : Bull. Joly 1993 p. 729 note Ph. DELEBECQUE.

<sup>365</sup> C.A. Paris 30 avril 1984 : Banque 1985 p. 754 obs. J.-L. RIVES-LANGES.

<sup>366</sup> DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, Ed. FRANCIS LEFEBVRE, 7815, P. 479.

<sup>367</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 405.

<sup>368</sup> Les articles 2287 et 2322 du code civil français, modifié par l'Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

<sup>369</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 216.

<sup>370</sup> Com. 21 déc. 1987, Bull. civ. IV, n° 281.

Cette qualification de cautionnement emporte application de la totalité du régime juridique de cette sureté à la lettre d'intention<sup>371</sup> (lettre de patronage). De telles lettres sont fréquentes et pourtant les requalifications en cautionnement sont rares.

En France, la Cour de cassation entend semble-t-il préserver la spécificité des lettres en laissant la place pour les lettres qui ont tous les caractères du cautionnement sans pour autant recevoir une telle qualification<sup>372</sup>. Les juristes considèrent cette approche comme un grave facteur de confusion.

Il existe, ainsi, une différence fondamentale entre l'engagement de « garantir que le débiteur remplira ses obligations », constitutif d'une lettre d'intention promettant un résultat, et l'engagement de « garantir les obligations du débiteur », constitutif d'un cautionnement<sup>373</sup>.

Certains auteurs ou tribunaux rattachent la lettre d'intention (lettre d'intention) au cautionnement dans son esprit ou dans son régime<sup>374</sup>. Cela n'est possible que si l'on trouve les critères d'une sureté personnelle : un engagement de payer la dette d'autrui et une absence de contribution à cette dette<sup>375</sup>.

Dans les lettres d'intentions, soit il n'y a pas d'engagement de payer, soit il y a une obligation non accessoire de faire dont le remboursement par la filiale semble imprécis. Dans ces cas, l'analogie avec le cautionnement est inappropriée. Si l'engagement de payer ou d'exécuter la dette de la filiale sans la considérer comme la sienne est suffisamment clair, il sera un cautionnement<sup>376</sup>.

---

<sup>371</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 405.

<sup>372</sup> La jurisprudence est incertaine et imprévisible sur cette question de la qualification de « garantie » de la lettre d'intention. Partagée entre le souci d'éviter qu'un trop grand nombre de lettres d'intention ne soient déclarées inopposables, dans l'hypothèse où la qualification de « garantie » leur serait reconnue, et celui de ne pas priver la notion de garantie de toute cohérence, au cas où cette qualification serait refusée aux lettres d'intention, la jurisprudence n'adopte pas toujours les mêmes critères de qualification.

<sup>373</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 216.

<sup>374</sup> RD bancaire 1989, p. 34, obs. crit. M. CONTAMINE-RAYNAUD. La cour y voit « une obligation analogue à celle d'un cautionnement, encore que .... Dénuée de formalisme ».

<sup>375</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., pp. 25 et 29.

<sup>376</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 406.

### **C. LES LETTRES D'INTENTION PORTANT ENGAGEMENT JURIDIQUE DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE :**

Conformément aux termes de l'article 2322 du code civil Français, lorsque l'engagement issu de la lettre d'intention accède à la vie juridique, il prend la forme d'une obligation de faire ou de ne pas faire, d'intensité variable allant de la simple promesse de mettre en œuvre des moyens jusqu'à celle d'atteindre un résultat. L'émetteur de la lettre d'intention ne s'engage pas à acquitter la dette même du débiteur principal, et, pas davantage, la même dette que le débiteur principal, mais à réaliser une ou plusieurs actions ou abstentions, déterminées ou laissées à sa libre appréciation, en vue de soutenir, faciliter, conforter l'exécution, par le débiteur principal, de son obligation envers le créancier.

Toutes sortes d'obligation peuvent être, ainsi, insérées dans une lettre d'intention. Selon les termes de la lettre et les circonstances, l'obligation de faire ou de ne pas faire pesant sur l'émetteur pourra développer une intensité variable, recouvrant la dichotomie classique du droit commun des obligations : obligations de moyens ou de résultat (seules les obligations de faire offrent cette variabilité d'intensité, les obligations de ne pas faire constituant, nécessairement, des obligations de résultat).

#### **1. Obligations de moyens :**

Ces obligations sont celles par lesquelles l'émetteur de la lettre d'intention s'engage à déployer des efforts dont la nature ou l'ampleur sont déterminées dans le but de parvenir au résultat escompté, mais sans le garantir. L'émetteur va, ainsi, s'engager « à faire tout son possible »<sup>377</sup>, « à faire ses meilleurs efforts »<sup>378</sup>, ou encore « à apporter son appui ou son soutien financier dans les engagements de la filiale et s'obliger de surveiller la gestion de celle-ci »<sup>379</sup>. L'émetteur souscripteur ne promet pas donc, un résultat donné. Il s'engage tout au plus à essayer de parvenir au résultat promis<sup>380</sup>.

En plus de démontrer que le résultat escompté et promis n'a pas été atteint, le bénéficiaire de semblables engagements doit aussi rapporter la preuve de la faute de celui qui

---

<sup>377</sup> Cass. com. 4 octobre 1994 n° 1746 : RJDA 2/94 n° 194.

<sup>378</sup> C.A. Paris 10 mars 1989 : D. 1989 P. 436.

<sup>379</sup> C.A. Versailles 7 mars 2002 n° 00-6958 : RJDA 7/02 n° 814.

<sup>380</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 310.

s'est engagé<sup>381</sup>. L'émetteur peut être exonéré s'il démontre qu'il n'a pas commis de faute. Alors même que le résultat promis n'a pas été atteint, il n'engage donc pas nécessairement sa responsabilité<sup>382</sup>.

## **2. Obligations de résultat :**

Ces obligations sont celles par lesquelles l'émetteur de la lettre d'intention s'engage à atteindre un résultat, selon les cas par des moyens déterminés ou indéterminés. L'émetteur peut ainsi s'engager « à ne pas céder ou réduire sa participation dans la filiale » (obligation de ne pas faire), « à procéder à une augmentation de capital de la filiale » (obligation de faire déterminée), « à accorder un prêt à la filiale » (obligation de faire déterminée), « à faire tout le nécessaire pour que la filiale exécute ses engagements » (obligation de faire indéterminée) ou encore « faire en sorte que la filiale exécute ses engagements » (obligation de faire indéterminée). Sauf cas de force majeure, la responsabilité de l'émetteur n'est retenue que si le résultat promis n'est pas obtenu<sup>383</sup>.

Le signataire peut souscrire une obligation de faire, différente d'une obligation de payer. Mais il peut aussi, en second lieu, prendre un engagement de se substituer à la filiale défaillante<sup>384</sup>. L'engagement est alors souvent qualifié d'obligation de résultat<sup>385</sup> et non de cautionnement. Ce qui présente deux inconvénients majeurs.

D'une part, il est très difficile de distinguer cet engagement du cautionnement. D'autre part, le critère de qualification de cette obligation de résultat est lui-même tout à fait incertain.

Deux propositions doctrinales ont été défendues pour remédier aux incertitudes jurisprudentielles<sup>386</sup>. Selon la première thèse, elle pousse vers la requalification systématique en cautionnement, de tous engagements de remboursement des dettes de la filiale. Selon la

---

<sup>381</sup> Cass. Com. 18 mai 2005 : RD bancaire et fin. Sept.-oct. 2005, comm. 173, obs. A. C.

<sup>382</sup> Dominique LEGEAIS, préc.

<sup>383</sup> Ibid., p. 308.

<sup>384</sup> Cass. Com. 24 oct. 2000: JCP E 2001, 1043, obs. Ph. Simler.

<sup>385</sup> Bull. Joly, mai 2002, P. 608, note J.-F. Barbiéri.

<sup>386</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 309.



seconde thèse<sup>387</sup>, les obligations de résultat seraient en réalité des promesses de porte-fort<sup>388</sup>. Le souscripteur d'une promesse de porte-fort, à la différence du créancier d'une obligation de résultat peut se libérer en prouvant l'existence d'une cause étrangère<sup>389</sup>.

La Cour de cassation française s'attache aujourd'hui à une distinction opposant les lettres constitutives de garantie et celles qui n'en sont pas, après avoir fait une distinction classique opposant les obligations de résultat aux obligations de moyens<sup>390</sup>.

Il n'est pas toujours facile de déceler l'existence d'un engagement devant être qualifié d'obligation de résultat. La terminologie utilisée dans la lettre doit traduire la fermeté de l'engagement pris. La rédaction de la lettre doit montrer que son auteur n'entend pas se ménager une faculté d'appréciation. Pour cette raison, la formule « faire tout le nécessaire pour » est généralement considérée comme le révélateur de l'existence d'une obligation de résultat<sup>391</sup>. Il en va de même des expressions « prendre toutes les dispositions pour que », « faire en sorte que », « assurer la couverture des besoins financiers de la filiale », « en toute hypothèse assurer la bonne fin d'une opération »<sup>392</sup>.

Après avoir retenue la qualification d'obligation de résultat, le souscripteur de l'engagement engage sa responsabilité dès lors que le résultat promis n'est pas atteint. Il ne peut se dégager qu'en invoquant la force majeure ou le cas fortuit. C'est au souscripteur de prouver que les conditions de l'exonération de responsabilité sont réunies.

---

<sup>387</sup> Philippe SIMLER, « *Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention comme technique de garantie ?* », RD bancaire et bourse 1997, p. 223.

<sup>388</sup> G. Ferreira, « *les garanties indemnitaires* », Thèse Versailles, 2002 – « La promesse de porte-fort est une garantie indemnitaire, son souscripteur doit réparer le préjudice causé. Celui-ci n'est pas nécessairement égal au montant des impayés. » ; I. RIASSETTO, « *le porte-fort exécution* », Lamy droit des suretés, étude, 150 - « la promesse de porte fort est l'engagement pris par une personne, le porte fort, de faire souscrire une convention ou de faire exécuter une prestation par un tiers. Le porte-fort est tenu d'indemniser la victime de l'inexécution si le tiers refuse de s'engager. Le porte-fort est ainsi engagé directement à l'égard du bénéficiaire de la promesse. ».

I. RIASSETTO, op.cit., préc. - « la promesse de porte fort est l'engagement pris par une personne, le porte fort, de faire souscrire une convention ou de faire exécuter une prestation par un tiers. Le porte-fort est tenu d'indemniser la victime de l'inexécution si le tiers refuse de s'engager. Le porte-fort est ainsi engagé directement à l'égard du bénéficiaire de la promesse. ».

<sup>389</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., préc.

<sup>390</sup> Ibid.

<sup>391</sup> Cass. com., 11 janv. 2005 : JCP E 2005, 1860, n° 11, obs. Ph. Simler.

<sup>392</sup> Cass. com., 16 nov. 2004 : JCP E 2005, 915, n° 11, obs. Ph. Simler.

La frontière entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat n'est, cependant, pas étanche, et il arrive que des formules presque semblables reçoivent des qualifications distinctes<sup>393</sup>. Ainsi, l'obligation de « faire tout le nécessaire » pour que le débiteur soit solvable à l'échéance est-elle, le plus souvent, qualifiée d'obligation de résultat, mais celle, fort proche de « faire le nécessaire » a pu être qualifiée d'obligation de moyens<sup>394</sup>, de même que celles de faire tous ses efforts », ou de « tout mettre en œuvre »<sup>395</sup>.

## **II. LA QUALIFICATION DE LA LETTRE D'INTENTION EN**

### **« GARANTIE » :**

La lettre d'intention n'est pas consacrée par notre droit des suretés comme institution avec des règles propres ou communes à d'autres suretés déjà énoncées, mais elle est présente de part la pratique commerciale et bancaire sans savoir plus sur sa qualification exacte. S'agit-elle d'une garantie ou de simple obligation de moyens ? Quelle importance porte cette qualification ?

La lettre d'intention est, fréquemment, consentie par une société commerciale. L'importance demeure qu'une lettre constitutive de garantie, par laquelle, par exemple, une société par action (une S.P.A) s'engage de se substituer au débiteur, doit faire, selon les dispositions des articles 624 et 670 du code de commerce algérien, l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration ou conseil de surveillance<sup>396</sup>. Si tel n'est pas le cas, la lettre d'intention comme le cautionnement est inopposable à la société. Le bénéficiaire de la lettre ne peut alors faire jouer sa garantie<sup>397</sup>.

Il n'est pas facile de déterminer quelles sont les lettres constitutives de garantie, il est, donc préférable d'analyser la doctrine et la jurisprudence françaises qui ont proposé plusieurs

---

<sup>393</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 216.

<sup>394</sup> Com. 26 janv. 2009, Bull. Civ. IV, n° 31.

<sup>395</sup> Com. 15 janv. 1991, Bull. Civ. IV, n° 28.

<sup>396</sup> En France, et au début des années 1980, les établissements de crédit ont commencé à faire souscrire des lettres d'intention à des sociétés-mères, dans le but d'échapper à une contrainte imposée par le droit des sociétés, à savoir l'exigence d'autorisation par le conseil d'administration ou de surveillance des « cautionnement, avals, et garanties » consentis par une société anonyme. (Les articles L.225-35 et L.225-68 du Code de commerce).

<sup>397</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 311.

grilles de lecture des lettres d'intention. La doctrine comme la jurisprudence sont toujours valable pour notre droit des sûretés qui n'a toujours pas consacré la lettre d'intention comme garantie. En droit français la question paraît tranchée par l'introduction de la lettre d'intention comme garantie par l'ordonnance n° 2006-343 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

Selon une première thèse, il conviendrait de retenir une conception large de la garantie. Toutes les lettres comportant un engagement de payer devraient ainsi recevoir cette qualification. Il importe peu que l'engagement soit de résultat ou de moyens.

Selon une deuxième thèse, plus restrictive, seules les lettres d'intention constitutives de cautionnement ou donnant naissance à des obligations de résultat méritent la qualification de garantie<sup>398</sup>.

Avant la réforme du 23 mars 2006, le droit français des sûretés avait connu une jurisprudence incertaine et imprévisible sur cette question de la qualification de « garantie » de la lettre d'intention. Elle n'adoptait pas toujours les mêmes critères de qualification<sup>399</sup>.

Pour la chambre commerciale de la Cour de cassation, la lettre d'intention est une « garantie » dès lors qu'elle comporte un engagement ferme de la part du signataire de rembourser la dette de la filiale. Un tel engagement ferme existe lorsque la lettre est requalifiée en cautionnement et lorsque la lettre donne naissance à une obligation de se substituer à la filiale qualifiée d'obligation de résultat<sup>400</sup>. Inversement, la lettre n'est pas constitutive d'une garantie lorsque le signataire ne prend aucun engagement de se substituer purement et simplement à ceux de sa filiale, qu'il n'est donc tenu que d'une obligation de moyens<sup>401</sup>.

La Cour de cassation, par un arrêt Sony du 26 janvier 1999, en a déduit que l'obligation pesant sur l'émetteur n'était que de moyens parce que l'émetteur de la lettre

---

<sup>398</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *op.cit.*, p.439.

<sup>399</sup> (Le souci était d'éviter qu'un trop grand nombre de lettres d'intention ne soient déclarées inopposables, dans l'hypothèse où la qualification de « garantie » leur serait reconnue, et celui de ne pas priver la notion de garantie de toute cohérence, au cas où cette qualification serait refusée aux lettres d'intention).

<sup>400</sup> Cass. Com., 18 avril 2000 : JCP E 2000, 2007, note L. Leveneur et 1043, obs. Ph. SIMPLER.

<sup>401</sup> CA Paris, 16 janv. 2001 : Bull. Joly, avril 2001, p.374, note H. Le NABASQUE ; Com. 26 janv. 1999, Bull. civ , IV, n° 31.

« n'avait pas pris l'engagement de payer aux lieu et place de sa filiale mais seulement promis de faire respecter par celle-ci ses engagements ». Dès lors, l'engagement de « faire le nécessaire pour que la filiale soit en mesure de satisfaire ses engagements à l'égard des prêteurs » qui, auparavant, constituait, fort logiquement, une obligation de résultat n'était plus qu'une obligation de moyens, la lettre d'intention devant, désormais, contenir « un engagement de payer aux lieu et place du débiteur » pour, d'une part, donner naissance à une obligation de résultat, d'autre part, recevoir la qualification de « garantie »<sup>402</sup>.

Par un arrêt rendu le 26 février 2002<sup>403</sup>, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré que le souscripteur d'une lettre contenant l'engagement ferme de la société-mère de faire tout le nécessaire pour la filiale dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses engagements, avait bien garanti au créancier le remboursement de la dette. La cour d'appel avait retenu la qualification d'obligation de résultat.

La Cour de cassation, dans cette dernière décision, exige que la juridiction saisie ne doive pas se fonder sur l'existence de l'autorisation du conseil pour qualifier la lettre. Une lettre peut ainsi avoir fait l'objet d'une autorisation préalable et ne donner naissance qu'à une obligation de moyens<sup>404</sup>. Inversement, une lettre n'ayant pas fait l'objet d'autorisation peut être qualifiée de garantie et être en conséquence déclarée inopposable à la société. Par plusieurs autres décisions, la Cour de cassation a confirmé cette analyse et réaffirmé que l'engagement de faire tout le nécessaire est bien une obligation de résultat<sup>405</sup>.

En droit des français des sûretés, ce qu'il n'est pas le cas dans notre droit des suretés, toutes les solutions énumérées ci-dessus peuvent être remises en cause en raison de l'introduction de la définition de la lettre d'intention dans le Code civil après la réforme de 2006. Toutes les lettres d'intention sont désormais considérées comme de véritables sûretés<sup>406</sup>, et quelque que soit leur portée, elles doivent être soumises à l'approbation

---

<sup>402</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, *Droit des Sûretés*, op.cit., p. 218.

<sup>403</sup> Com. 26 fév. 2002 : JCP E 2002, 918, note D. LEGEAIS.

<sup>404</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 312.

<sup>405</sup> Ibid. - qui cite Com. 19 avr. 2005, JCP 2005. I. 185, n° 11, obs. PH. SIMLER ; RD ban. Et fin. 2005, n° 173, obs. A.Couret.

<sup>406</sup> Article 2287-1 du code civil français.

préalable de conseils d'administration et du conseil de surveillance des sociétés anonymes<sup>407</sup>. Elles doivent aussi être publiées au bilan conformément à l'article L. 232-1 du Code de commerce.

La doctrine voit dans ses analyses une mort prévisible des lettres d'intention. La critique pense que le législateur, par la codification d'une pratique, lui aura ainsi faire perdre une grande part de son intérêt<sup>408</sup>. En effet, les lettres d'intention souscrites postérieurement à la date du 23 mars 2006 constituent, très probablement, des « *garanties* » au sens des articles 225-35 et L. 225-68 du Code de commerce, puisque le nouvel article 2287-1 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2006-343 du 23 mars 2006, les qualifie, de « *sûretés* »<sup>409</sup>.

## **§.2 . LE REGIME JURIDIQUE DE LA LETTRE D'INTENTION**

La lettre d'intention constitue, banalement, un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire. Elle est, également, un mécanisme de garantie personnelle. Connaitre son régime, suppose la compréhension de cette sûreté de part sa définition au regard du droit français des sûretés, mais aussi de la réglementation légale propre à la lettre d'intention, celle qui fait défaut.

Se sont ses effets qui appellent des développements plus importants parce qu'ils concernent son l'ambivalence, génératrice d'une obligation de faire ou de ne pas faire, propre à l'émetteur, et d'une garantie de la dette d'un tiers (II). Excepté la question de l'exigence ou non de l'autorisation du conseil d'administration de la société émettrice, la formation de la lettre d'intention ne suscite guère de difficultés (I).

---

<sup>407</sup> Article L. 225-35 et L. 225-68 du Code de commerce français.

<sup>408</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., préc.

<sup>409</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 220.

## **I. LA FORMATION DE LA LETTRE D'INTENTION**

Toujours en droit des sûretés français, et mis à part la définition par l'article 2322 du Code civil de la lettre d'intention, aucune disposition légale ne vient régir sa formation. C'est donc le droit commun du contrat qui a vocation à s'appliquer, en particulier le principe du consensualisme. Aucune forme n'est requise, *ad validitatem*, pour l'expression du consentement des deux parties à la lettre d'intention<sup>410</sup>. Sa formation relève de l'autonomie de la volonté.

Aucun formalisme probatoire n'est davantage requis. En effet, contrairement au cautionnement et la garantie autonome, sa preuve n'est pas subordonnée à l'insertion dans l'acte d'une mention particulière émanant de l'émetteur et exprimant la connaissance qu'à ce dernier de la nature et de l'étendue de son engagement<sup>411</sup>. L'article 1326 du code civil français n'est, en effet, pas applicable à la lettre d'intention, car celle-ci ne donne jamais naissance à un engagement unilatéral de payer une somme d'argent au créancier<sup>412</sup>.

Au demeurant, l'article 1326 du Code civil français serait, de toutes façons, écarté toutes les fois, et cela constitue l'hypothèse de prédilection de la lettre d'intention, ou la lettre est souscrite par une société commerciale, en faveur d'une autre, en garantie d'un crédit bancaire, cette lettre constituant un acte de commerce relevant de la liberté de la preuve posée par l'article *L. 110-3* du Code de commerce français.

Une fraction de la doctrine estime, au regard de la finalité protectrice imprimée par la jurisprudence à la mention de l'article 1326 du Code civil, qu'il serait opportun d'étendre cette protection au souscripteur de la lettre d'intention, par l'exigence d'une formule exprimant sous une forme quelconque<sup>413</sup>, mais de manière explicite et non équivoque, la connaissance, par l'émetteur, de la nature et de l'étendue de son engagement.

---

<sup>410</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, *op.cit.*, préc.

<sup>411</sup> Com. 17 déc. 2002, RD bancaire et financier 2003, n° 73, obs. D. LEGAIS.

<sup>412</sup> Com. 13 déc. 2005, préc., qui applique l'article 1326 du Code civil français à une promesse de porte-fort d'exécution.

<sup>413</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, *op.cit.*, p. 411.

(L'article 1326 du Code civil impose une mention manuscrite dans les engagements unilatéraux de « payer une somme d'argent ou de livrer un bien fongible »...même si l'on pense que les obligations de faire n'entrent pas dans la catégorie large de livraison de bien fongibles, l'on admet que la mention manuscrite s'impose de la même façon que pour les cautionnements).

## **II. LES EFFETS DE LA LETTRE D'INTENTION**

Il y a lieu ici pour traité la question de l'opposabilité ou inopposabilité des exceptions relatives au contrat principal (A), aussi pour comprendre les conséquences touchant à la nature indemnitaire (B) de la lettre d'intention et ceux tenant à la fonction de garantie (C) de la lettre d'intention.

### **A. L'OPPOSABILITE OU INOPPOSABILITE DES EXCEPTIONS RELATIVES AU CONTRAT PRINCIPAL :**

L'émetteur d'une lettre d'intention peut-il, à l'instar de la caution, soulever les moyens de défense que le débiteur principal pourrait invoquer contre le créancier ?

Comme toute garantie personnelle, la lettre d'intention présente un caractère accessoire général, justifiant, par exemple, que la lettre d'intention soit subordonnée à l'existence de la dette garantie ou qu'elle se transmette avec la créance du bénéficiaire. A l'inverse, il est exact que la lettre d'intention, et c'est la l'un des intérêts qui font son attrait auprès des créanciers, ne développe pas le caractère accessoire renforcé (dépendance et subsidiarité) du cautionnement. Ainsi, la lettre d'intention ne présente-t-elle, ni le caractère accessoire renforcé du cautionnement, ni l'indépendance renforcée de la garantie autonome.

Son degré d'« accessoriété » est intermédiaire, médian entre le cautionnement et la garantie autonome. Cela peut s'expliquer par la structure même de la lettre d'intention. L'intensité du caractère accessoire de la lettre d'intention, c'est-à-dire le degré d'assujettissement de la lettre aux vicissitudes affectant la dette garantie, est sous la dépendance aussi, en effet, de l'application du mécanisme de la responsabilité civile ,contractuelle, autrement dit de la nature indemnitaire de la lettre d'intention.

La détermination du degré d'« accessoriété » de la lettre d'intention relève ainsi d'un emprunt double : à la notion de garantie, d'une part, à la nature indemnitaire de la lettre, d'autre part.

## **1. La finalité de garantie de la lettre d'intention :**

Une garantie ne peut exister dans le vide. Elle suppose l'existence d'une dette principale à garantir. La cause de l'engagement d'un garant, quel qu'il soit, matérialise le lien juridique entre la garantie et la dette confortée.

Comme en matière de cautionnement, la cause de l'engagement de l'émetteur de la lettre d'intention réside dans la considération de la dette principale, c'est-à-dire dans la possibilité pour le débiteur d'obtenir ou de pérenniser un crédit ou, plus largement, un avantage octroyé par le créancier. Or, en l'absence d'unicité de la dette de l'émetteur et de la dette du débiteur principal, c'est la théorie de la cause qui va permettre à l'émetteur de la lettre d'intention de soulever certaines des vicissitudes affectant la dette principale. Ainsi, l'inexistence, la nullité ou encore la résolution de la dette garantie mettent-elles un terme, faute de cause, à l'obligation de l'émetteur de la lettre d'intention<sup>414</sup>.

## **2. La nature indemnitaire de la lettre d'intention :**

L'engagement de l'émetteur d'une lettre d'intention consiste en une ou plusieurs obligations de faire ou de ne pas faire. La mise en œuvre de la lettre d'intention par son bénéficiaire va, par conséquent, consister en la recherche de la responsabilité civile contractuelle de l'émetteur, et conduire, selon l'article 1142 du Code civil français (article 124 du code civil algérien), à l'attribution de dommages et intérêts au créancier. En application du droit commun de la responsabilité civile, la mise en œuvre de celle-ci exige que soient réunis un fait générateur, un préjudice et un lien de causalité entre les deux.

Or, toutes les fois que la dette garantie sera éteinte par paiement, compensation, remise de dette, confusion, novation, prescription...., l'émetteur bénéficiera de cette extinction par l'effet des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile.

En effet, quand bien même l'émetteur aurait-il mal exécuté les obligations mise à sa charge, ce fait générateur ne suffirait pas à engager sa responsabilité contractuelle, soit que le préjudice du créancier serait inexistant (hypothèse dans lesquelles l'extinction de la dette principale est satisfaisante pour le créancier : paiement, compensation...), soit que le

---

<sup>414</sup> R. BAILLOD, « les lettres d'intention », RTD com. 1992. 547, n° 322 et 323.

(Demeure ici une question, de savoir si, à l'instar du cautionnement, la garantie de l'émetteur de la lettre se reporte ou non sur l'obligation de restitution des fonds pesant sur la filiale, consécutivement à l'annulation ou à la résolution de l'ouverture du crédit qui lui a été accordée et dont la lettre confortait l'exécution).



préjudice subit par le créancier n'entreprendrait pas de relation de causalité avec le fait générateur (hypothèses d'extinction de la dette principale non satisfaisante pour le créancier, mais sans être en relation avec les manquements dénoncés : remise de dette, confusion, prescription...).

C'est du reste, cette raison qui explique, a contrario, que l'ancienne cause d'extinction de la créance garantie due à l'absence de sa déclaration à la procédure collective ouverte contre le débiteur principal ne libérait pas l'émetteur de la lettre. En effet, l'ouverture de la procédure collective démontre la défaillance du débiteur et, donc, matérialise le préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution, par l'émetteur, de ses obligations. Peu importe que la dette principale s'éteigne ultérieurement pour cause de non déclaration, la créance d'indemnisation contre l'émetteur existe d'ores et déjà.

### **3. Le caractère d'« accessoriété » médian de la lettre d'intention :**

La lettre d'intention occupe-t-elle une place spéciale sur le spectre des garanties personnelles. Elle se rapproche, d'une part, de la solidarité passive en ce que l'émetteur va bénéficier des exceptions inhérentes à la dette invoquées par le débiteur, comme la nullité pour absence de cause, la résolution ou le paiement, et, d'autre part, du cautionnement, en ce que l'émetteur va bénéficier des exceptions personnelles au débiteur et soulevées par ce dernier, comme la nullité relative de la dette principale pour vice du consentement. En revanche, à la différence, tant de la solidarité passive que du cautionnement, l'émetteur de lettre d'intention ne pourra, vraisemblablement, pas soulever, en lieu et place du débiteur principal, ni les exceptions inhérentes à la dette, ni les exceptions personnelles au débiteur.

## **B. LES EFFETS TENANT A LA NATURE INDEMNITAIRE DE LA LETTRE D'INTENTION :**

L'émetteur d'une lettre d'intention qui n'exécute pas ou exécute mal ses obligations engage sa responsabilité contractuelle du fait personnel de l'émetteur, et non d'un cas de responsabilité contractuelle du fait d'autrui ne se conçoit, normalement, qu'au sujet d'une même obligation contractuelle pesant sur autrui et sur le responsable. Or, l'émetteur de la lettre ne s'engage pas à la même chose que le débiteur principal.

Conformément au droit commun de la responsabilité contractuelle, l'établissement de la responsabilité contractuelle de l'émetteur de la lettre d'intention exige l'existence d'un fait générateur de responsabilité (1), d'un préjudice réparable (2), et d'un lien de causalité entre les deux (3). Des causes exonératoires peut être invoqué par l'émetteur, une fois sa responsabilité civile engagée (4). L'émetteur de la lettre d'intention, en indemnisant le créancier, dispose d'un recours contre le débiteur principal (5).

### **1. le fait générateur de responsabilité :**

Le fait générateur de la responsabilité de l'émetteur de la lettre d'intention diffère selon que les obligations incombant à l'émetteur sont des obligations de moyens ou de résultat.

En présence d'une obligation de moyens, le créancier doit alors apporter la preuve de l'inexécution, de la mauvaise exécution ou encore de l'exécution tardive de son obligation par l'émetteur. Cette défaillance ne coïncide pas nécessairement avec celle du débiteur de la dette garantie : l'émetteur de la lettre d'intention peut, dans le même temps, avoir correctement exécuté son obligation de moyens, et ne pas avoir pu empêcher la défaillance du débiteur garanti.

Les juges du fond apprécient souverainement si les moyens déployés par l'émetteur, par exemple des avances faites à la filiale ou l'aide à la recherche de nouveaux clients, sont conformes à ce qui était promis par le souscripteur de la lettre.

L'intensité et l'inventaire des moyens requis ne sont pas figés et vont dépendre des circonstances de chaque espèce, étant admis que la nature d'obligation de moyens « implique nécessairement des limites découlant de l'autonomie d'action de la filiale »<sup>415</sup>, ainsi que du risque de mise en danger de la situation financière de l'émetteur<sup>416</sup>.

En présence d'une obligation de résultat, le créancier peut alors se contenter de démontrer que le résultat promis par l'émetteur n'est pas atteint. Lorsque le résultat promis était le paiement, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation garantie, il suffira au créancier d'apporter la preuve de la défaillance du débiteur garanti.

---

<sup>415</sup> Com, 17 oct. 1995, Bull. Joly 1996. 40, note C. Priéto.

<sup>416</sup> RD bancaire et financier 1989. 137, obs. M. Contamine-Raynaud.

## **2. le préjudice réparable :**

C'est le préjudice prévisible subi par le créancier du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des obligations pesant sur l'émetteur de la lettre<sup>417</sup>. Le montant du préjudice réparable peut être inférieur, égal, ou supérieur au montant de la dette garantie inexécutée. Il pourra, en particulier, être supérieur à ce dernier, dans le cas où la défaillance du débiteur principal aura compromis la situation financière du créancier, au point, le cas échéant, que celui-ci fasse l'objet d'une procédure collective. La jurisprudence de la Cour de cassation française a précisé que cette situation est tout à fait licite, et l'article **2290** du Code civil français, prévoyant que la caution ne peut être tenue davantage que ne l'est le débiteur principal ne s'applique pas à l'émetteur d'une lettre d'intention<sup>418</sup>.

La lettre d'intention présente ainsi la particularité que l'émetteur peut, en application du principe de la réparation intégrale du préjudice, être tenue au-delà de ce que doit le débiteur principal. Toutes fois, les parties peuvent insérer dans la lettre d'intention une clause limitative de responsabilité, sous forme, par exemple, d'un plafond d'indemnisation. La validité d'une telle clause est subordonnée aux conditions du droit commun.

## **3. le lien de causalité :**

Pour que la responsabilité de l'émetteur de la lettre d'intention soit engagée, il faudra démontrer un lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice subi. Ce lien n'existera pas toujours entre l'inexécution d'une obligation et la défaillance du débiteur. L'exemple en est l'émetteur qui s'engage à fournir des moyens précis, par exemple une augmentation de sa participation dans le capital de la société débitrice. La défaillance de cette dernière pourrait être produite alors même que l'augmentation de la participation aurait-elle été réalisée. On déduit que l'objet de l'obligation de l'émetteur est distinct de celui de l'obligation garantie.

## **4. les causes d'exonération:**

Les causes d'exonération de l'émetteur de la lettre d'intention sont celles du droit commun de la responsabilité civile contractuelle. Le confortant sera exonéré, de manière totale ou partiel, en cas du fait du créancier. Contrairement au cautionnement faisant naître

---

<sup>417</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 226.

<sup>418</sup> Com. 6 mai 2003, JCP 2003. I. 176, n° 13, obs, Ph Simler.

une obligation de payer ou la force majeure ne joue aucun rôle, elle pourrait exonérer le confortant<sup>419</sup>. Au titre de la force majeure, la société émettrice invoque parfois le fait qu'elle n'a pas pu remplir la totalité de ses engagements, au risque de se placer elle-même en état d'insolvabilité et de ne plus pouvoir assurer le respect de ses propres engagements. Selon une fraction de la doctrine, cette circonstance doit, recevoir la qualification de cas de force majeure<sup>420</sup>. Les parties pourraient, par leur convention, aménager la question de la force majeure soit pour donner un caractère libératoire à un événement qui n'aurait pas du l'avoir, soit, au contraire, pour retirer à un événement ce caractère libératoire.

### **5. les recours de l'émetteur « solvens » :**

Le recours peut se faire sur la base d'une convention antérieurement conclue entre l'émetteur et le débiteur principal qui prévoit l'existence et les modalités d'un éventuel recours. Un contrat de prés peut aussi servir de fondement au remboursement de l'émetteur confortant<sup>421</sup>. A défaut de conventions, la gestion d'affaires<sup>422</sup> peut constituer le fondement d'un recours.

L'émetteur de la lettre d'intention qui a acquitté une dette personnelle, tout en libérant de ce fait un autre débiteur tenu à un titre différent, bénéficie de la subrogation personnelle légale, dès lors que celui qui a payé avait un intérêt au paiement<sup>423</sup>.

Le recours subrogatoire est exclu lorsque le confortant est condamné pour inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Il ne s'agit pas d'un paiement de la dette d'autrui<sup>424</sup>.

---

<sup>419</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, op.cit., p. 176.

<sup>420</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 227.

<sup>421</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 229.

<sup>422</sup> Les articles 150 à 159 du Code civil algérien ; articles 1372 à 1375 du Code civil français.

<sup>423</sup> Les articles 1251-3° du Code civil français, et les articles 262 à 265 du Code civil algérien.

<sup>424</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, Droit des Suretés, préc.

## **TITRE II :**

### **LES GARANTIES BANCAIRES REELLES**

Les garanties bancaires réelles confèrent à leurs bénéficiaires un droit sur un ou plusieurs biens appartenant à son débiteur ou à un tiers<sup>425</sup>, auquel cas les garanties sont juridiquement appelées cautionnement réel<sup>426</sup>. Ces garanties concèdent au créancier un droit réel sur le bien. Elles assurent au créancier un paiement préférentiel qui déroge à la loi du concours<sup>427</sup>.

Aussi, ces garanties peuvent être constituées de sûretés immobilières (chapitre I) comme c'est le cas pour l'hypothèque et l'antichrèse. Des garanties comme les privilèges et la propriété-garantie ne feront pas l'objet de notre étude.

Elles peuvent aussi être constituées de sûretés mobilières comme le gage et le nantissement, ou encore l'hypothèque maritime et aérienne (chapitre II).

Ces garanties bancaires présentent de profondes différences dans leurs origines, leurs aménagements techniques, et leurs modalités de fonctionnement<sup>428</sup>.

---

<sup>425</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 313.

<sup>426</sup> Tahar Hadj SADOK, op cit., p. 129.

<sup>427</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op. cit., p. 417.

<sup>428</sup> Ibid.

## **Chapitre I.**

### **LES GARANTIES REELLES IMMOBILIERES**

Les garanties immobilières conventionnelles offrant un droit préférentiel à leur bénéficiaire sont, en droit algérien comme en droit français, au nombre de deux. L'hypothèque (section I) et l'antichrèse (section II). La première laisse le constituant en possession de son bien, l'autre opère dépossession du constituant.

## **SECTION I :**

### **L'HYPOTHEQUE**

L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est une sûreté immobilière sans dépossession du constituant, en vertu de laquelle le créancier qui a procédé à l'inscription hypothécaire dispose de la faculté, en cas de défaillance de son débiteur, soit de faire vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve, pour être payé en priorité sur le prix, soit de devenir propriétaire de l'immeuble<sup>429</sup>. Seul le droit français, depuis la réforme du 23 mars 2006, admis la faculté pour le créancier de devenir propriétaire. Le droit algérien ne la prévoit pas, et elle demeure interdite.

Elle les suit « *en quelques mains qu'ils passent* ». Elle n'emporte pas dessaisissement du propriétaire du bien, lequel conserve le droit d'user, de jouir et de disposer du bien<sup>430</sup>. Sa constitution comme son inscription (§1), et jusqu'à son extinction (§2) sont régies par les dispositions des articles de 882 à 936 du Code civil. D'autres hypothèques spéciales sont aussi nécessaires à étudier (§3).

#### **§.1 : LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHEQUE**

L'article 882 du code civil définit l'hypothèque comme étant « *le contrat par lequel le créancier acquiert sur un immeuble affecté au paiement de sa créance, un droit réel qui lui permet de se faire rembourser par préférence aux créanciers inférieurs en rang, sur le prix de cet immeuble en quelque main qu'il passe* ».

L'hypothèque est donc un contrat entre le créancier qui bénéficie de la sûreté et le constituant qui la concède sur un ou plusieurs de ses immeubles. Il peut, selon l'article 884 du

---

<sup>429</sup> Marie-Noëlle, JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 493.

<sup>430</sup> Michel MATHIEU, op.cit., p. 187.

code civil, s'agir du débiteur ou d'un tiers qui consent l'hypothèque dans l'intérêt du débiteur. Elle est constituée pour garantir une créance. La créance garantie est le plus souvent préalable ou concomitante à la constitution de l'hypothèque, mais elle peut aussi être postérieure.

## **I. LES CONDITIONS DE FORMES :**

Aux termes de l'article 883 du code civil algérien, Le contrat d'hypothèque ne peut être constitué qu'en vertu d'un acte authentique, d'un jugement ou de la loi. Le respect de cette exigence de forme est, sous peine de nullité, une condition de validité de la garantie. Sans non respect est sanctionné par une nullité absolue. La doctrine algérienne<sup>431</sup>, en interprétant les articles 883 al.1 et 882 al.1 du code civil, considère que l'hypothèque a pour unique source le contrat. Celui par voie de jugement, ou hypothèque judiciaire « comme en droit français », est déclarée de plein droit comme effet de décisions judiciaires sans être demandé par le créancier.

En droit français, les dispositions de l'article 2416 du code civil précisent que l'hypothèque ne peut être constituée que par un acte notarié<sup>432</sup>. En droit algérien le contrat d'hypothèque est aussi constitué par devant un notaire qui est tenu d'un devoir de conseil pour éclairer le constituant sur la portée de son engagement. Le notaire doit s'assurer, sous peine d'engager sa responsabilité, que toutes les conditions de validité de la garantie sont bien réunies. Il est aussi responsable de l'évaluation et de l'efficacité de la garantie telle qu'elle figure dans l'acte constitutif<sup>433</sup>. Le contrat d'hypothèque devra comporter les éléments relatifs à l'identité des parties, notamment le constituant de l'hypothèque, à la créance garantie et à l'assiette de la garantie. Une frange de doctrine algérienne exige l'authenticité pour uniquement le débiteur constituant et non pas pour le créancier qui peut à leurs yeux se contenter d'un acte sous seing privé<sup>434</sup>.

---

<sup>431</sup> محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني – التأمينات العينية – الرهن الرسمي و حق الإختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الإمتياز، دار الهدى 2010 ، ص. 73 .

<sup>432</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 412.

<sup>433</sup> DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, Ed. FRANCIS LEFEBVRE, op. cit., 8830. p. 532 ; Cass. 1° civ. 5 octobre 1999, RJDA 4/00 n° 484.

<sup>434</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 76.



Dans la pratique, l'hypothèque étant un contrat accessoire au contrat de prêt, est conclu dans le même acte que le contrat principal de prêt. C'est pourquoi, on parle parfois de contrat ou de convention de prêt hypothécaire.

Il reste à ajouter que l'article 2423 du code civil français précise que l'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne, à peine de nullité. Il a semblé aux promoteurs de ce texte que la sécurité du crédit commandait qu'une telle détermination fût effectuée dans l'acte constitutif lui-même, et pas seulement au stade de l'inscription. Et l'article 2423, alinéa 2 du Code civil français indique que l'hypothèque s'étend de plein droit aux intérêts et autres accessoires : c'est le droit constant.

## **II. LES CONDITIONS DE FOND :**

L'article 891 du Code civil algérien déclare que « l'hypothèque peut être constituée pour garantir une créance conditionnelle, futur, éventuelle, un crédit ouvert ou l'ouverture d'un compte courant, à condition que le montant de la créance garantie, ou le maximum qu'elle pourrait atteindre, soit déterminé dans l'acte constitutif ». En droit algérien comme en droit français<sup>435</sup>, l'hypothèque peut être consentie pour sûretés d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables, et la cause en est déterminée dans l'acte. Au contraire d'un cautionnement, l'hypothèque ne peut pas être omnibus<sup>436</sup>.

L'hypothèque, sûreté réelle et accessoire, a deux autres caractères principaux qu'il convient de préciser : elle est indivisible et elle est spéciale<sup>437</sup>. Ce caractère est précisé par les articles de 891 à 893 du Code civil algérien, lesquels illustrent parfaitement qu'elle est indivisible par nature et subsiste totalement sur les immeubles affectés jusqu'à complet paiement. Cette indivisibilité protège le créancier qui seul peut l'invoquer et peut seul y

---

<sup>435</sup> L'article 2421 du Code civil français.

<sup>436</sup> « C'est la possibilité pour une personne de se porter caution pour cautionner toutes les dettes futures d'un débiteur. Cette garantie n'est pas assujettie au principe de spécialité qui caractérise en principe l'ensemble des sûretés réelles. ».

<sup>437</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 650.

renoncer. L'indivisibilité concerne l'assiette de la garantie d'une part et d'autre part la créance elle-même.

#### **A. L'INDIVISIBILITE DE L'ASSIETTE :**

Elle signifie, selon les dispositions de l'article 892 du Code civil algérien, que tous les immeubles désignés et chaque fraction de l'immeuble répondent de la totalité de la dette<sup>438</sup>. En conséquence, le créancier peut saisir la portion qu'il désire. En cas de partage, chaque héritier qui reçoit une part de l'immeuble est tenu de la totalité de la dette. Les héritiers sont réputés tiers détenteurs, et le créancier hypothécaire peut, en application de l'article 911 du Code civil algérien, à l'échéance de la dette, poursuivre l'expropriation de l'immeuble hypothéqué à l'encontre de ces tiers détenteurs, à moins que ces dernier ne préfère payer la dette, purger l'hypothèque ou délaisser l'immeuble. Chaque immeuble, en cas de pluralité d'immeubles hypothéqués, répond de la totalité de la dette. Le créancier peut donc saisir l'un quelconque pour son paiement.

#### **B. L'INDIVISIBILITE DE LA CREANCE :**

Elle peut être envisagée activement et passivement. L'indivisibilité active de la créance, par exemple suite au décès du créancier, permet à chacun des nouveaux créanciers (héritiers) de saisir la totalité de l'immeuble hypothéqué. L'indivisibilité passive de la dette notamment en cas du décès du débiteur, n'affecte en rien la situation du créancier hypothécaire.

Si l'immeuble grevé est affecté à un seul héritier qui ne supporte pourtant que sa quote part de la dette, il demeure néanmoins tenu du tout en raison de l'hypothèque quitte à se retourner pour le surplus contre les autres cohéritiers. En cas de paiement partiel, l'hypothèque demeure pour garantir le paiement du solde si minime soit-il. Il y a spécialité quant à l'assiette de la sûreté et quant à la créance garantie.

---

<sup>438</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 mars 1996 : Bull. civ. III, n° 63.

### **C. LA SPECIALITE DE L'ASSIETTE :**

La spécialité de l'assiette signifie que le contrat d'hypothèque doit préciser les immeubles ou parties d'immeuble sur lesquelles s'exercent les droits du créancier. En pratique il sera donné dans l'acte d'hypothèque une description des caractéristiques de l'immeuble ou des immeubles : lieu de situation, nature, superficie, numéro de titre foncier<sup>439</sup>.

En droit français, et depuis la réforme du droit des sûretés, le nouvel article 2419 du code civil rappelle le principe selon lequel l'hypothèque ne peut être consentie que sur des immeubles présents<sup>440</sup>. Trois exceptions énoncées dans le seul article 2420 du code civil sont assorties à cette règle. Ces exceptions visent les hypothèses suivantes :

- l'absence ou l'insuffisance de biens présents et libres qui permet l'affectation de bien acquis ultérieurement ;
- la perte ou la dégradation de l'immeuble assujetti à l'hypothèque ;
- la possibilité d'hypothéquer des constructions commencées ou même simplement projetées sur le bien d'autrui. Dans ce dernier cas, il est prévu qu'en cas de destruction de ceux-ci l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement.

### **D. LA SPECIALITE DE LA CREANCE :**

Elle signifie que l'hypothèque ne saurait garantir n'importe quelle créance du créancier à l'égard du débiteur. Par conséquent, lorsque la créance garantie est éteinte, l'hypothèque disparaît quand bien même le débiteur serait encore tenu à l'égard du créancier. Cette spécialité des créances garanties impose des exigences déjà pesante : mention de la somme en principal correspondant à une créance déterminée ou déterminable.

La jurisprudence de la Cour de cassation française les alourdit, sans raison logique ni motif exprimé, en ne validant que les contrats d'hypothèque mentionnant *la cause* de la créance garantie<sup>441</sup>. « C'est pourquoi l'on trouvait dans les actes notariés cette mention

---

<sup>439</sup> Article 886 du code civil algérien.

<sup>440</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, op.cit., p. 8134.

<sup>441</sup> Cass. civ., 6 févr. 1939, GAJC, 11<sup>e</sup> édition, n° 287.

sibylline « *pour être consenti* » qui semble être généralement conçue comme suffisante et prend un peu figure de clause de style »<sup>442</sup>.

L'hypothèque qui est constituée sans précision de l'assiette est nulle en application de l'article 886 du Code civil algérien qui dispose qu'elle « *doit être spécialement désigné d'une manière précise, tant en ce qui concerne sa nature que par rapport à sa situation* ». L'hypothèque qui est constituée sans précision de la créance garantie n'est pas considérée comme nulle. Notre législateur ferait bien de déclarer aussi nulle une hypothèque qui ne précise pas la créance garantie.

### **III. L'ASSIETTE DE L'HYPOTHEQUE :**

Si l'hypothèque grève nécessairement un immeuble, l'immeuble, en tant qu'une chose peut lui-même faire l'objet de différents droits immobiliers. A travers l'immeuble, ce sont en réalité ces droits qui sont hypothéqués. L'hypothèque porte généralement sur le droit de propriété mais elle peut aussi porter sur un droit réel démembré. Ainsi, les articles 887, 896, et 897 du code civil algérien énoncent que : «... *l'hypothèque s'étend aux accessoires du bien hypothéqué qui sont réputés immeubles par destination, et à toutes les améliorations et constructions qui profitent au propriétaire* ». Le contrat d'hypothèque peut porter donc sur l'usufruit, le droit de superficie, le bail emphytéotique ou le bail à construction. Il peut porter aussi sur la nue-propriété.

L'hypothèque, sûreté ou garantie immobilière, peut être constituée sur des droits indivis, des droits conditionnels, elle se trouve dans ce cas affectée de la même condition suspensive ou résolutoire que le droit lui-même. L'indivision suppose que le bien appartient à plusieurs personnes, chacune ayant droit à une quote-part du bien mais sans avoir de droit privatif sur une part tant que le partage n'a pas eu lieu.

Une hypothèque consentie sur l'ensemble du bien par tous les coindivisaires est parfaitement valable. L'article 890 du code civil algérien énonce que : « *l'hypothèque consentie par tous les co-propriétaires sur un immeuble indivis conserve son effet quel que soit ultérieurement le résultat du partage ou de la licitation* ».

---

<sup>442</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit. p. 650.

Ainsi, l'hypothèque consentie sur l'ensemble de l'immeuble par un seul indivisaire n'est valable que si l'immeuble affecté est mis dans le lot du constituant qui est le débiteur ; dans le cas contraire, elle est caduque.

L'immeuble hypothéqué peut ne pas être attribué au coindivisaire ayant consenti une hypothèque. Le sort définitif de l'hypothèque est ainsi subordonné aux résultats du partage, ce qui lui confère une grande fragilité<sup>443</sup>.

Si l'immeuble entier est vendu à un tiers soit par vente amiable soit par licitation (vente en justice), l'hypothèque se reporte alors sur la fraction du prix d'adjudication mis dans le lot du constituant lors du partage.

Si, suite à une cession par les coindivisaires de leurs droits indivis le constituant devient propriétaire de l'immeuble, il est censé avoir été propriétaire de l'immeuble des l'origine. L'hypothèque est donc validée rétroactivement. Par contre si l'immeuble devient la propriété entière d'un indivisaire autre que le constituant, l'hypothèque est sans effet.

Si l'immeuble est partagé en nature et qu'une copropriété est constituée, l'hypothèque s'étend uniquement à l'intégralité des lots attribués au constituant.

Une hypothèque qui est consentie par un coindivisaire sur sa part, exige le partage et l'éventuelle affectation au constituant de cette quote-part. L'article 890 A1.2 du code civil algérien dispose que : « *Si l'un des co-propriétaires consent une hypothèque sur quote-part indivise ou sur une part divisée de l'immeuble, et qu'à la suite du partage les biens hypothéqués ne lui sont pas attribués, l'hypothèque est transportée, avec son rang, sur les biens à lui attribuer dans les limites de la valeur des biens précédemment hypothéqués. Ces biens sont déterminés par une ordonnance sur requête. Le créancier hypothécaire est tenu, dans les 90 jours de la notification qui lui est faite par tout intéressé, de la publication du partage, de requérir une nouvelle inscription indiquant les biens sur lesquels l'hypothèque est transportée. L'hypothèque, ainsi transportée, ne doit porter aucun préjudice, ni à une hypothèque déjà consentie par tous les co-propriétaires, ni au privilège du co-partageant* ».

Lorsqu'il y a accord entre tous les co-indivisaires, l'hypothèque produit tous les effets d'une hypothèque ordinaire et elle n'est pas affectée par le partage. Le créancier de l'un

---

<sup>443</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 410.

seulement des indivisaires, peut poursuivre la saisie et la vente de l'immeuble avant le partage de l'indivision<sup>444</sup>.

Le nouvel article 2414. Al. 2 du code civil français règle le cas de l'hypothèque d'un immeuble indivis. Lorsque cette hypothèque a été consentie par tous les indivisaires, celle-ci conserve son effet quel que soit le résultat du partage. Si elle a seulement été consentie par un seul indivisaire, l'hypothèque ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou des immeubles indivis, ou lorsque l'immeuble est licité par un tiers et que l'indivisaire constituant est alloti du prix de la licitation.

De même, le droit français des sûretés annonce de nouvelles dispositions qui ont été introduites s'agissant des biens indivis afin d'en préciser le régime. Le sort de cette hypothèque dépendra à la fois des circonstances dans lesquelles le bien a été hypothéqué et du résultat du partage.

Le nouvel article 2414, alinéa 3 du code civil français indique que l'hypothèque d'une quote-part de l'immeuble indivis ne conservera son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis. Dans ce cas, l'hypothèque portera sur tout l'immeuble et non pas seulement sur la quote-part initialement hypothéquée. Il en est de même si l'immeuble est licité à un tiers et que l'indivisaire ayant consenti l'hypothèque est alloti du prix de licitation<sup>445</sup>.

#### **IV. L'INSCRIPTION DE L'HYPOTHEQUE :**

L'inscription assure la publicité de l'hypothèque utile pour les éventuels acquéreurs de l'immeuble qui, à travers elle, peuvent se renseigner sur la situation de l'immeuble, de même que les prêteurs de deniers qui peuvent s'assurer de la situation réelle de l'immeuble que l'emprunteur leur donne en garantie.

---

<sup>444</sup> RTD Civ. 1992, 147, obs. F. ZENATI.

<sup>445</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, op.cit., 8135.

L'inscription de l'hypothèque est une formalité obligatoire prévue par l'article 905 du Code civil algérien et les articles 3, 18, et 50 du décret n° 76-63 du 25 mars 1976<sup>446</sup> modifié et complété par le décret 93-123 relatif à l'institution du livre foncier<sup>447</sup>, et ceux pour les hypothèques conventionnelles et judiciaires. L'inscription est assurée au livre foncier conformément aux règles de publicité foncière et assurée par les services de la conservation foncière.

L'inscription, qui peut être faite à tout moment, confère au créancier un droit dont l'étendue est définie par la loi nationale. Tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et constitue entre les parties une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité. Par ailleurs, en l'absence d'inscription de l'hypothèque consentie, le créancier reste chirographaire<sup>448</sup>.

Les articles 55 et 92 du décret n° 76-63 modifié et complété par le décret 93-123 relatif à l'institution du livre foncier énoncent que l'accès à l'hypothèque inscrite est assuré par la possibilité offerte à celui qui en a besoin de se faire délivrer par le conservateur des hypothèques un extrait ou des copies des inscriptions.

L'hypothèque régulièrement publiée prend rang du jour de l'inscription et le conserve jusqu'à la publication de son extinction.

Quant à la durée de l'inscription, celle-ci n'a pas un caractère perpétuel. Elle ne conserve le droit du créancier que jusqu'à la date fixée par la convention ou la décision de justice. L'effet de l'inscription cesse et on dit qu'il y a péremption si l'inscription n'est pas renouvelée avant l'expiration de ce délai pour une durée déterminée. L'effet du renouvellement est le suivant: le rang de la sûreté est conservé, c'est-à-dire que c'est la date de première inscription qui est prise en compte, les événements qui interrompent l'inscription n'ont pas d'effet sur le renouvellement comme par exemple la survenance d'une procédure collective. La péremption entraîne automatiquement l'extinction de l'hypothèque.

---

<sup>446</sup> Décret n° 76-63 du 25 mars 1976 relatif à l'institution du livre foncier - JORA n° 30 du 13 avril 1976.

<sup>447</sup> Décret n° 93-123 du 19 mai 1993, modifiant et complétant le décret n° 76-63 du 25 mars 1976 relatif à l'institution du livre foncier - JORA n° 34 du 23 mai 1993.

<sup>448</sup> Le crédit & ses garanties, op.cit., p. 540.

Les formalités prévues pour l'inscription doivent être également respectées pour tous les actes relatifs à l'hypothèque c'est-à-dire la transmission, le changement de rang, la subrogation et l'extinction de l'hypothèque. Les frais d'inscription, de renouvellement et de la radiation de l'hypothèque sont, par application de l'article 906 du code civil algérien, et sauf convention contraire, à la charge du constituant.

## **§.2. EFFET, TRANSMISSION ET EXTINCTION DE L'HYPOTHEQUE**

Les effets de l'hypothèque (I) doivent être envisagés successivement dans les rapports entre le créancier et le constituant, dans les rapports entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers et enfin dans les rapports créancier hypothécaire et le tiers détenteur. Sa transmission et son extinction sont subordonnées à la créance garantie (II).

### **I. LES EFFETS DE L'HYPOTHEQUE :**

L'hypothèque développe plusieurs rapports juridiques<sup>449</sup>. En premier lieu, une relation entre le créancier hypothécaire et le constituant, dans laquelle celui-ci, débiteur ou tiers garant, se voit reconnaître des droits et imposer des obligations (A).

En deuxième lieu, des rapports entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers du débiteur, qui peuvent être amenés à pâtir du droit de préférence du premier (B). Enfin, une relation entre le créancier hypothécaire et un éventuel tiers détenteur de l'immeuble grevé, qui peut subir le droit de suite du créancier (C).

#### **A. RAPPORTS ENTRE LE CREANCIER ET LE CONSTITUANT :**

Tant que la valeur de l'immeuble grevé n'est pas apparue ou que la réalisation de cet immeuble n'est pas amorcée, le créancier est protégé contre les actes du constituant qui diminueraient la valeur du droit grevé. Le débiteur est tenu, selon l'article 898 du code civil algérien de l'obligation de garantir l'hypothèque. Il est aussi tenu de s'abstenir de tout acte

---

<sup>449</sup> Marie-Noëlle, JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 552.



juridique ou matériel en contradictoire avec les droits du créancier<sup>450</sup>. Lorsque la réalisation forcée de l'immeuble est engagée, des obligations plus importantes pèsent sur le constituant dans le but de préserver les droits désormais acquis du créancier. Il faut donc distinguer les effets avant (1) et après la réalisation (2).

### **1. Les effets avant la réalisation :**

Deux principes contradictoires gouvernent cette période : d'une part, il faut réduire au maximum la gêne du constituant qui reste en possession de l'immeuble afin qu'il puisse l'exploiter ; d'autre part, il faut préserver la valeur du bien, puisqu'elle est affectée au créancier en garantie de sa créance.

Le débiteur ne doit rien faire qui diminue cette valeur. Ses prérogatives seront désormais limitées. Il doit jouir du bien en bon père de famille. Son abus est limité par l'interdiction d'aliéner les produits ou de détruire les biens.

Ainsi, le propriétaire de l'immeuble peut continuer à habiter ou à exploiter l'immeuble, en percevoir les revenus et les fruits naturels ; peut consentir les baux mais d'une durée limitée ; et ne doit pas entreprendre les travaux qui diminueraient la valeur de l'immeuble.

De même, il doit éviter des actes tels l'extraction de gravier s'il s'agit d'une carrière ; la coupe de bois s'il s'agit d'une forêt. Il doit cependant se garder d'accomplir des actes de nature à rendre impossibles ou inefficaces les droits du créancier.

En fin de compte, le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne peut, au détriment des droits du créancier, faire aucun acte de disposition matérielle ou juridique qui, directement ou de par sa nature, aurait pour conséquence de diminuer la valeur de l'immeuble. Cet impératif justifie plusieurs limitations aux prérogatives de propriétaire du constituant.

Le constituant de l'hypothèque conserve la maîtrise totale du ou des biens grevés. Il peut consentir à des actes d'administrations, et il peut aussi percevoir les fruits et revenus de l'immeuble hypothéqué. Rien n'interdit au constituant de disposer des biens objets de la sûreté. Il peut, par exemple, aliéner ces biens, les grever de nouvelles hypothèque ou d'autres

---

<sup>450</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 90.

droits réels. Le créancier hypothécaire n'a rien à craindre de ces actes, puisqu'ils lui sont inopposables dès l'instant où ils sont postérieurs à son inscription<sup>451</sup>.

Le créancier peut surveiller les actes matériels du constituant et solliciter toutes les mesures conservatoires lui permettant d'éviter que des fractions d'immeuble ne disparaissent ou que leur prix ne soit versé au constituant.

## **2. Les effets lors de la réalisation :**

Le créancier non payé met en œuvre la sûreté dont il bénéficie par voie de saisie immobilière sous réserve cependant de l'interdiction du pacte comissoire<sup>452</sup> et de la clause de voie parée<sup>453</sup>. L'hypothèque a pour but, selon les articles 882 et 903 du Code civil, de garantir le paiement d'une créance. Elle ne constitue pas une mesure pour s'approprié le bien hypothéqué<sup>454</sup>.

L'article 903 du code civil stipule : « *Est nulle toute convention, même postérieure à la constitution de l'hypothèque, qui autorise le créancier, en cas de non paiement à l'échéance, à s'approprier l'immeuble hypothéqué à un prix déterminé, quel que soit le prix, ou à le vendre sans observer les formalités requises par la loi* ».

Ces deux types de conventions portent généralement atteinte aux intérêts du débiteur soit parce que le bien conservé par le créancier aura parfois une valeur supérieure à celle de la créance, soit parce que la vente conventionnelle ne permettra pas de réaliser le bien à un meilleur prix.

---

<sup>451</sup> Marie-Noëlle, JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., pp. 522et523.

<sup>452</sup> المحكمة العليا، قرار 1987/07/01 ، الغرفة المدنية ، القضية رقم 40184 : مجلة المحكمة العليا 1990 ، العدد رقم 04 ، ص. 16 ؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 110.

« Le pacte comissoire est la convention selon laquelle les parties décident que le bien sera attribué au créancier en cas de défaillance du débiteur ».

<sup>453</sup> « La clause de voie parée prévoit que la vente sera réalisée suivant les conditions déterminées par les parties et non suivant la procédure de saisie immobilière ».

<sup>454</sup> المحكمة العليا، قرار 2007/03/21 ، الغرفة المدنية ، القضية رقم 347927 : مجلة المحكمة العليا 2008 ، العدد رقم 1 ، ص. 75 ؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 111.

Quant à la procédure de réalisation proprement dite, elle relève des voies d'exécution telles qu'organisées par le code de procédure civile et administrative aux articles 721 et suivants (titre V – des saisies) sous réserve des dérogations apportées par le droit des sûretés. Elle commence, selon l'article 725 par un commandement de payer adressé au débiteur qui peut arrêter les poursuites en payant la dette dans un délai d'un (1) mois à dater de la signification qui lui être faite, faute de quoi, l'immeuble et/ou le droit réel immobilier fera l'objet d'une vente forcée. Si la vente est réalisée, la distribution du prix se fera suivant la procédure d'ordre.

Si le débiteur a fait l'objet d'une procédure collective, redressement judiciaire et liquidation des biens, les conditions de réalisation sont modifiées. Ainsi par exemple, le créancier hypothécaire est soumis à la suspension des poursuites individuelles, c'est-à-dire qu'il ne peut plus engager ou continuer les poursuites en vue de la réalisation de l'immeuble. Il est soumis à la discipline collective imposée aux créanciers et doit produire sa créance.

## **B. RAPPORTS CREANCIER HYPOTHECAIRE ET AUTRES CREANCIERS :**

L'hypothèque confère à son titulaire un droit de préférence par rapport aux autres créanciers. Aux termes de l'article 907 du code civil algérien, « *les créanciers hypothécaires seront payés avant les créanciers chirographaires, sur le prix de l'immeuble, ou sur la créance qui s'y est substituée, dans l'ordre de leur rang d'inscription, même s'ils ont été inscrits le même jour* ».

Selon l'article 908 du code civil algérien, entre les créanciers hypothécaires, tous bénéficiaires d'une hypothèque, c'est la date d'inscription qui est prise en compte pour le classement des créanciers et non la date de naissance de la créance garantie. En cas d'inscription de l'hypothèque le même jour, la préférence est accordée au titre le plus ancien.

Le droit de préférence s'exerce sur le prix de la vente de l'immeuble. Peu importe que la vente soit amiable ou faite aux enchères. Il s'exerce aussi sur toute somme représentant la valeur de l'immeuble telle qu'une indemnité d'assurance ou d'expropriation.

### **C. RAPPORTS CREANCIER HYPOTHECAIRE ET TIERS DETENTEUR :**

Le droit de suite est consacré par l'article 911 du code civil, et signifie que le créancier hypothécaire inscrit, tant qu'il n'a pas été payé totalement de sa créance, peut faire saisir l'immeuble entre les mains de celui auquel il a été cédé pour le faire vendre et se faire payer sur le prix. La Cour suprême avait, dans un arrêt rendu par la chambre civile en application des articles 882, 903 et 911 du Code civil, énoncé que l'hypothèque constitue un droit réel sur un immeuble pour paiement de la créance sur le prix de sa vente, et il n'a pas pour effet de le s'approprié<sup>455</sup>.

Mais, si la cession a été faite à titre onéreux et que le prix n'a pas encore été payé, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une vente de l'immeuble faite à crédit, au lieu de saisir l'immeuble, le créancier doit plutôt chercher à se faire payer en priorité selon son rang sur le montant qui est dû. Dans ce cas, c'est la mise en œuvre du droit de préférence qui lui permet en réalité d'être payé.

Le droit de suite s'exerce contre le débiteur et tout tiers détenteur de l'immeuble dont le titre est publié postérieurement à l'hypothèque. Selon l'article 911 Al .2, « *est réputée tiers détenteur toute personne qui, sans être tenue personnellement de la dette garantie, acquéreur<sup>456</sup>, par un mode quelconque, la propriété de l'immeuble hypothéqué ou un autre droit réel susceptible d'hypothèque* ».

Dans certains cas, la loi<sup>457</sup> décide que le droit de suite ne s'exerce pas contre le tiers acquéreur. Il en est ainsi en cas de vente sur saisie immobilière ou de vente aux enchères qui emporte automatiquement purge des hypothèques. Le droit de suite est également exclu en cas d'aliénation d'éléments séparés de l'immeuble qui deviennent alors meubles par nature. Exemple: les récoltes coupées ou les matériaux issus de la démolition de l'immeuble.

La mise en œuvre du droit de suite prend obligatoirement la forme d'une procédure de saisie immobilière, mais qui connaît quelques aménagements destinés à protéger le tiers

---

<sup>455</sup> المحكمة العليا، قرار 2007/11/21 ، الغرفة المدنية ، القضية رقم 388803 : مجلة المحكمة العليا 2008 ، العدد رقم 2 ، ص. 151.

<sup>456</sup> Un acquéreur peut être un acheteur ou un donataire ou légataire particulier (il peut s'agir d'un ayant cause à titre universel tel un héritier) non tenu personnellement à la dette et dont le droit est né après la constitution de l'hypothèque.

<sup>457</sup> Les articles de 923 à 928 du code civil algérien.

acquéreur. Le tiers détenteur bénéficie de plusieurs options : il est protégé contre la vente forcée, il peut mettre en œuvre la procédure de purge<sup>458</sup> et il peut délaisser et abandonner l'immeuble par une déclaration faite au greffe du tribunal compétent, ou encore accepter les procédures de saisie et de vente, selon les dispositions de l'article 922 du code civil algérien et l'article 726 du Code de procédure civile et administrative.

Le tiers acquéreur est protégé contre la vente forcée que lui impose le créancier hypothécaire. Il peut invoquer les exceptions et moyens de défense liés à la dette garantie, comme le paiement, la prescription, la nullité ; ou à l'hypothèque. Il peut également opposer l'exception de garantie que peut lui devoir le créancier poursuivant, puisque celui qui doit garantie ne peut évincer. Il peut opposer le bénéfice de discussion comme il peut aussi retarder les poursuites contre lui jusqu'à la preuve que le débiteur n'a pas d'autres immeubles hypothéqués à la même dette susceptibles de saisie, mais cette protection est limitée car ses conditions de mise en œuvre sont restrictives.

Il peut aussi invoquer la faculté de payer qui lui est faite au début de la procédure en se fondant sur l'article 917 du code civil algérien, lequel permet au tiers détenteur de désintéresser le créancier poursuivant du montant intégral de sa créance. Si le tiers détenteur ne veut ou ne peut payer la dette, il peut délaisser l'immeuble hypothéqué, c'est-à-dire faire abandon de la détention.

Le délaissement, selon l'article 922 du code civil algérien, se fera par une déclaration faite au greffe du tribunal compétent par le tiers détenteur qui doit en requérir mention en marge de la publication du commandement immobilier et qui doit, dans les (5) cinq jours de sa date, la notification au créancier poursuivant. Le délaissement n'est possible que si le prix est insuffisant pour payer les créanciers. Il peut donc être rétracté à tout moment contre le paiement des créanciers jusqu'à l'adjudication.

Quand à la procédure de purge, elle est énoncée par les articles de 915 à 928 du code civil algérien. Elle permet de libérer l'immeuble des sûretés qui le grèvent et d'éviter les conséquences néfastes pour les tiers acquéreurs de la mise en œuvre du droit de suite<sup>459</sup>.

---

<sup>458</sup> المحكمة العليا، قرار 1987/07/01 ، الغرفة المدنية ، القضية رقم 40184 : المجلة القضائية 1990 ، العدد رقم 4 ، ص. 16 - المحكمة العليا، قرار 1988/04/10 ، الغرفة المدنية ، القضية رقم 45810 : المجلة القضائية 1992 ، العدد رقم 1 ، ص. 59 .

<sup>459</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 434.

L'acquéreur peut reprendre à son compte l'obligation au paiement de la dette et dans ce cas, l'immeuble continue à être grevé de l'hypothèque. Par cette procédure, il paie aux créanciers de manière anticipée dès l'acquisition de l'immeuble ou après l'exercice du droit de suite les sommes représentant la vraie valeur de l'immeuble ce qui lui permet de garder l'immeuble et d'obtenir ainsi l'extinction et la radiation de toutes les hypothèques. Elle suppose évidemment que le prix n'ait pas déjà été payé au débiteur. Elle est obtenue même si ce prix ne permet pas de désintéresser tous les créanciers.

Il y a lieu de constater que le droit français des sûretés, à travers le nouvel article 2424 du Code civil officialise, d'une certaine manière, différentes combinaisons nées de la pratique dont la validité n'était pas douteuse mais que le code civil ne mentionnait pas. D'abord, il donne la possibilité au créancier hypothécaire de subroger un autre créancier dans l'hypothèque et de conserver sa créance. Il s'agit, en réalité, d'une convention de cession d'hypothèque<sup>460</sup>. Ce même texte prévoit, ensuite, dans son deuxième alinéa, la possibilité pour le créancier hypothécaire de céder son rang d'inscription à un créancier de rang postérieur. Ce type de cession est bien connu : il s'agit d'une convention par laquelle des créanciers titulaires d'hypothèques portant sur le même bien conviennent de modifier le rang que ces sûretés entretiennent entre elles.

Enfin, et toujours en droit français des sûretés, et depuis la réforme du 23 mars 2006<sup>461</sup>, il y a eu simplification de la purge des hypothèques. D'abord la purge dite amiable est reconnue et consacrée par un nouvel article 2475 du code civil. Il s'agit de tirer les conséquences d'une pratique notariale largement développée. Elle permet à un candidat à l'acquisition d'acheter un immeuble déjà libre de toute hypothèque. Le débiteur doit convenir, dans ce cas, avec ses créanciers d'affecter le prix de cession à leur désintéressement. Ce paiement a pour effet de purger l'immeuble du droit de suite<sup>462</sup>.

Le tiers acquéreur a la possibilité, selon l'article 2479 du Code civil français, de purger en notifiant aux créanciers inscrits une offre de paiement à concurrence du prix ou en cas d'acquisition par donation, de la valeur de l'immeuble. Sauf surenchère du dixième,

---

<sup>460</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, op.cit., 8136.

<sup>461</sup> Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, J.O.R.F. n° 71 du 24 mars 2006.

<sup>462</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, op.cit., 8135.

l'immeuble est alors libéré par le paiement de la somme offerte. Dans le cas contraire, la vente a lieu à la requête d'un créancier.

## **II. TRANSMISSION ET EXTINCTION DE L'HYPOTHEQUE :**

En sa qualité d'accessoire à la créance, l'hypothèque suit normalement le sort de cette dernière. Elle est donc transmise en principe à titre accessoire, mais elle peut l'être également à titre principal<sup>463</sup>, et dans ce cas, elle permet d'affecter l'hypothèque à la garantie d'une autre créance. Elle peut aussi s'éteindre accessoirement à l'extinction de la créance garantie ; mais elle peut s'éteindre également à titre principal.

### **A. LA TRANSMISSION DE L'HYPOTHEQUE :**

L'hypothèque se transmet normalement avec la créance, transmission qui peut être à titre universel ou à titre particulier, par exemple en cas de legs ou de cession de créance garantie par une hypothèque ou en cas de paiement par subrogation.

En cas de cession de créance, les parties doivent respecter, aux termes de l'article 243 du code civil algérien, la procédure de notification prévue à l'article 241 du code civil algérien.

La transmission peut se faire par plusieurs procédés, tels que la novation, la délégation et surtout la subrogation et la cession d'antériorité.

La cession d'antériorité est la convention par laquelle deux créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits sur le même immeuble décident d'intervertir leurs rangs respectifs<sup>464</sup>. Le créancier cède alors son rang à un créancier moins bien classé que lui. La convention ne porte donc que sur le droit de préférence. De telles cessions d'antériorité interviennent au profit des établissements de crédit qui n'acceptent de prêter qu'à la condition de bénéficier d'une garantie de premier rang.

---

<sup>463</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, op.cit., 8136.

<sup>464</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 438.

La subrogation à l'hypothèque est la convention par laquelle un créancier hypothécaire transmet son hypothèque à un autre créancier, non hypothécaire, du même débiteur, tout en conservant sa propre créance<sup>465</sup>. Il ne s'agit donc pas d'une véritable subrogation personnelle, mais de la mise à la disposition du subrogé de la garantie réelle appartenant au subrogeant, d'une substitution dans le bénéfice de cette garantie.

## **B. L'EXTINCTION DE L'HYPOTHEQUE :**

L'hypothèque peut s'éteindre accessoirement à l'extinction de la créance garantie (1) ; mais elle peut s'éteindre également à titre principal (2).

### **1. L'EXTINCTION A TITRE ACCESSOIRE :**

Comme énoncé par l'article 933 du code civil, l'hypothèque s'éteint par extinction de la créance garantie. C'est l'extinction de l'obligation principale.

Le paiement pur et simple sans subrogation éteint la créance et donc l'hypothèque, mais ce paiement doit être total, car l'indivisibilité de l'hypothèque impose son maintien en cas de paiement partiel pour le reliquat.

De même, tout acte ou événement qui a pour effet d'éteindre la créance garantie, que son titulaire obtienne ou non satisfaction fait disparaître l'hypothèque. Il en est ainsi de la prescription, de la compensation, de la remise de dette, etc.

### **2. L'EXTINCTION A TITRE PRINCIPAL :**

L'hypothèque peut s'éteindre indépendamment de la créance principale pour plusieurs raisons dont les principales sont : la renonciation, la prescription et la purge prévue par l'article 934 du code civil, la vente forcée, ou encore la perte du droit hypothéqué.

---

<sup>465</sup> Ibid.



Le créancier peut renoncer à l'hypothèque sans renoncer à sa créance. La renonciation peut s'expliquer par exemple par l'inutilité de la sûreté. C'est un acte unilatéral qui requiert de son auteur la libre disposition de la créance garantie et la capacité d'aliéner le droit immobilier. La renonciation doit être établie dans la même forme que l'acte constitutif et publiée.

L'inscription de l'hypothèque n'étant pas perpétuelle, son non renouvellement entraîne sa prescription et donc l'extinction de l'hypothèque. Cependant, la prescription doit être établie dans la même forme que l'acte constitutif et attestée par le conservateur de la propriété foncière. Elle suppose la réunion de deux conditions qui ne peuvent pratiquement pas être réunies. Il faut, d'une part, que la créance garantie soit échue pour que le délai de prescription commence à courir. Il faut, d'autre part, que l'immeuble ait été acquis par un tiers acquéreur et que les conditions de la prescription acquisitive soient réunies<sup>466</sup>.

Selon l'article 934 du code civil algérien, l'hypothèque est aussi éteinte en cas de purge ; celle-ci doit résulter du procès verbal d'adjudication sur expropriation forcée et du paiement ou de la consignation de l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique ; peu importe que le prix ou l'indemnité obtenue soit suffisant pour désintéresser tous les créanciers inscrits.

La cause d'extinction pour perte du droit hypothéqué est difficilement envisageable lorsque le droit hypothéqué est le droit de propriété, et qu'il est attesté par un titre foncier à cause du caractère définitif de ce titre. Elle est possible pour d'autres droits comme l'usufruit ou le droit de superficie qui peuvent avoir une durée limitée.

Pour ce qui est de l'extinction par vente forcée, l'article 936 du code civil algérien annonce qu'« à la suite de l'adjudication de l'immeuble hypothéqué par voie d'expropriation forcée, qu'elles soit à l'encontre du propriétaire, du tiers détenteurs ou du séquestre auquel l'immeuble délaissé est remis, les hypothèques grevant cet immeuble sont éteintes par la consignation du prix de l'adjudication ou par le paiement aux créanciers inscrits qui sont en ordre utile de recevoir leurs créances sur ce prix »

Par contre, il n'y a pas perte en cas de destruction ou de dégradation des constructions ayant pour effet de rendre l'immeuble hypothéqué insuffisant pour garantir la créance,

---

<sup>466</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 439.

l'article 899 du code civil prévoit que le créancier peut obtenir soit la déchéance du terme, soit une autre hypothèque.

### **III. L'HYPOTHEQUE RECHARGEABLE :**

Le droit algérien ne connaît pas encore cet aménagement de l'hypothèque. L'une des innovations majeures en droit français serait l'introduction de l'hypothèque rechargeable, qui s'inspire d'une pratique anglo-saxonne, et que connaissaient déjà d'autres législations européennes comme la loi belge<sup>467</sup>.

Cette hypothèque est conçue comme une variante de l'hypothèque conventionnelle classique et donc soumise, en partie, à son régime, mais appelle quelques aménagements pour tenir compte de ses particularités et assurer, un tant soit peu, la protection du débiteur<sup>468</sup>. La plupart des dispositions spécifiques qui la caractérisent sont, en application des dispositions de l'article L. 313-14, al. 6 du Code civil français, d'ordre public et toute clause contraire serait réputée non écrite<sup>469</sup>.

#### **A. LES CONDITIONS DE FORME :**

En application de l'article 2422, al. 3 du Code civil français, sont notariés non seulement l'acte constitutif d'hypothèque rechargeable, mais aussi les conventions de rechargement, que celles-ci soient passées avec le créancier originaire ou avec un nouveau créancier.

Pour être opposable aux tiers, la convention d'hypothèque rechargeable doit être obligatoirement publiée à la conservation des hypothèques. Le bordereau d'inscription déposé à la conservation des hypothèques, et en application de l'article article 2428, al.8 du Code

---

<sup>467</sup> Marie-Noëlle, JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit. p. 502.

<sup>468</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, op.cit., 8136.

<sup>469</sup> Ibid.

civil, fera expressément mention du caractère rechargeable de l'hypothèque dont il est demandé inscription. Il s'agit de permettre aux tiers d'avoir connaissance du caractère rechargeable de l'hypothèque.

Les conventions de rechargement passées, soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier doivent, elles aussi, revêtir la forme notariée et être publiées sous forme de mentions en marge sous peine d'inopposabilité aux tiers.<sup>470</sup> Le créancier, qui n'aura pas publié la convention de rechargement selon cette forme, se verra opposer la radiation de l'inscription<sup>471</sup>. La publication de l'hypothèque rechargeable détermine entre eux le rang des créanciers inscrits sur l'hypothèque rechargeable<sup>472</sup>.

Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque, en application de l'article 2459 du Code civil français, que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. La mention d'un pacte comissoire dans les bordereaux d'hypothèque rechargeable s'applique aux bordereaux déposés depuis le 22 mai 2008<sup>473</sup>. Les bordereaux d'inscription des privilèges et hypothèques et les bordereaux d'hypothèques rechargeables par avenant de transformation d'une hypothèque conventionnelle doivent mentionner un éventuel pacte comissoire.

## **B. LES CONDITIONS DE FOND :**

L'article 2422 du Code civil français consacre cette nouvelle forme d'hypothèque qui peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. Le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2423 Code civil français, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé.

L'hypothèque rechargeable est ouverte à tous, y compris au consommateur. Mais dans ce dernier cas, des dispositions spécifiques l'assortissent. Le rechargement de l'hypothèque,

---

<sup>470</sup> Article 2430, al. 3 du Code civil français.

<sup>471</sup> Article 2440, al. 2 du Code civil français.

<sup>472</sup> Article 2425, al. 5 du Code civil français.

<sup>473</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, Editions législatives, Bulletin 109, Octobre 2009, 7646.

qui n'est qu'une faculté, doit être, selon l'article 2422 du Code civil français, expressément prévu dans l'acte constitutif de l'hypothèque.

A peine de nullité<sup>474</sup>, cette hypothèque est nécessairement constituée pour un montant maximal prévu dans l'acte constitutif<sup>475</sup>. Elle ne pourra garantir de nouvelles créances que dans la limite du montant stipulé dans l'acte, diminué des créances antérieures restant à acquitter.

Le rechargement peut avoir lieu au bénéfice du créancier originaire ou de tout autre créancier, même si le créancier originaire n'a pas encore été totalement payé, mais dans la limite maximale des remboursements effectués<sup>476</sup>.

L'acte constitutif peut prévoir que l'hypothèque peut-être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles visées par l'acte. Contrairement à l'hypothèque consentie pour sûreté de créance future, qui porte sur des créances déterminables, l'hypothèque rechargeable a vocation à garantir des créances dont l'acte ne dit rien<sup>477</sup>.

Pour expliquer l'hypothèque rechargeable, le gouvernement français dans sa présentation de l'ordonnance a fourni l'exemple suivant<sup>478</sup> : pour financer l'achat de sa résidence principale, un jeune ménage contracte un prêt immobilier d'un montant de 150.000 euros remboursable sur 25 ans auprès de la banque A. Ce prêt est garanti par une hypothèque rechargeable constituée au profit de la banque A. Celle-ci inscrit son hypothèque pour une durée de 27 ans. Le montant maximal pouvant être garanti par l'hypothèque a été fixé à 200.000 euros auprès de la banque B, pour financer des travaux de réparation et d'embellissement dans la maison. Ce prêt est remboursable sur 05 ans et garanti par la même hypothèque en vertu d'une convention de rechargement passée entre les emprunteurs et la banque B, chez un notaire. La banque B publie ensuite, à la conservation des hypothèques, la

---

<sup>474</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, réforme du droit des sûretés, op.cit., 8136.

<sup>475</sup> Article 2423, al. 3 du Code civil français.

<sup>476</sup> Article 2422, al. 2 du Code civil français.

<sup>477</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, op.cit., préc.

<sup>478</sup> Marie-Noëlle, Jobard-BACHELIER, Manuelle BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 503.

convention sous forme de mention en marge de l'inscription prise initialement par la banque A.

### **1. La durée de l'hypothèque rechargeable :**

Il faut relever que lorsque l'hypothèque est consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier en respectant, toutefois, un préavis de 3 mois. Une fois résiliée, et selon l'article 2423, *al.3* du Code civil français, l'hypothèque ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement<sup>479</sup>. Cette résiliation emporte donc extinction de l'hypothèque au sens de l'article 2488 du même Code.

## **IV. L'HYPOTHEQUE ET LES PROCEDURES COLLECTIVES :**

Le droit des procédures collectives peut avoir une incidence sur la sûreté elle-même, il impose de nombreuses contraintes au créancier hypothécaire et il apporte aux droits qu'il tient de l'hypothèque de lourdes restrictions<sup>480</sup>.

L'hypothèque est nulle si elle est constituée sur les biens du débiteur en période suspecte, c'est-à-dire après la date de cessation des paiements de celui-ci, pour une dette antérieurement contractée. Elle ne peut être inscrite après le jugement d'ouverture du redressement et de la liquidation judiciaires.

En droit français des sûretés, pendant la période d'observation, l'administrateur judiciaire peut proposer au créancier hypothécaire la substitution à la sûreté qu'il détient de garanties équivalentes<sup>481</sup> ; en l'absence d'accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution. De même le tribunal qui arrête le plan de continuation peut ordonner une telle substitution<sup>482</sup>.

---

<sup>479</sup> Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, *op.cit.*, préc.

<sup>480</sup> DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques, Ed. FRANCIS LEFEBVRE, *op.cit.*, n°8506. p. 556.

<sup>481</sup> Article L 621-25, al. 3 du Code de commerce français.

<sup>482</sup> Article L 621-80, al. 1 du Code de commerce français.

Comme tout créancier, le créancier hypothécaire, en droit algérien, doit déclarer sa créance au passif dans le délai d'un mois suivant la publication du jugement d'ouverture, sous peine de forclusion et d'extinction de sa créance<sup>483</sup>. Si la créance trouve son origine antérieurement au jugement d'ouverture, il ne peut exercer ou poursuivre aucune voie d'exécution sur l'immeuble hypothéqué à compter dudit jugement.

En cas de plan de cession, le cessionnaire est tenu d'acquitter entre les mains du créancier, les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété du bien sur lequel porte la garantie<sup>484</sup>; et ce n'est qu'après le jugement qui arrête le plan de cession que les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle<sup>485</sup>.

En cas de faillite, le jugement emporte suspension de toute poursuite individuelle des créanciers hypothécaires. Sont aussi suspendues toutes voies d'exécution contre le débiteur. Les actions non atteintes par la suspension ne peuvent plus être poursuivies ou intentées dans la faillite que contre le liquidateur et dans le règlement judiciaire conjointement contre le débiteur et le liquidateur<sup>486</sup>.

Enfin, et en cas de redressement judiciaire, les créanciers hypothécaires sont payés sur le prix de vente de l'immeuble en fonction de leur droit de préférence, et courent, de ce fait, le risque d'être primés par les créanciers privilégiés que sont les salariés et le trésor public<sup>487</sup>.

### **§.3 : LES HYPOTHEQUES SPECIALES**

Les hypothèques spéciales sont celles qui sont conférées sans le consentement du débiteur soit par la loi, soit par une décision de justice. Elles peuvent donc être légales (I) ou judiciaires (II).

---

<sup>483</sup> Article 280 et 281 du Code de commerce.

<sup>484</sup> Michel MATHIEU, op.cit., p. 190.

<sup>485</sup> Cass. com. 14 mars 2000 n° 632 : RJDA 6/00 n° 687.

<sup>486</sup> Article 245 du Code de Commerce algérien.

<sup>487</sup> Article 251 du Code de commerce algérien.

## **I. LES HYPOTHEQUES LEGALES**

L'hypothèque légale est imposée par la loi, sans ou contre le consentement du propriétaire de l'immeuble. Le code civil retient et réglemente plusieurs types d'hypothèques légales. Les plus importants sont l'hypothèque légale du vendeur d'immeuble, du copartageant, de l'échangiste, celui des architectes et entrepreneurs et assimilés. On en compte aussi l'hypothèque légale au profit des banques, des établissements financiers et autres institutions institué par l'article 121 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003, modifiée et complétée, relative à la monnaie et au crédit<sup>488</sup>.

### **A. L'HYPOTHEQUE LEGALE DU VENDEUR D'IMMEUBLE**

L'hypothèque accordée au vendeur d'immeuble suit quasiment le même régime que celui de l'échangiste alors que l'hypothèque du copartageant comporte quelques particularités. Selon l'article 999 du code civil, Le vendeur d'immeuble bénéficie de certaines garanties.

Lorsqu'il n'a pas été payé du prix, il peut mettre en œuvre l'exception d'inexécution qui lui permet de ne pas délivrer l'immeuble ou l'action en résolution pour non paiement du prix. L'hypothèque légale n'est donc qu'une protection supplémentaire accordée au vendeur lorsque la vente porte sur un immeuble.

L'hypothèque porte essentiellement sur l'immeuble vendu et garantit le paiement total ou partiel du prix.

S'agissant du fonctionnement, bien que l'hypothèque soit qualifiée de légale, elle n'existe pas d'office. Le vendeur peut, aux termes de l'article 899 du code civil, exiger de l'autre partie à l'acte une hypothèque pour garantir le paiement total ou partiel du prix.

A défaut de stipulation d'hypothèque conventionnelle, le vendeur peut en vertu d'une décision de la juridiction compétente obtenir l'hypothèque forcée sur lesdits immeubles. Lorsqu'elle est obtenue judiciairement, cette hypothèque doit être publiée dans les mêmes

---

<sup>488</sup> L'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit – J.O.R.A. n° 52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par l'article 107 de l'ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, J.O.R.A. n° 44 du 26 juillet 2009, et l'ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, J.O.R.A. n° 49 du 29 août 2010.

conditions que l'hypothèque conventionnelle. Elle emporte comme celle-ci le droit de préférence.

Le prêteur de deniers ne bénéficie de l'hypothèque que s'il est authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à l'achat de l'immeuble et que le paiement a été fait avec les deniers empruntés. Cette hypothèque peut profiter à la banque qui a consenti un crédit immobilier.

## **B. L'HYPOTHEQUE LEGALE DU COPARTAGEANT**

L'article 1001 du code civil algérien énonce que : « *les co-partageants d'un immeuble ont privilège sur cet immeuble pour leurs recours respectifs, à raison de ce partage, y compris le droit de la soulte. Ce privilège doit être inscrit et prend rang dans les mêmes conditions que le privilège du vendeur visé à l'article 999* ».

Aussi, le partage peut faire naître des obligations entre les parties. L'égalité étant l'âme du partage, il arrive parfois que cette égalité ne soit pas respectée parce que l'un des cohéritiers - surtout lorsque la succession comporte des biens en nature - a reçu des biens d'une valeur supérieure aux autres. Pour rétablir l'égalité, il doit leur verser une soulte qui représente une somme d'argent.

C'est le paiement de cette soulte qui est garanti par une hypothèque légale sur l'immeuble de celui qui en est débiteur et qui sont compris dans le partage. C'est ce qui justifie l'hypothèque légale qui lui est accordée. Elle bénéficie au copartageant pour tout partage incluant un ou des immeubles quelle que soit la source de l'indivision<sup>489</sup>, et quelle que soit la forme du partage, amiable ou judiciaire. Le régime de cette hypothèque est le même que celui du vendeur d'immeuble.

Quant à son étendue, elle doit être déterminée aussi bien par rapport aux créances garanties que relativement aux immeubles grevés. Il faut surtout signaler que l'hypothèque peut être mise en œuvre dans différents cas. Il peut être, par exemple, mise en œuvre pour garantir la soulte, c'est-à-dire la somme due au copartageant qui reçoit les biens d'une valeur inférieure à sa part dans l'indivision. Dans ce cas, elle ne greève les immeubles que lorsque la

---

<sup>489</sup> Exemple : dévolution successorale, ou dissolution des sociétés.



soulte est due par tous les autres<sup>490</sup>. Il peut être aussi pour garantir le prix de la licitation lorsque l'immeuble est adjugé à un copartageant et porte sur l'immeuble licité<sup>491</sup>.

### **C. L'HYPOTHEQUE LEGALE DES ARCHITECTES ET ENTREPRENEURS**

A défaut d'hypothèque conventionnelle, l'article 1000 du code civil algérien prévoit que : « *les sommes dues aux entrepreneurs et aux architectes chargés d'édifier, reconstruire, réparer ou entretenir des bâtiments ou tout autre ouvrage, ont privilège sur ces ouvrages, mais jusqu'à concurrence de la plus value provenant de ces travaux et existant lors de l'aliénation de l'immeuble ...* ». Ils peuvent obtenir par jugement une hypothèque forcée sur l'immeuble ayant fait l'objet des travaux.

Enfin, pour ce qui est des sommes garanties, il s'agit du montant « *de la somme qui sera estimée due* », ce qui signifie en pratique qu'il s'agit de la somme qui ressort du devis initialement présenté par l'architecte ou l'entrepreneur. Si la somme définitive est supérieure à celle-ci, l'hypothèque ne couvrira que la somme correspondant au devis.

L'hypothèque peut être constituée avant le commencement des travaux sous forme d'hypothèque conventionnelle ou après les travaux par jugement donc sous forme d'hypothèque judiciaire sur l'immeuble ayant fait l'objet des travaux. Dans les deux cas, elle est inscrite provisoirement et prend rang à sa date. L'inscription est valable de cette date jusqu'à **02** mois après l'achèvement des travaux.

### **D. L'HYPOTHEQUE LEGALE AU PROFIT DES BANQUES, DES ETABLISSEMENTS FINANCIERS ET AUTRES INSTITUTIONS**

C'est la loi n° 05-16 du 31 décembre 2005<sup>492</sup> dans son article 56 qui a modifié les dispositions de l'article 96 de la loi n° 02-11 du 24 décembre 2002 portant loi de finances

---

<sup>490</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 640.

<sup>491</sup> Ibid.

<sup>492</sup> La loi n° 05-16 du 31 décembre 2005 portant loi de finances pour 2006 – J.O.R.A. n° 85 du 31 décembre 2005.

pour 2003<sup>493</sup>, laquelle a institué l'hypothèque légale sur les biens immobiliers du débiteur au profit des banques, des établissements financiers et de la caisse de garantie des marchés publics en garantie du recouvrement de leurs créances et des engagements consentis envers eux. L'inscription de cette hypothèque légale ainsi que la mention portée en marge de ladite inscription relative à la subrogation conventionnelle à ce droit d'hypothèque au profit d'une autre banque et/ou établissement financier dans le cadre d'une opération de refinancement hypothécaire s'effectuent conformément aux dispositions légales relatives au livre foncier.

Les dites inscriptions et mention sont requises directement par le représentant qualifié de la banque ou de l'établissement financier, qui dépose, par lui-même, auprès de la conservation foncière territorialement compétente, pour inscription, les deux (2) bordereaux prévus par l'article 93 du décret n° 76-63 du 25 mars 1976 complété par le décret 93-123 relatif à l'institution du livre foncier, et pour la mention, une demande accompagnée du contrat de refinancement hypothécaire.

Ainsi prise, l'hypothèque légale, représente un titre exécutoire et a la même valeur qu'un jugement définitif. Elle est revêtue de la formule exécutoire délivrée par le tribunal compétent conformément aux articles 600 et 601 du code de procédure civile<sup>494</sup> et administrative<sup>495</sup>. Sa remise à un huissier de justice permettra à la banque ou à l'établissement financier de procéder à la saisie des biens immobiliers ainsi hypothéqués. Elle est dispensée de renouvellement pour une durée de trente 30 ans, et elle prend rang à la date de son inscription.

La banque ou l'établissement financier, et par application des dispositions du décret exécutif n° 06-132 du 3 avril 2006 relatif à l'hypothèque légale instituée au profit des banques, des établissements financiers et autres institutions<sup>496</sup>, requiert un huissier pour constater le défaut de paiement du débiteur à la date échue des créances. Une sommation de payer lui est notifié, par huissier, l'assignant dans un délai d'un (1) mois pour s'acquitter des

---

<sup>493</sup> La loi n° 02-11 du 24 décembre 2002 portant loi de finances pour 2003– J.O.R.A. n° 86 du 25 décembre 2002. .

<sup>494</sup> Ordonnance 66-154 du 8 juin 1966, modifiée et complétée, portant code de procédure civile, J.O.R.A. n° 47 du 9 juin 1966 - Les articles 320 et 379.

<sup>495</sup> المحكمة العليا، قرار 2005/06/22 ، الغرفة المدنية، قضية ب. أ ضد / البنك الوطني الجزائري ، القضية رقم 307409 : مجلة المحكمة العليا 2007 ، العدد رقم 1 ، ص. 203.

<sup>496</sup> Décret exécutif n° 06-132 du 3 avril 2006 – JORA n° 21 du 05 Avril 2006.

sommes dont il est redevable. Une seconde sommation qui lui accorde un délai de 15 jours avant saisine du tribunal territorialement compétent, lui est notifié pour paiement.

En cas de non-paiement à l'issue du délai, le représentant de la banque ou l'établissement financier présente, à son encontre une requête au tribunal territorialement compétent pour obtenir la formule exécutoire permettant la mise en œuvre de la procédure de saisie immobilière. Une fois obtenue, il lui sera notifié par voie d'huissier avec injonction dans un délai d'un (1) mois à dater de la signification qui lui a été faite, faute de quoi, l'immeuble et/ou le droit réel immobilier fera l'objet d'une vente forcée<sup>497</sup>.

L'ordonnance de saisie est déposée immédiatement, ou au plus tard le jour suivant cette notification, au service de la conservation foncière territorialement compétente pour transcription. Cette formalité emporte saisie immobilière du bien objet de l'hypothèque légale<sup>498</sup>. Enfin, l'huissier établit le cahier des charges de la vente aux enchères et le dépose au greffe du tribunal du lieu de l'immeuble saisi<sup>499</sup> avec signification aux personnes énumérées par l'article 740 du Code procédure civile et administrative. Une publication dans un quotidien national et un affichage au tribunal s'impose et doit être effectuée<sup>500</sup>.

## **II. L'HYPOTHEQUE JUDICIAIRE :**

A défaut d'hypothèque conventionnelle ou légale, le créancier chirographaire peut obtenir, sur autorisation du juge, une hypothèque sur les immeubles de son débiteur : c'est l'hypothèque judiciaire.

L'institution de cette hypothèque qu'on appelle encore hypothèque conservatoire se justifie par deux raisons : d'une part, elle est un palliatif de la lenteur des procès et, d'autre part, elle permet la protection du créancier contre l'insolvabilité que le débiteur pourrait organiser pendant l'instance en cours contre lui.

---

<sup>497</sup> Article 725 AL.2 du Code de procédure civile et administrative algérien, Loi 08-09 du 25 février 2009 portant code de procédure civile et administratif, J.O.R.A. n° 21 du 23 avril 2009.

<sup>498</sup> Article 725 AL.3 du Code de procédure civile et administrative algérien.

<sup>499</sup> Article 737 du Code de procédure civile et administrative algérien.

<sup>500</sup> Article 748 du Code de procédure civile et administrative algérien.

Cette hypothèque permet donc de compenser pour le créancier obligé de recourir à la justice l'allongement des procédures judiciaires et d'éviter, même en dehors de toute procédure, que le débiteur n'organise son insolvabilité.

Elle est mise en œuvre en trois étapes : il faut d'abord une autorisation judiciaire qui aboutit ensuite à l'inscription provisoire avant que la procédure au fond pour validation ne soit éventuellement organisée.

#### **A. L'AUTORISATION JUDICIAIRE**

Les articles 647 et 649 du code de procédure civile et administrative algérien disposent que le créancier qui désire inscrire une hypothèque judiciaire doit obtenir par voie de requête, une autorisation donnée sur ordonnance par le Président du tribunal du domicile du débiteur ou du lieu dans lequel sont situés les immeubles sur lesquels il entend exercer ce droit.

L'ordonnance, qui est accordée si la créance paraît fondée dans son principe tout en étant menacée dans son recouvrement, doit comprendre obligatoirement certaines mentions, notamment l'indication de la somme pour laquelle l'hypothèque est autorisée. Le président du tribunal doit statuer sur la demande de saisie, dans un délai n'excédant pas 5 jours, à dater du dépôt de la requête au greffe.

#### **B. L'INSCRIPTION PROVISoire**

L'article 652 du code de procédure civile et administrative algérien dispose que le créancier doit ensuite prendre une transcription de l'hypothèque sur présentation de l'ordonnance. Cette transcription se fait à la conservation foncière du lieu de l'immeuble, dans un délai de 15 jours à dater du prononcé de l'ordonnance de saisie sous peine de nullité. Cette procédure conditionne l'action en validité de l'hypothèque. Les formalités d'inscription sont les mêmes que celles de l'hypothèque conventionnelle.

Selon l'article 659 du code de procédure civile et administrative algérien, l'ordonnance autorisant la saisie conservatoire (hypothèque judiciaire) doit être signifiée au débiteur et est immédiatement suivie de la saisie<sup>501</sup>.

### **C. LA VALIDATION**

Dans la troisième phase de la procédure, et selon l'article 662 du code de procédure civile et administrative algérien, le créancier saisissant, par une demande au fond, peut faire valider l'hypothèque provisoire (la saisie conservatoire) dans un délai de 15 jours au plus tard, à dater du prononcé de l'ordonnance de saisie sous peine de nullité des procédures.

La demande au fond est en principe indépendante de la procédure de référé mais elle va avoir des conséquences sur l'hypothèque provisoire. Ainsi, la décision qui statue sur le fond peut valider l'hypothèque provisoire si la créance est reconnue. Le tribunal statuant au fond peut aussi, selon l'article 666 du code de procédure civile et administrative algérien, prononcer sa main levée totale ou partielle, si le débiteur justifie de motifs sérieux et légitimes. Et s'il rejette l'action, il doit obligatoirement ordonner la main-levée de l'hypothèque provisoire et statuer sur les demandes en réparation.

Pour les crédits bancaires, la main-levée de la saisie conservatoire (hypothèque provisoire) doit être ordonnée en référé, si le créancier n'introduit pas une demande en validité de la saisie dans le délai de 15 jours au plus tard, à dater du prononcé de l'ordonnance de saisie, ou si le débiteur dépose une somme suffisante devant l'huissier de justice, pour couvrir la créance principale et les frais.

---

<sup>501</sup> Le législateur algérien n'a pas prévu de délai pour la notification du débiteur. Mais il est certain selon les dispositions des articles 659 et 688 du code de procédure civile et administrative que cette signification est faite avant la fin du délai de 15 jours à partir du prononcé de l'ordonnance, pour la procédure de transcription et de validation. L'huissier de justice devra remettre au saisi une copie du procès verbal de saisie et d'inventaire dans un délai de 03 jours.

## **SECTION II :**

### **L'ANTICHRESE**

D'origine grecque et acclimatée en droit romain, l'antichrèse désignait le fait de jouir d'une chose à la place d'une autre. Cette garantie est née du désir de conférer au créancier un droit direct sur les revenus d'un immeuble pour assurer le paiement des intérêts<sup>502</sup>. Il s'opérait une sorte de compensation forfaitaire entre les fruits produits par l'immeuble et les intérêts de la dette<sup>503</sup>.

Le législateur algérien ne définit pas l'antichrèse. Cette garantie est toujours considérée, aux termes des articles 948, 966, 967, et 968 du Code civil algérien, comme une variété de nantissement « nantissement immobilier ». Par contre, le droit français des sûretés, après la réforme de 2006, et selon l'article 2387 du code civil, définit le gage immobilier « l'antichrèse » comme « l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation ; elle emporte dépossession de celui qui la constitue ». Les rédacteurs de l'ordonnance ont conservé à l'antichrèse son caractère de sûreté avec dépossession tout en la rattachant principalement à l'hypothèque pour son régime juridique<sup>504</sup>. Avant la réforme du droit des sûretés français, elle était rattachée au gage.

Ceci dit, elle a un caractère de sûreté (garantie) avec dépossession, sa constitution et ses effets méritent d'être détaillés (§.1), et son régime est, principalement, celui de l'hypothèque (§.2).

#### **§.1 : CONSTITUTION ET EFFETS DE L'ANTICHRESE**

En réalité, l'antichrèse est une sûreté mixte. Elle se rattache à la fois au nantissement et à l'hypothèque. Sa constitution (I) et ses effets (II) méritent ici d'être expliqués.

---

<sup>502</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit. p. 674.

<sup>503</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, op.cit., p. 314.

<sup>504</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 445.

## I. LA CONSTITUTION DE L'ANTICHRESE

L'antichrèse est un contrat conclu entre le constituant et le créancier. Elle est une sûreté accessoire ; elle est par conséquent au service de la créance qu'elle garantit. Elle suppose une créance valable ; elle peut garantir des créances futures. Elle peut être cédée en même temps que la créance garantie.

La constitution d'une antichrèse indépendante de toute créance à garantir n'est pas possible, puisque l'article 2387 du Code civil français la définit comme « *l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation* ». La définition de l'obligation garantie est très importante en la matière. L'affectation de l'immeuble en garantie peut être jugée antiéconomique, aussi bien par le constituant, qui perd l'usage du bien grevé et voit diminuer son crédit, que par le créancier, sur lequel pèse des contraintes d'entretien et de conservation<sup>505</sup>.

Comme en droit des sûretés français, l'antichrèse en droit des sûretés algérien, au terme de l'article 968 du Code civil, ne permet au créancier que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble. En effet, les fruits produits par l'immeuble viendront s'imputer sur les sommes qui lui seront dues à ce titre en intérêts et éventuellement sur les sommes dues en principal<sup>506</sup> lorsqu'il s'agit d'un créancier établissement financier ou banque. Le créancier gagiste, antichrèsiste, selon les articles 868 du Code civil algérien et 2389 du Code civil français, doit pourvoir à l'entretien et à la conservation de l'immeuble engagé, aux dépenses nécessaires à sa conservation, ainsi qu'aux impôts et charges annuels, sauf à se le faire rembourser, à son rang, sur le prix de l'immeuble. Il peut toujours se décharger de ces obligations en abandonnant son droit à l'antichrèse en restituant le bien à son propriétaire.

Pour constituer un droit d'antichrèse sur un immeuble, il faut en avoir la propriété, ou tout au moins avoir sur lui un droit réel de jouissance, et avoir la capacité d'en disposer. L'usufruitier peut engager son droit par voie d'antichrèse, auquel cas le droit de l'antichrèse s'éteindra avec l'usufruit. De même, l'emphytéote peut également constituer une antichrèse pour la durée de l'emphytéose. Ces hypothèses sont assez rares en pratique. Comme l'hypothèque, l'antichrèse nécessite, aux termes des articles 966 du Code civil algérien, et

---

<sup>505</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit. p. 544.

<sup>506</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, op.cit. p. 315.

2416 du Code civil français<sup>507</sup>, la passation d'un acte authentique<sup>508</sup>. C'est donc un acte solennel. Par application de l'article 950 du Code civil algérien, il est aussi logique de faire appliquer l'article 905 du même Code à l'antichrèse. Cet acte doit aussi être inscrit et publié à la conservation foncière<sup>509</sup>.

Même si en droit français des sûretés, depuis la réforme de 2006, les textes ne sont pas explicites, le sentiment qui demeure est que la dépossession du débiteur et la mise en possession du créancier constituent une condition de validité du contrat d'antichrèse. C'est donc un contrat réel<sup>510</sup>. Des arrêts de la Cour de cassation ont affirmé que « *la dépossession du débiteur était de l'essence du contrat d'antichrèse* »<sup>511</sup>. Cette analyse est de plus en plus souvent contestée en doctrine. C'est la thèse classique de *BEUDANT, PLANIOL, RIPERT* et *BECQUE* qui considèrent que la nature immobilière du bien grevé minimise la fonction de protection contre le détournement et rend inutile la fonction d'individualisation ; quant à la fonction publicitaire, elle est, selon eux, suffisamment assurée par l'inscription. Cette thèse remis en cause et refuse la thèse du contrat réel<sup>512</sup>.

Toujours selon leur thèse, la fonction publicitaire est suffisamment assurée par l'inscription, et la dépossession n'est qu'une mesure d'aménagement des rapports des parties et pas comme une condition d'opposabilité<sup>513</sup>. L'antichrèse est donc, selon eux, un contrat consensuel et non pas réel. Ces critiques tiennent à ce que les contrats réels seraient anachroniques dans un système de consensualisme. Suivant ces critiques, la dépossession n'est plus nécessaire puisque l'antichrèse est une sûreté immobilière et son opposabilité aux

---

<sup>507</sup> En France, et avant l'ordonnance du 23 mars 2006, le notaire devait déjà intervenir pour accomplir les formalités de publicité à la conservation des hypothèques, nécessaires pour rendre l'antichrèse opposable aux tiers. L'écrit visé par l'ancien article 2085 al.1 du Code civil était considéré par la doctrine comme une exigence de nature seulement probatoire. Il est aujourd'hui de nature solennel.

<sup>508</sup> المحكمة العليا، قرار 1990/10/21، الغرفة المدنية، القضية رقم 68467 : المجلة القضائية 1992، العدد رقم 1، ص. 84.

<sup>509</sup> حمدي باشا عمر، الإجتهد العقاري على ضوء آخر قرارات مجلس الدولة و المحكمة العليا، الطبعة رقم 08- دار هومة 2009 -، ص. 187؛ المحكمة العليا، قرار 2000/04/26، الغرفة المدنية، قرار منشور تحت رقم 198674 : المجلة القضائية 1992، العدد رقم 1، ص. 84.

<sup>510</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, op.cit. p. 316; Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 446.

<sup>511</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 1966, Bull. civ., I, n° 201.

<sup>512</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit. p. 676.

<sup>513</sup> Ibid.



tiers est effectuée par la publication du contrat auprès de la conservation des hypothèques<sup>514</sup>. Le transfert de la possession peut être simplement juridique, symbolique ; il ne peut en être autrement d'ailleurs lorsque l'immeuble est déjà loué. L'immeuble peut être loué au constituant lui-même et cette location, selon toujours la Cour de cassation française<sup>515</sup>, n'est qu'un mode d'exercice du droit de jouissance de l'antichrèsiste. Ce mode n'est pas de nature à dissimuler aux tiers le droit de ce dernier puisqu'il est soumis à la publicité foncière.

Enfin, il paraît très utile et préférable de voir dans l'antichrèse un contrat réel. Ce caractère explique par exemple que le créancier soit muni d'un droit de rétention, qu'il bénéficie des actions possessoires ou qu'elle permette au créancier de s'opposer à la vente publique de l'immeuble par un titulaire de droit réel postérieur au sien.

Pour être opposable aux tiers, l'acte constitutif d'antichrèse doit être publié à la conservation des hypothèques. A défaut, la garantie est inopposable aux tiers ayant acquis des droits concurrents sur l'immeuble et les ayant eux-mêmes publiés<sup>516</sup>.

## **II. LES EFFETS DE L'ANTICHRESE**

L'effet le plus topique de l'antichrèse est celui du droit de jouissance du créancier sur l'immeuble soit en l'utilisant personnellement, soit en le louant. Le créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge de les imputer sur les intérêts, s'il en est du, et subsidiairement sur le capital de la dette<sup>517</sup>. La jouissance a pour corollaire l'obligation pour l'antichrèsiste de pourvoir à l'entretien de l'immeuble et de payer les contributions et charges annuelles, sauf convention contraire. Une action en répétition contre le constituant peut être

---

<sup>514</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, op.cit. p. 317.

<sup>515</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 mars 1966, Bull. civ., I, n° 201 et 203 ; Civ. 3, 18 déc. 2002, Bull. civ. III, n° 261 ; JCP, E, 2003, 706, note PICOD.

<sup>516</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 446.

<sup>517</sup> Ibid.

engagée si les dépenses dépassent les revenus de l'immeuble<sup>518</sup>. Il peut toutefois se soustraire à cette obligation en restituant le bien à son propriétaire<sup>519</sup>.

Aussi, l'antichrèsiste a un droit au remboursement de la plus-value résultant des améliorations qu'il a apportées à l'immeuble<sup>520</sup>. Les revenus de l'immeuble engagé doivent être, selon les dispositions des articles 968 du Code civil algérien et 2389 du Code civil français affectés en priorité au paiement des charges annuelles et aux frais d'entretien, ensuite au paiement des intérêts de la dette lorsqu'il s'agit bien sur d'une garantie au profit de la banque.

Le droit de rétention peut être invoqué par l'antichrèsiste tant qu'il n'a pas obtenu le paiement intégral de la créance garantie<sup>521</sup>, ainsi que les créances qu'il peut acquérir à l'occasion de la détention. Ce droit ne peut être opposé aux créanciers inscrits sur l'immeuble avant la publication de l'antichrèse, mais il peut être opposé à toute autre personne, notamment créanciers inscrits postérieurement et tiers acquéreur<sup>522</sup>. Ce dernier doit payer intégralement l'antichrèsiste pour prendre possession de l'immeuble<sup>523</sup>.

Un droit de préférence sur la valeur de l'immeuble au profit de l'antichrèsiste est reconnu en doctrine comme en jurisprudence<sup>524</sup>. L'existence de droit de préférence et de droit de suite au profit de l'antichrèsiste a été contestée, car ce dernier peut obtenir un paiement avec priorité absolue grâce à son droit de rétention. Il ne peut pas demander l'attribution judiciaire de l'immeuble engagé et il ne peut revendiquer l'immeuble dont il s'est dépossédé volontairement. Dans l'éventualité d'une dépossession involontaire, il bénéficie des actions possessoires<sup>525</sup>, protection qui rend le droit de suite inutile. Enfin, le droit de suite pourrait lui

---

<sup>518</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 677.

<sup>519</sup> Dominique LEGEAIS, préc.

<sup>520</sup> Ibid.

<sup>521</sup> المحكمة العليا، قرار 1998/11/25، الغرفة المدنية، قرار رقم 182410 : المجلة القضائية 1999، العدد رقم 1، ص. 85.

<sup>522</sup> Dominique LEGEAIS, préc.

<sup>523</sup> المحكمة العليا، قرار 1991/02/18، الغرفة المدنية، قرار رقم 64984 : المجلة القضائية 1993، العدد رقم 1، ص. 23.

<sup>524</sup> L'arrêt de principe : Cass., 31 mars 1851.

<sup>525</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, op.cit. p. 317.

permettre de saisir l'immeuble entre les mains du possesseur, puisqu'elle est l'attribut normal d'un droit réel immobilier.

## **§ 2. LE REGIME DE L'ANTICHRESE**

Le régime de l'antichrèse est hybride. Un régime qui lui est propre (I) et un autre emprunté au gage ou à l'hypothèque (II).

### **I. UN REGIME PROPRE**

En employant le verbe « *Emporter* », l'article 2387 du Code civil français peut laisser penser que la dépossession n'est qu'un effet de l'antichrèse, et non l'une de ses conditions de validité. Au regard du nouveau caractère solennel de l'antichrèse, l'exclusion du caractère réel serait plus cohérente<sup>526</sup>.

L'antichrèsiste doit entretenir et conserver l'immeuble mis en sa possession. Pour se faire, il peut employer les fruits perçus. Pour le paiement des contributions et les charges annuelles de l'immeuble, il incombe désormais, après la réforme de 2006, au débiteur propriétaire de l'immeuble grevé.

La possession de l'immeuble confère au créancier antichrèsiste un droit de rétention<sup>527</sup> qui peut le prémunir contre les incertitudes du concours avec d'autres créanciers. Ce droit a été limité par un arrêt très ancien de la Cour d'appel de Paris parce qu'il n'est opposable qu'aux tiers dont les droits sont postérieurs à la transcription de l'antichrèse, à l'exclusion des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble avant l'accomplissement de cette formalité<sup>528</sup>.

---

<sup>526</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 544.

<sup>527</sup> Les articles 200 du Code civil algérien, et 2391 du Code civil français.

<sup>528</sup> Paris, 12 janv. 1895, DP 96. 2. 57, note CEZAR-BRU.

Le créancier peut aussi, selon les dispositions de l'article 2390 du Code civil français, donner l'immeuble à bail sans en perdre la possession, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même. On parle ainsi de dépossession juridique. En France, la Cour de cassation avait déjà admis en 2002 la validité de cette pratique de l'antichrèse-bail<sup>529</sup>.

En ce qui concerne l'extinction de l'antichrèse, deux causes sont énoncées par le Code civil français dans l'article 2392.

La première est l'extinction de l'obligation principale. Elle atteste du fait que l'antichrèse, comme toute sûreté, présente un caractère accessoire. Un autre caractère, celui de l'indivisibilité, est révélé par le nouvel article 2391 du Code civil français. L'antichrèse ne s'éteint et le débiteur ne peut, par conséquent, réclamer la restitution de son bien, qu'après « l'entier acquittement de sa dette ».

La seconde cause d'extinction consiste dans « la restitution anticipée de l'immeuble à son propriétaire ». Il s'agit cette fois d'une cause d'extinction par voie principale, qui atteste de l'exigence de possession du créancier, soit par lui-même, soit corpore alieno. Une restitution de l'immeuble à son propriétaire pour qu'il en devienne locataire, n'emportera donc pas l'extinction de l'antichrèse.

En application du nouvel article 2388 du Code civil français, d'autres causes d'extinction, en particulier celles propres à l'hypothèque, sont appliquées.

## **II. UN REGIME EMPRUNTE AU GAGE OU A L'HYPOTHEQUE**

Toujours en France, l'antichrèse, et depuis la réforme des droits des sûretés de 2006, n'a plus la qualification de nantissement. Son régime est désormais détaché de celui du gage, au sujet notamment du droit de préférence sur le prix de vente de l'immeuble ou du droit de suite en cas de dépossession involontaire<sup>530</sup>. Elle est, selon l'article 2373 du Code civil français, classée parmi les sûretés sur les immeubles, et une partie de son régime doit être, par

---

<sup>529</sup> Civ. 3, 18 déc. 2002, Bull. civ. III, n° 261; JCP, E, 2003, 706, note PICOD.

<sup>530</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 547.

les dispositions de l'article 2388 du Code civil, emprunté à celui de l'hypothèque tant pour sa constitution que pour ses effets<sup>531</sup>.

En droit algérien, la question du régime de l'antichrèse ne nous paraît pas encore tranchée. En effet, l'article 966 du Code civil énonce que sont applicables à l'inscription de l'acte d'antichrèse les mêmes dispositions qui régissent l'inscription de l'hypothèque. Mais qu'en est-il de son régime ?

Il est clair que le législateur algérien considère l'antichrèse aussi bien comme sûreté que comme garantie de crédit. L'appellation selon le chapitre IV du titre III du livre IV du Code civil, et selon aussi l'article 966 du Code civil est le nantissement immobilier. Sont applicable au nantissement, selon l'article 950 du Code civil, les dispositions des articles 891, 893, et 904 relatives à l'hypothèque. Comme en droit français des sûretés, on peut dire que l'antichrèse en droit algérien, tire aussi son régime de l'hypothèque.

Par application de l'article 2417 du code civil français, l'antichrèse portant sur un immeuble situé en France ne peut être conclue en pays étranger. Le constituant doit être propriétaire du bien grevé et avoir la capacité de l'aliéner. L'assiette de l'antichrèse comprend les « *améliorations qui surviennent à l'immeuble* ». Les créances garanties peuvent être présentes ou futures, à condition, dans ce dernier cas, d'être déterminables, et leur cause doit être déterminée dans l'acte constitutif d'antichrèse.

L'antichrèse comme l'hypothèque, peut être mise en œuvre par la vente amiable ou forcée de l'immeuble ; par attribution de sa propriété ordonnée en justice ; sur le fondement d'un pacte comissoire. Il existe ainsi un véritable droit commun de la réalisation des sûretés réelles immobilières conventionnelles<sup>532</sup>.

---

<sup>531</sup> Ibid., p. 548.

<sup>532</sup> Ibid.

## **CHAPITRE II :**

### **LES GARANTIES REELLES MOBILIERES**

Les garanties réelles mobilières sont des sûretés qui ont pour objet des biens meubles affectés pour la garantie d'un crédit (Section I). Ces biens peuvent être corporels ou incorporels. La garantie peut être un gage ou un nantissement.

Le droit des sûretés connaît aussi des garanties réelles qui ont des aménagements juridiques propres. C'est le cas des hypothèques mobilières (Section II) maritimes et aériennes.

D'autres catégories de sûretés peuvent être mobilières. Il s'agit des privilèges et de la propriété-garantie. Elles peuvent aussi être immobilières. Elles ne seront pas ici traitées.

## SECTION I :

### L'AFFECTION EN GARANTIE DE BIENS MOBILIERS

Ces garanties sont conçues en gage de meubles corporels (§.1) ou en nantissement de meubles incorporels (§.2). Bien que le gage et le nantissement sont des institutions largement traitées par le code civil et commercial, d'autres législations concernant la saisie, la propriété industrielle et les marchés publics ajoutent des énonciations complémentaires quant à la constitution, la mise œuvre et l'extinction de ces garanties.

#### §.1 : LE GAGE DE MEUBLES CORPORELS

Le gage n'est pas défini en droit civil algérien national<sup>533</sup>. Or, le législateur algérien le confond avec le nantissement. En effet, selon les articles 948 et 949 du code civil algérien, le terme nantissement est réservé à une garantie portant sur un bien meuble ou immeuble (l'antichrèse). On peut aussi déduire que l'article 969 du code civil algérien réserve le gage à une garantie portant sur un bien meuble corporel ou incorporel.

En droit comparé, en France notamment, et depuis la réforme du droit des sûretés en 2006<sup>534</sup>, le nantissement est réservé à une sûreté portant sur un bien meuble incorporel, et le gage est réservé à une garantie portant sur un bien meuble corporel<sup>535</sup>. L'article 2333 du code civil français définit le gage comme : « *une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels présents ou futurs* ».

Alors que le code civil français consacre le gage avec ou sans dépossession, le code civil algérien ne consacre dans ses articles de 969 à 981 que le gage avec dépossession. Son régime n'a pas changé, qu'il s'agisse de sa constitution, de son opposabilité, de ses effets, ou de son extinction.

---

<sup>533</sup> Voir l'article 969 du Code civil algérien.

<sup>534</sup> Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

<sup>535</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 349.

# **I. CONSTITUTION ET OPPOSABILITE DU GAGE**

La constitution du gage requiert certaines conditions (A) et doit suivre certaines formalités (B).

## **A. LES CONDITIONS DU GAGE**

Elles ont trait à la créance garantie (1), à l'objet du gage (2), et aux parties (3).

### **1. La créance garantie**

Une créance doit être le support nécessaire du gage. Le gage est nul faute de créance à garantir et s'éteint avec elle. Toute créance peut jouer ce rôle. L'article 891 du code civil algérien, et par application de l'article 950 du même code, dispose en effet que « *le gage peut être constitué pour garantir une créance conditionnelle, future, éventuelle, un crédit ouvert ou l'ouverture d'un compte courant, à condition que le montant de la créance garantie, ou le maximum qu'elle pourrait atteindre, soit déterminé dans l'acte constitutif* ». La créance peut exister à l'égard du constituant ou d'un tiers dont le constituant se porte caution réelle.

### **2. L'assiette de la garantie**

Tout bien mobilier, pourvu qu'il soit dans le commerce, qu'il ne soit pas inaliénable et indisponible peut être donné en gage. Il doit appartenir au constituant. Certains biens du fait de leur nature font l'objet de dispositions particulières quant à leur mise en gage. Il en est ainsi des créances et des stocks de marchandise. Le bien peut être corporel ou incorporel, constituer une universalité (fonds de commerce) ou être un corps certain.

Enfin, il peut être une chose fongible ou même consommable (une somme d'argent). Mais, certains biens, du fait de leur nature, font l'objet de dispositions particulières quant à leur mise en gage.

### **3. Les parties au contrat**

Le contrat de gage est formé entre le créancier gagiste et le constituant. Le créancier gagiste est toute personne qui à partir du moment où elle est créancière peut se faire consentir un gage, pourvu qu'elle ait la capacité de s'engager. Pour le constituant, c'est toute personne qui peut donner un bien en gage pour sa dette ou pour la dette d'un tiers. Cette faculté est



subordonnée aux exigences du droit commun. Non seulement le constituant doit être propriétaire mais il doit avoir la capacité et le pouvoir de constituer une sûreté. La capacité requise cependant n'est pas seulement celle de s'obliger, mais encore celle d'aliéner le bien concerné. L'absence de capacité entraîne la nullité relative du contrat. Le mandat donné pour consentir un gage doit être exprès.

## **B. LES FORMALITES**

Il s'agit d'une part de l'exigence d'un écrit et d'autre part de la dépossession du constituant. En application des articles 948, 950, 904, 961, et 969 du code civil algérien, le contrat de gage n'est opposable aux tiers que par dépossession et que si l'acte a été constaté par un écrit dûment enregistré, portant date certaine et contenant indication de la somme due ainsi que l'espèce, la nature et la quantité des biens meubles donnés en gage.

Le gage étant un contrat réel, l'écrit n'est pas une condition de validité mais de preuve et surtout d'opposabilité. Ainsi, et selon les articles 118, 120, et 121 du code de commerce algérien et l'article 975 du code civil algérien, le gage portant sur des meubles corporels ne confère de droit réel au créancier gagiste qu'autant que l'acte conclu entre les parties a été inscrit puis signifié au débiteur de la créance gagée, ou acceptée par lui dans un acte authentique. A défaut d'inscription, le droit du créancier gagiste est inopposable à un ayant cause particulier de l'acquéreur, même si cet ayant cause a eu personnellement connaissance de l'existence du gage<sup>536</sup>.

En droit civil français et après la réforme de 2006, l'écrit est devenu une condition de validité du gage qui devient un contrat solennel. La nature de l'écrit, selon l'article 2336 du code civil français, importe peu. Il peut s'agir d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique, et l'écrit n'a pas à être enregistré puisque l'opposabilité est liée à la dépossession<sup>537</sup>.

Le contrat de gage, selon les articles 948, et 951 du code civil algérien ne produit effet que si la chose gagée est effectivement remise au créancier ou à une tierce personne choisie par les parties (l'entièrement). La dépossession est donc l'élément caractéristique du gage.

---

<sup>536</sup> Le crédit & ses garanties, op.cit., p. 427.

<sup>537</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 349.

Le gage est un contrat réel qui se forme par la remise de la chose comme le prêt et le don manuel. En l'absence de remise, il n'y a pas de gage, tout au plus il pourrait y avoir promesse de gage.

En droit français, et après la réforme du droit des sûretés en 2006, lorsque le gage est sans dépossession, c'est la publicité qui rend la garantie opposable aux tiers<sup>538</sup>.

Du fait de la remise, le créancier se trouve en possession de la chose. C'est cette possession qui fonde le gage et en fait la force. Le droit de rétention du gagiste est en principe invincible en l'absence du paiement, même dans les procédures collectives. L'article 293 du code de commerce algérien prévoit à cet effet que le gage ne peut être retiré en cas de liquidation des biens que contre paiement de la dette.

La dépossession remplit plusieurs fonctions. En plus d'être une condition de naissance du gage, elle donne au créancier l'assurance de pouvoir faire valoir ses droits sur le bien nanti<sup>539</sup>. Elle permet de prévenir le public que le bien est grevé d'un droit au profit d'un tiers ; par conséquent, le créancier peut opposer son droit aux tiers. Elle délimite l'assiette de la garantie surtout pour les choses de genre, évite le risque de détournement du gage en permettant de s'assurer que la chose gagée ne disparaîtra pas du fait du propriétaire avant l'échéance de la dette. Surtout, la dépossession attire l'attention du constituant sur la gravité de son acte. En l'absence de paiement de la dette garantie, le bien engagé peut, à terme, sortir du patrimoine du constituant. La dépossession joue ici un rôle équivalent à celui de l'acte notarié dans l'hypothèque ou de la mention manuscrite dans le cautionnement.

Le créancier gagiste reste en possession du bien jusqu'à sa restitution ou sa réalisation. Ceci entraîne comme conséquence que la restitution volontaire au propriétaire entraîne disparition du gage mais les parties peuvent prévoir une remise provisoire. De même, il y a possibilité de prévoir la substitution en cours d'exécution de la chose gagée par une autre. Ceci permet par exemple d'éviter le déperissement lorsque le gage porte sur les marchandises.

Les modalités de la dépossession varient selon qu'il s'agit des meubles corporels ou incorporels. Pour les meubles corporels, elle est réalisée par la tradition c'est-à-dire la remise manuelle de la chose au gagiste. Cette remise doit être effective, apparente et non équivoque.

---

<sup>538</sup> Dominique LEGEAIS, *op.cit.* p. 353.

<sup>539</sup> Le crédit & ses garanties, *op.cit.* p. 426.

Le gage ne saurait naître de la seule apposition sur le bien d'une plaque ou d'une pancarte indiquant qu'il est nanti. Pour les meubles incorporels, la remise matérielle est remplacée par d'autres procédés que sont la signification ou l'acceptation de la créance. Il peut arriver exceptionnellement que la dépossession se fasse sans remise matérielle parce que les parties en ont aménagé autrement les modalités. Exemple : le gagiste se fait consentir par le débiteur un bail sur le local où sont entreposées les marchandises données en gage.

## **II. LES EFFETS DU GAGE**

Le créancier gagiste bénéficie de plusieurs prérogatives, mais il est également tenu de certaines obligations relatives aux biens à lui a été remis en gage. Le non paiement de la créance sur laquelle se grève le gage peut entraîner la réalisation de celui-ci. Si elle n'est pas réalisée, la sûreté s'éteint.

### **A. PREROGATIVES ET OBLIGATIONS DU CREANCIER GAGISTE**

Les prérogatives (1) dont bénéficie le créancier gagiste ont pour contrepartie les obligations (2) qui pèsent sur lui.

#### **1) Les prérogatives :**

Le créancier gagiste bénéficie du droit de rétention, du droit de suite et du droit de préférence.

##### **a). Le droit de rétention :**

Cette prérogative est reconnue expressément au gagiste par l'article 200 du code civil algérien et lui permet de retenir la chose tant qu'il n'a pas été intégralement payé. Le droit de rétention peut être opposé au constituant même si le bien est entre les mains d'un tiers. Il peut l'être également aux acquéreurs de la chose ou aux créanciers du constituant.

Le droit de rétention est indivisible en ce sens que le créancier (une banque par exemple) peut retenir la chose tant qu'il n'a pas été intégralement payé, alors même qu'un paiement partiel aurait été effectué et que la chose donnée en gage pourrait être divisée. Le

gage est indivisible, et le constituant ne peut exiger la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé tant en principal qu'intérêts et frais, la dette garantie<sup>540</sup>.

**b). Le droit de suite :**

Comme le créancier hypothécaire, et selon les dispositions de l'article 202 / al.2 et 970 du code civil algérien, le créancier gagiste bénéficie d'un véritable droit de suite. En tant que possesseur, il peut aussi opposer son droit aux acquéreurs successifs et, surtout, s'il est dépossédé involontairement de la chose, à son insu, ou malgré son opposition, il peut la revendiquer comme un possesseur de bonne foi, et cela dans les délais.

**c). Le droit de préférence :**

En application de l'article 971 du code civil algérien, le créancier gagiste bénéficie du droit de préférence sur le prix de la chose vendue ou sur l'indemnité qui lui est substituée en cas de perte ou de destruction.

Le droit de préférence couvre non seulement le principal de la dette mais aussi les intérêts et les frais qui seront accordées à la banque créancière. Il s'exerce conformément à l'article 997 du code civil algérien. Entre créanciers gagistes eux-mêmes, l'ordre de paiement dépend de l'ordre d'inscription du gage et à défaut d'inscription de l'ordre de constitution.

**2) Les obligations :**

Le créancier nanti ne peut user du bien remis en gage. Il est tenu de le conserver et surtout de le restituer.

**a). Le non usage :**

Le créancier gagiste ne peut se servir de la chose donnée en gage. La solution est fondée sur l'article 978 du code civil algérien qui rapproche le créancier gagiste du dépositaire qui reçoit une chose en dépôt. Il ne peut ni user de la chose, ni la mettre au service d'un tiers. La règle n'est cependant pas d'ordre public. Le gagiste n'a pas non plus droit aux fruits. S'il les perçoit, il doit les conserver comme le principal du gage sauf pour les gages

---

<sup>540</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 355.

portant sur créance car dans ce cas, l'article 978 al.1 du code civil algérien précise que le créancier gagiste les perçoit et les impute sur ceux qui peuvent lui être dus et à défaut sur le capital.

Au terme de l'article 981 du code civil algérien et lorsque la créance donnée en gage vient à échéance avant que le créancier puisse réaliser sa propre créance, il la reçoit jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû. Pour le surplus, il est considéré comme le mandataire du débiteur.

#### **b). La conservation :**

Le créancier gagiste ou le tiers doit conserver et en bon état, le bien qui lui est remis. Cela s'explique par le fait qu'à l'échéance, il est tenu de le restituer au propriétaire en cas de paiement. De ce fait, il est tenu responsable en cas de perte ou de détérioration de la chose due à sa faute ou du fait de sa négligence. Il doit la conserver et apporter à la chose les soins qu'elle nécessite. S'il a une obligation de conservation, il ne supporte pas en principe les frais qui en découlent car, au terme des articles 978 et 200 al.2 du code civil algérien, il doit être remboursé des dépenses utiles et nécessaires faite pour la conservation qu'on appelle aussi les impenses. La conservation n'emporte pas nécessairement l'obligation de faire assurer la chose. La méconnaissance des obligations de conservation entraîne la responsabilité du créancier gagiste. Cependant, exceptionnellement, et selon les dispositions de l'article 971 du code civil algérien, si la chose menace de périr, le créancier peut la faire vendre et exercer son droit de préférence sur le prix.

#### **c). La restitution :**

Le créancier gagiste ou le tiers convenu est tenu de restituer la chose lorsque, à l'échéance, la créance garantie et éventuellement les dépenses utiles et nécessaires qui ont été engagées sont entièrement payées. La restitution s'impose même en cas d'existence d'une seconde créance lorsque les conditions des articles 969 et 975 du code civil algérien ne sont pas remplies. En raison de l'indivisibilité du gage qui joue même en cas de division successorale de la dette ou de la créance, le paiement partiel n'entraîne pas restitution partielle même s'il s'agit de marchandises divisibles.

La restitution porte sur les biens remis ainsi que les accessoires et les fruits ou produits perçus sur le bien et sur les sommes venues en remplacement ou les objets substitués. S'il

s'agit des choses fongibles, le créancier doit remettre la même quantité de choses de même nature.

Le défaut de restitution, la restitution incomplète ou le retard dans la restitution entraîne la responsabilité contractuelle du créancier ou tiers convenu dans les conditions du droit commun<sup>541</sup>.

## **B. LA REALISATION DU GAGE**

Lorsque le débiteur ne paye pas à l'échéance, le créancier peut continuer à exercer son droit de rétention mais, pour obtenir paiement, il doit réaliser le gage. Il bénéficie pour cela d'une situation favorable ; aux termes de l'article 973 du code civil algérien, il dispose d'une option : faire vendre la chose ou en demander l'attribution.

La vente est prévue par l'article 973 al.1 du code civil algérien. Étant en possession du bien, le créancier n'a pas à exercer la saisie et peut donc directement demander à la justice d'ordonner la vente. C'est le président du tribunal qui ordonnera cette vente sur les stipulations des articles 704 et suivant du code de procédure civile et administrative. Les articles 702 et 703 de ce dernier ne peuvent être appliqués puisque le créancier est possesseur du bien. Celle-ci a lieu aux enchères publiques après la sommation faite au débiteur de payer. La vente peut également être faite à l'amiable mais la clause de voie parée est interdite.

L'article 973 du code civil algérien permet au créancier gagiste de faire ordonner en justice que le bien grevé lui demeurera en paiement après une estimation faite par expert désigné à l'amiable ou judiciairement ou suivant les cours pour les biens qui font souvent l'objet de transactions sur les marchés internationaux tels que les matières premières. Cette estimation est destinée à éviter la sous évaluation du bien, elle ne s'impose donc pas lorsque le gage porte sur des espèces (somme d'argent). Si la valeur du bien est supérieure au montant de la créance, le gagiste est tenu de verser la différence au débiteur. Si à l'inverse, la valeur du bien est inférieure au montant de la créance, il reste créancier chirographaire pour le reliquat c'est-à-dire que l'attribution ne libère pas le débiteur.

---

<sup>541</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit. p. 569.

En cas de pluralité de gagistes sur un même bien, il faut admettre que seul le gagiste de premier rang peut demander l'attribution judiciaire. Le pacte comissoire, clause qui autoriserait à l'avance le créancier à conserver de plein droit l'objet du gage en paiement, est prohibé.

En droit français, et après la réforme de 2006<sup>542</sup>, l'article 2348 du code civil dispose qu' « *il peut être convenu lors de la constitution du gage ou postérieurement qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie, le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.* ».

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Cependant, la prohibition du pacte comissoire demeure lors d'un jugement ouvrant la procédure de sauvegarde. C'est ce qu'il est prévu par l'article 37 de l'ordonnance modifiant l'article L. 622-7 du code de commerce français.

Lorsqu'une procédure collective ouverte contre le débiteur, la faculté d'attribution judiciaire ne peut être mise en œuvre pendant la période d'observation. Elle se heurte à la règle de l'interdiction des paiements et des voies d'exécutions. Elle ne peut pas plus être mise en œuvre dans le cadre de redressement dès lors que le gage garantit le paiement d'une créance antérieure au jugement d'ouverture.

En cas de liquidation des biens, la réalisation du gage est faite par le liquidateur, souvent un expert commissaire aux comptes.

Toujours en droit français, la faculté d'attribution judiciaire exercée par le créancier est plus importante que de faire vendre le bien pour faire jouer le privilège. L'attribution permet en effet au créancier d'éviter le concours avec d'autres créanciers. En présence d'une caution, cette faculté tend à devenir une obligation, faute de quoi, le bénéfice de subrogation peut être invoqué par elle pour préjudice<sup>543</sup>.

---

<sup>542</sup> La jurisprudence de la Cour de cassation française admettait le pacte comissoire en matière de gage espèces, et cela bien avant la réforme du droit des suretés en 2006. Cass. com., 9 avril 1996 : D. 1996, jur. P. 399, note Ch. Larroumet.

<sup>543</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 358.

### **III. L'EXTINCTION DU GAGE**

Le gage peut s'éteindre par voie principale (A) ou par voie accessoire (B).

#### **A. L'EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE**

L'extinction du gage peut résulter de la renonciation du créancier au gage. Elle peut être expresse lorsque la chose est volontairement restituée au débiteur ou au tiers constituant ou lorsque le tribunal ordonne la restitution mais elle peut être également tacite. Dans un cas comme dans l'autre, le créancier devient chirographaire. Par contre, la perte fortuite de la chose n'entraîne pas l'extinction du gage (ex. incendie survenu au local abritant les biens gagés), elle emporte subrogation dans l'indemnité d'assurance s'il en existe. Mais, si la perte résulte de la faute du créancier (ex. en cas de négligence), celui-ci doit indemniser le constituant, l'indemnité pouvant se compenser avec la dette. Le gage peut enfin s'éteindre par déchéance lorsqu'il y a utilisation abusive de la chose gagée.

#### **B. L'EXTINCTION PAR VOIE ACCESSOIRE**

Accessoire d'une créance dont il garantit l'exécution, le gage s'éteint avec elle en cas de paiement, compensation, remise de dette, etc.... De même l'anéantissement de la créance par annulation ou résolution emporte restitution du gage. Exceptionnellement, le gage survit à la créance en cas d'existence d'une seconde dette dans les conditions de l'article 969 du code civil algérien.

### **IV. LE NANTISSEMENT DU MATERIEL D'EQUIPEMENT ET DE L'OUTILLAGE**

Le Code de commerce algérien révisé, a rendu possible la mise en gage du matériel et de l'outillage suivant le même système que le nantissement du fonds de commerce. Ce gage a été conçu, pour favoriser la modernisation des entreprises en les aidants à augmenter leurs garanties pour les crédits, qu'elles peuvent obtenir auprès des vendeurs d'équipement, des banques ou encore des sociétés de leasing, qui finance des achats de matériel au comptant<sup>544</sup>.

---

<sup>544</sup> Tahar Hadj SADOK, op.cit., p. 134.



Il s'agit d'une garantie mobilière sans dépossession du débiteur, constitué sur l'outillage et le matériel achetés en garantie d'un prêt, dont l'objet vise à permettre l'acquisition de cet outillage ou matériel. Son régime est plus proche du gage que de l'hypothèque<sup>545</sup>. Le nantissement conclu pour garantir des dettes commerciales est prouvé par tous les moyens de preuve acceptables en matière commerciale, que se soit pour les contractants ou pour les tiers<sup>546</sup>. La possession se fait, sans contradiction avec les articles 151 et 152 du code de commerce algérien, et en application de l'article 948 du Code civil algérien, sur les titres représentant les biens nantis<sup>547</sup>.

L'article 151 du Code de commerce algérien réserve le bénéfice du nantissement du matériel et de l'outillage au vendeur ou au prêteur qui en a avancé les fonds nécessaires au paiement du vendeur. Le gage a nécessairement pour assiette l'outillage et le matériel d'équipement neuf ou d'occasion. Dans l'octroi de crédits d'équipement, peuvent intervenir des garants comme caution, donneur d'aval, ou comme endosseur. Ils sont subrogés de plein droit aux créanciers<sup>548</sup>.

Le législateur algérien fait la différence entre acquéreur qui a la qualité de commerçant et celui qui ne l'a pas. Pour le commerçant, le nantissement est soumis aux règles édictées relatives à la vente et au nantissement des fonds de commerce et par les textes subséquents, sans qu'il soit nécessaire d'y comprendre les éléments essentiels du fonds.

Le nantissement est consenti, au moyen d'un acte authentique ou seing privé enregistré au droit fixé. L'acte doit être inclus dans l'acte de vente ou de prêt. Il doit mentionner, à peine de nullité, que les deniers versés par le prêteur ont pour objet d'assurer le paiement du prix des biens acquis<sup>549</sup>. Il doit être inscrit, à peine de nullité, dans les trente (30) jours de la date de l'acte constitutif, et au plus tard dans le délai d'un mois à compter du jour de la livraison du matériel d'équipement sur les lieux où il doit être exploité, sur un registre tenu par le centre national du registre de commerce et aux préposés du centre national du

---

<sup>545</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 372.

<sup>546</sup> علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة قانونية - دراسة لعمليات المصارف في القضاء المصري و الفرنسي و تشريعات البلاد العربية، منشورات دار النهضة العربية 1969، ص. 671.

<sup>547</sup> علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 672؛ 215، p. Mostépha TRARI TANI, op.cit.,

<sup>548</sup> Article 152 AL.5 du Code de commerce algérien.

<sup>549</sup> Article 152 AL.4 du Code de commerce algérien.

registre de commerce<sup>550</sup>. Le législateur a donc solutionné des difficultés qui pouvaient apparaître lorsque la livraison du matériel se place juridiquement avant l'arrivée du matériel entre les mains de l'acheteur<sup>551</sup>.

Le nantissement prendra rang à la date de son inscription. Son inscription conserve le privilège pendant cinq années à compter de sa régularisation définitive. Il peut être renouvelé deux fois pour cinq ans chaque fois<sup>552</sup>.

## **A. Droits du créancier**

Le créancier dispose du droit de préférence qui lui permet d'être payé, en priorité, et en fonction de son rang d'inscription sur le prix de vente du matériel nanti. Il n'est primé que par le privilège du trésor, des frais de justice, celui des frais faits pour la conservation de la chose et par le super privilège accordé aux salariés par les textes en vigueur.

Le créancier nanti a un privilège qui est exercé à l'encontre de tout créancier hypothécaire et par préférence au privilège du vendeur du fonds de commerce à l'exploitation duquel est affecté le bien grevé ainsi qu'au privilège du créancier nanti sur l'ensemble dudit fonds<sup>553</sup>. Il n'est opposable qu'après signification aux dits créanciers dans les deux (2) mois de la conclusion de nantissement, par acte extrajudiciaire, et sous peine de nullité, une copie de l'acte constatant le nantissement<sup>554</sup>.

Aussi, le créancier bénéficiaire du nantissement a également un droit de suite qui lui permet de saisir le bien en cas de revente. Ce droit n'est cependant pleinement opposable aux tiers qu'en cas d'apposition d'une plaque fixée à demeure<sup>555</sup> indiquant le lieu, la date et le

---

<sup>550</sup> Articles 120, 121, et 153 du Code de commerce algérien.

<sup>551</sup> Tahar Hadj SADOK, op. cit., p.135.

<sup>552</sup> Article 161 du Code de commerce algérien.

<sup>553</sup> Article 159 AL.2 du Code de commerce algérien.

<sup>554</sup> Article 159 AL.3 du Code de commerce algérien.

<sup>555</sup> Une plaque auto-adhésive n'est pas conforme à cette exigence de fixation à demeure (Aix-en-Provence 22 juin 1993, JCP, 1993. I. 3765, obs. Ph. DELEBECQUE).

numéro d'inscription du privilège dont sont grevés les biens nantis<sup>556</sup>. Sinon, le tiers acquéreur qui possède et détient paisiblement le bien nanti peut opposer au créancier les actions possessoires qui lui sont ouvertes<sup>557</sup> par application des dispositions des articles 835, et 836 du Code civil<sup>558</sup>.

L'efficacité de ce gage est très relative puisque la valeur du matériel se réduit rapidement dès lors qu'il a connu une première utilisation. L'assiette des droits du créancier sera déterminée sur le prix de l'occasion et non du neuf. Aussi, certains matériels sont difficiles à vendre pour des raisons d'usage spécifique ou si la vente se fera devant le tribunal. En effet, la réalisation du gage deviendra très couteuse pour une vente forte aléatoire.

Enfin, le matériel nanti peut être vendu par le débiteur en fraude des droits du créancier et au risque de poursuites pénales prévues par l'article 167 du Code de Commerce algérien et l'article 364 AL.3 du Code pénal algérien<sup>559</sup>. Plusieurs condamnations pour dilapidation de biens nantis ont été enregistrées pour des affaires de prêts bancaires à l'acquisition de matériels, et qui demeure encore non honorés. L'infraction peut être établie même si l'acte de nantissement est entaché de nullité<sup>560</sup>.

S'il ne peut pas prouver que l'acquéreur a acquis le matériel en connaissance de l'existence du nantissement, le créancier sera démuné de sa garantie. L'apposition des plaques en application de l'article 154 du Code de commerce algérien constitue une garantie très

---

<sup>556</sup> Article 154 du Code de commerce algérien.

<sup>557</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit. p. 373.

<sup>558</sup> Article 2279 du Code civil français ; CA AIX, 22 juin 1993 : JCP E 1994, I, 3765, n° 22, obs. Ph. DELEBECQUE.

<sup>559</sup> L'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant code pénal modifiée et complétée par la loi du 04-15 du 10 novembre 2004, J.O.R.A. n° 71 du 10 novembre 2004.

- محكمة سيدي بلعباس، القسم الجزائري 2007/05/28، الملف رقم 07/3963، قضية البنك الجزائري للتممية ضد/ع.ب، حكم غير منشور مؤيد بالقرار الصادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس - الغرفة الجزائرية بتاريخ 2008/04/08 تحت رقم جدول 07/9615، أين أدين المتهم لأجل تبديد أشياء مرهونة وفقا لنص المادة 3/364 من قانون العقوبات.

محكمة حمام بوحجر، القسم الجزائري 2008/03/03، قضية البنك الجزائري للتممية ضد/تعاونية خ.ب.د، حكم غير منشور مؤيد بالقرار الصادر عن مجلس قضاء سيدي بلعباس - الغرفة الجزائرية بتاريخ 2009/10/19 تحت رقم جدول 09/7026، أين أدين المتهم لأجل تبديد أشياء مرهونة وفقا لنص المادة 3/364 من قانون العقوبات.

<sup>560</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء 1، منشورات دار هومة 2009، ص. 306.

relative puisqu'il suffit de les faire disparaître pour empêcher toute preuve de mauvaise foi contre le vendeur et/ou l'acquéreur<sup>561</sup>.

Pendant la période d'observation, le créancier ne peut faire valoir aucun droit sur le matériel nanti, il ne peut notamment pas demander l'attribution judiciaire du gage. En cas de redressement judiciaire, le créancier nanti se trouve soumis aux délais fixés par le tribunal. Lors d'un plan de cession, c'est le cessionnaire qui se substitue au débiteur dans la charge des échéances de prêt restant dues au titre du financement du matériel nanti<sup>562</sup>.

En cas de liquidation judiciaire, le créancier nanti peut demander au tribunal l'attribution judiciaire du matériel nanti à son profit, pour éviter d'être payé après certains créanciers privilégiés. Le privilège du créancier gagiste prime, en application de l'article 293 AL.3 du Code de commerce algérien, tout autre créancier privilégié ou non. En droit français, depuis une loi du 10 juin 1994 modifiant le Code de commerce, et en cas de liquidation, les dettes nées après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ne priment plus celles qui sont garanties par un nantissement sur le matériel et l'outillage. Avant 1985, le créancier avait un droit de rétention sur les biens nantis<sup>563</sup>. Mais par une disposition particulière de la loi du 25 janvier 1985, par application de l'article 159 AL. 3, et en cas de liquidation judiciaire, le créancier bénéficie d'une faculté d'attribution spéciale des biens nantis<sup>564</sup>.

Il est très intéressant de voir que depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, et par le nouveau article 2348 du Code civil français, le législateur français, en alignant la loi française sur celle d'un grand nombre de pays étrangers, reconnaît la validité du pacte comissoire ; convention par laquelle est convenu que le bien gagé sera, en cas de défaillance du débiteur, attribué en paiement au créancier<sup>565</sup>.

Enfin, le gage ou le nantissement de matériel et d'outillage a aujourd'hui perdu beaucoup de ses intérêts. Un grand nombre de matériels sont en effet financés par la technique du crédit-bail. Il est également admis que la réserve de propriété puisse porter sur ce type de

---

<sup>561</sup> Michel MATHIEU, *op.cit.* p. 234.

<sup>562</sup> Michel MATHIEU, *op.cit.* p. 234.

<sup>563</sup> Cass. ass. Plén., 26 oct. 1984 : D. 1985, 33, Conc. CABANNES, note F. DERRIDA.

<sup>564</sup> Cass. com., 28 janv. 1997 : JCP E 1997, I, 673 n° 21, obs. Ph. DELEBECQUE.

<sup>565</sup> Christian GAVALDA, Jean STOUFFLET, *op.cit.* p. 489.

bien. Ces dernières garanties sont très recherchées car le créancier resté propriétaire n'a pas alors à subir les conséquences de l'ouverture de la procédure collective. Or le créancier nanti doit attendre la liquidation judiciaire pour solliciter l'attribution judiciaire.

## **§. 2 NANTISSEMENT DES BIENS INCORPORELS**

Les nantissements ou les gages portant sur les biens incorporels sont assez nombreux. Le code civil précise leurs régimes. Toutefois, le régime du gage de créances (I) reste inadapté puisque toujours calqué sur celui des biens corporels. D'autres nantissements spéciaux (II) existent dans le code de commerce, le code de procédure civile et administrative, et dans d'autres législations sur les marques et brevets... etc.

### **I. LE GAGE DES CREANCES**

L'article 975 /al.1 du code civil dispose que : « *la mise en gage d'une créance n'est opposable au débiteur qu'après la notification ou l'acceptation prévues à l'article 241* ». Ainsi le gage de créances est traditionnellement présenté comme une garantie réelle.

Une créance appartenant à un débiteur est affectée en garantie d'un rapport juridique principal. Le créancier gagiste jouit donc d'un droit sur la valeur de ce bien. Mais d'un autre côté, le créancier ne peut mettre en œuvre son droit qu'en agissant contre un tiers qui est débiteur de la créance gagée (nantie)<sup>566</sup>. C'est dire que le gage lui confère un droit sur le patrimoine d'une autre personne que le débiteur. De ce point de vue, le gage de créances s'apparente à une sûreté personnelle. C'est pourquoi certains auteurs pensent qu'il s'agit d'une sûreté ou garantie mixte.

Contrairement aux dispositions de l'article 2356 du Code civil français qui énonce la possibilité d'avoir pour assiette une créance présente ou futur, le gage de créance en droit algérien ne pourrait porter que sur une créance présente. Il peut porter sur une fraction de créance, sauf si celle-ci est indivisible. Le nantissement (le gage) s'étend aux accessoires de la créance, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

---

<sup>566</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 377.

Pour que le gage de créance soit opposable aux tiers, il doit, selon l'article 969 du code civil, être constitué par écrit en désignant les créances garanties et les créances gagées (nanties). Le droit du gage algérien exige que le créancier soit en mesure de posséder le bien gagé. La solution fut la signification du gage au débiteur ou à la remise du titre constatant la créance.

L'écrit comporte une date certaine, et le rang du créancier gagiste est déterminé en fonction de cette dernière.

Toujours selon l'article 975 du code civil algérien, le gage de créance doit être notifié au débiteur de la créance gagé par acte extra-judiciaire pour lui être opposable. Ce dernier peut aussi accepter cette cession. Le gage de la créance prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte<sup>567</sup>. Si le débiteur n'est pas informé, seul le constituant, créancier du débiteur, reçoit valablement paiement de la créance.

Il est important de constater que le législateur algérien comme son homologue français<sup>568</sup> ne s'est pas préoccupé des problèmes épineux que fait surgir l'échéance de la créance donnée en gage, problèmes qui se posent en termes différents en fonction de la chronologie des échéances respectives des deux créances impliquées dans le rapport juridique<sup>569</sup>. La créance gagée n'est pas toujours exigible à la même date que la créance garantie.

Lorsque l'échéance de la créance engagée est antérieure à celle de la créance garantie. Le constituant ne peut pas percevoir seul le montant de la créance car il disposerait ainsi d'un bien dont il s'est dessaisi. Quant au bénéficiaire, il ne peut s'approprié la somme car cet acte équivaudrait à une réalisation du gage alors que la créance garantie n'est pas exigible ; il n'est pas habilité non plus à recevoir seul le paiement, puisqu'il n'a pas un droit exclusif sur la créance.

Lorsque l'échéance de la créance engagée est postérieure à celle de la créance garantie. En théorie, le gagiste doit recourir aux modes de réalisation du droit commun : vente

---

<sup>567</sup> Article 241 du code civil algérien.

<sup>568</sup> La réforme de 2006 du droit français des sûretés s'est penché sur la question est a désormais énoncé les solutions de mise en œuvre de la garantie (gage de créance).

<sup>569</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 572.

aux enchères ou attribution à dire d'experts. Le second de ces modes sont tout à fait inadaptés à la situation, parce qu'ils imposent des formalités lourdes et onéreuses sans qu'elles soient véritablement utiles<sup>570</sup>.

Le droit des sûretés français, et après la réforme de 2006, énonce des solutions claires. Si la créance n'est pas échue, le créancier nanti (gagé) conserve les sommes payées sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir, à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée.

En cas de défaillance du débiteur de la créance gagé (nantie) et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées. Ce dernier peut attendre l'échéance de la créance nantie (gagé) pour percevoir le montant. Si une somme supérieure à la dette garantie a été versée au créancier nanti, celui-ci doit la différence au constituant. Le créancier nanti dispose de la faculté de se faire attribuer les créances données en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. Il est aussi important de savoir que le pacte commissoire n'est plus prohibé depuis la réforme de 2006 des sûretés, car avant la pratique était de faire insérer dans les contrats constitutifs une clause de cession ou de délégation conditionnelle pour défaut de paiement de la créance garantie. Cela s'expliquait par le fait que les constituants ne tireraient aucun bénéfice concret de la prohibition<sup>571</sup>.

A l'opposé du législateur algérien, le législateur français avait pensé à travers la loi Dailly<sup>572</sup> un régime spécial pour la garantie des crédits bancaires. Ainsi Pour l'obtention d'une cession ou d'un nantissement de créances professionnelles, les établissements de crédit ont recours à des formules très simples par l'établissement d'un bordereau dit « Dailly ». Ce document doit être daté et signé par le cédant ou le constituant et indiquer la nature de l'opération (cession ou nantissement) ; il peut regrouper plusieurs créances qu'il énumère ou qu'il désigne par référence à un support informatique ou elles sont constatées<sup>573</sup>. La loi « Dailly », utilisée à titre de garantie, permet de transférer à la banque la propriété de créances

---

<sup>570</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., pp. 572 et 573.

<sup>571</sup> Ibid.

<sup>572</sup> Au nom du parlementaire qui avait présenté le rapport sur la proposition de loi qu'il avait déposée. Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 « loi Dailly » complétée par un décret d'application n° 81-862 du 9 septembre 1981. Cette loi a été modifiée par la loi « bancaire » du 24 janvier 1984 facilitant le crédit aux entreprises.

<sup>573</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, op.cit., p. 574.

détenues par son débiteur, sur une ou plusieurs personnes, pour assurer le bon dénouement d'une opération financière préalable<sup>574</sup>.

C'est une opération tripartite, au cours de laquelle interviennent : - le cédant, c'est-à-dire l'emprunteur, propriétaire de créances qu'il va céder à la banque ; - le cessionnaire, c'est-à-dire la banque ; - le débiteur cédé, c'est-à-dire le client du cédant, celui qui est en relation d'affaires avec lui.

Ce procédé, actuellement régi par le Code monétaire et financier français<sup>575</sup>, présente plusieurs avantages pour les banques comme pour les entreprises. Mais, il ne peut être utilisé que pour les créances sur des personnes morales de droit public ou de droit privé et les créances sur des personnes physiques nées dans l'exercice de leur activité professionnelle<sup>576</sup>.

Il permet, d'une part de transmettre plusieurs créances grâce à un même titre, ce qui permet de rationaliser le traitement des opérations de mobilisation et d'en abaisser le cout, et aussi faire bénéficier les entreprises d'un crédit moins onéreux<sup>577</sup>. D'autre part, le bordereau *Dailly* permet de céder des créances selon un mode simplifié, sans accomplissement des formalités relative à la cession de créance. Dans la ligne de la loi *Dailly*, l'article 2356 du Code civil français reconnaît la possibilité de nantir par un même acte plusieurs créances. Le nantissement de créance doit être, à peine de nullité, conclu par écrit. Cet écrit doit désigner les créances nanties. S'il s'agit de créances futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci, tel que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance<sup>578</sup>.

## **II. Le nantissement de biens incorporels spéciaux**

Certains nantissements portant sur des meubles incorporels autres que des créances font l'objet de dispositions spéciales. Tel est notamment le cas des nantissements des parts de sociétés (C), du fonds de commerce (A), du nantissement judiciaire (B), du nantissements des

---

<sup>574</sup> Michel MATHIEU, op.cit., p. 241.

<sup>575</sup> Art. L 313-23 et s., art. R 313-15 et s., Code monétaire et financier français.

<sup>576</sup> Michel MATHIEU, Préc.

<sup>577</sup> Thierry BONNEAU, op.cit., p. 444.

<sup>578</sup> Christian GAVALDA, Jean STOUFFLET, op.cit., p. 490.



valeurs mobilières et instruments financiers (D), des brevets et des marques (E), ou encore de marchés publics (F).

## **A. LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE**

Le nantissement de fonds de commerce est régi par les articles de 118 à 148 du code de commerce. Il est un gage sans dépossession, c'est-à-dire que malgré la constitution d'une garantie, le débiteur reste en possession de son bien. Cela se justifie par plusieurs raisons : d'abord, par sa nature, il est un instrument de travail essentiel dont le débiteur commerçant ou l'entreprise ne peut se priver ; il doit pouvoir continuer à exercer son activité malgré la constitution du nantissement; ensuite, la valeur du fonds de commerce et donc de la garantie qu'elle donne est liée à son exploitation qui ne peut être mieux assurée que par le propriétaire du fonds lui-même ; enfin, le fonds de commerce est un bien dont la localisation dans l'espace est possible.

Le nantissement du fonds de commerce n'est pas une sûreté spéciale qui ne bénéficie qu'à certains créanciers. C'est une sûreté conventionnelle qui peut être consentie par le propriétaire du fonds à tout créancier quelque soit la nature de sa créance.

### **1. CONSTITUTION**

Pour donner un fonds de commerce en nantissement, il faut d'abord en être propriétaire. Celui qui accorde au créancier cette sûreté doit être titulaire d'un droit réel sur le fond (droit de propriété ou droit d'usufruit .....)<sup>579</sup>. Cette condition peut paraître évidente et surabondante, mais elle a ici pour conséquence principale d'interdire au locataire-gérant d'affecter en garantie le fonds qu'il exploite. Seul le propriétaire bailleur qui peut consentir un nantissement. Techniquement, le nantissement est organisé comme une hypothèque mobilière. Il est rendu opposable aux tiers par une inscription. Le propriétaire n'est pas tenu de se dessaisir du fonds, ce qui serait antiéconomique et il peut continuer à l'exploiter<sup>580</sup>.

---

<sup>579</sup> Le crédit & ses garanties, op.cit., p. 610.

<sup>580</sup> Jean-Bernard BLAISE, Droit des Affaires, L.G.D.J – Lextenso éditions, 5ème édition 2009, p. 290.

L'article 119 du code de commerce algérien énumère les biens susceptibles d'être compris dans le nantissement comme faisant partie d'un fonds de commerce : l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés.

Selon les dispositions de l'article 119 AL.3 du code de commerce algérien, et a défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

En ce qui concerne le droit au bail, si le propriétaire du fonds de commerce l'exploite dans son immeuble, il ne peut, dans ce cas, être titulaire d'un droit au bail contre lui-même. Si par la suite le fonds est vendu à la demande du créancier nanti ; l'adjudicataire ne pourra pas prétendre avoir un droit au bail contre le propriétaire des lieux<sup>581</sup>.

Le matériel et l'outillage ne peuvent être compris dans l'assiette du nantissement de fonds lorsqu'ils sont devenus des immeubles par destination, c'est-à-dire lorsqu'ils ont été, physiquement ou juridiquement, rattachés aux murs et non plus au fonds et en sont devenus les accessoires (il s'agit, principalement, du cas où le propriétaire du fonds est aussi propriétaire des murs qui l'abritent et non simple locataire)<sup>582</sup>.

S'agissant des formalités, l'article 120 du Code de commerce algérien énonce que le nantissement est constitué par acte authentique. Mais, en application de l'article 123 de l'ordonnance n° 03-11 relatives à la monnaie et au crédit<sup>583</sup>, le nantissement de fonds de commerce en faveur des banques et des établissements financiers peut être effectué par acte sous seing privé dument enregistré. Cet acte doit comporter obligatoirement certaines mentions : noms et domicile des parties (créancier, débiteur ou tiers constituant), numéro d'immatriculation du débiteur au registre du commerce, désignation précise du fonds (siège et succursales), désignation des éléments nantis, montant de la créance en précisant les

---

<sup>581</sup> Jean-Bernard BLAISE, op.cit., p. 291.

<sup>582</sup> Le crédit & ses garanties, op.cit., p. 610.

<sup>583</sup> L'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit – J.O.R.A. n° 52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par l'article 107 de l'ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, J.O.R.A. n° 44 du 26 juillet 2009, et l'ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, J.O.R.A. n° 49 du 29 août 2010.

conditions d'exigibilité, l'élection de domicile du créancier. Le nantissement, par application de l'article 121 du code de commerce algérien doit être inscrit, sous peine de nullité, dans les 30 jours de la date de l'acte constitutif, sur un registre public tenu au greffe du tribunal dans le ressort duquel le fonds est exploité<sup>584</sup>.

Un arrêté du 04 octobre 1998 détermine la forme des bordereaux relatifs à l'inscription des privilèges liés à la vente et au nantissement du fonds de commerce<sup>585</sup>. Cette publicité confère au créancier un droit de suite, particulièrement utile en cas de cession du fonds de commerce. Il dispose également d'un droit de préférence sur le produit de la vente judiciaire du fonds<sup>586</sup>. Selon l'article 122 du code de commerce algérien, « *le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence* ».

Une formalité supplémentaire est prévue en droit français des sûretés : le créancier doit notifier l'inscription du nantissement au bailleur de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité lorsque cet immeuble n'appartient pas au propriétaire du fonds de commerce. Il s'agit à la fois d'une mesure d'information et de protection. Une fois informé, le bailleur sera tenu, le moment venu, de notifier son intention de résilier le bail aux créanciers inscrits qui peuvent alors faire une surenchère.

## **2. PROTECTION DU CREANCIER**

Le fonds de commerce nanti continue à être administré par le commerçant qui peut même en disposer. La nature spécifique du fonds de commerce prive le créancier de la faculté d'attribution judiciaire, car certaines qualités, dont celle de commerçant, sont nécessaires pour

---

<sup>584</sup> Par application du décret exécutif n°98-109 du 04 Avril 1998, les attributions exercées auparavant par les greffes des tribunaux, relatives à la tenue des registres publics des ventes et nantissements de fonds de commerce et aux formalités d'inscriptions des privilèges y afférents sont transféré au centre national du registre de commerce et aux préposés du centre national du registre de commerce.

<sup>585</sup> L'arrêté du 04 octobre 1998 déterminant la forme des bordereaux relatifs à l'inscription des privilèges liés à la vente et au nantissement du fonds de commerce, J.O.R.A n° 86 du 18 novembre 1998. P.18, annexe II. p. 20.

<sup>586</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 447.

être titulaire de ce type de bien<sup>587</sup>. Le créancier nanti, qui n'a pas la possession, ni réelle, ni fictive, du fonds de commerce, ne peut pas non plus exercer un droit de rétention<sup>588</sup>.

L'article 123 AL.4 du code de commerce algérien prévoit que les créanciers peuvent obtenir en justice la déchéance du terme des créances en cas de dépréciation du fonds de commerce. Ils peuvent aussi selon l'article 126 du code de commerce algérien demander, devant le tribunal dans le ressort duquel s'exploite le fonds, la vente du fonds de commerce 30 jours après sommation de payer faite aux débiteurs et au tiers détenteur, s'il ya lieu, demeurée infructueuse. La vente porte sur le fonds lui-même, le créancier inscrit ne peut certes s'y opposer, mais il peut, conformément à l'article 133 du code de commerce algérien former une surenchère, non compris le matériel et les marchandises, du 1/10e du prix global figurant dans l'acte de vente et de donner caution pour le paiement des prix et charges ou de justifier de solvabilité suffisante.

L'article 123 du code de commerce algérien énonce que si le commerçant à l'intention de déplacer le fonds, il doit en informer les créanciers au moins 15 jours à l'avance, par acte extrajudiciaire aux domiciles élus, en indiquant le nouvel emplacement. S'il ne respecte pas cette obligation, il y a déchéance du terme. Par ailleurs, il peut arriver que le propriétaire des locaux abritant le fonds envisage de résilier le bail, par exemple pour défaut de paiement des loyers. Dans ce cas, l'article 124 lui fait obligation de notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits et la résiliation ne produit effet qu'à l'expiration d'un délai de 1 mois suivant la notification. Pendant ce délai, les créanciers peuvent échapper aux conséquences de la résiliation en payant le propriétaire à la place du locataire. Tout créancier inscrit peut demander la vente du fonds aux enchères publiques. En l'absence de notification, la résiliation est inopposable aux créanciers.

Le créancier nanti bénéficie, comme les autres créanciers, du droit de suite et du droit de préférence. Il peut y renoncer mais la renonciation doit être claire et dénuée de toute équivoque<sup>589</sup>. A travers le droit de suite, le créancier dispose, lorsque le débiteur manque de payer sa créance à l'échéance, du droit de procéder à la vente forcée du fonds de commerce et

---

<sup>587</sup> Com. 13 oct. 1998, Bull. civ. IV, n° 233.

<sup>588</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., pp. 447 et 448.

<sup>589</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 383 ; Cass. com., 18 févr. 1997: JCP E 1997, I, 673 n° 22, obs. Ph. DELEBECQUE.

d'en recevoir le paiement pour le principal de la créance et les intérêts bancaires. Dans la pratique, le droit de suite est rarement mis en œuvre, car l'acquéreur du fonds peut s'affranchir des sûretés inscrites par une procédure de purge, comme en matière d'hypothèque. Il faut aussi souligner que le droit de suite ne s'exerce que sur la vente du fonds en entier et non sur ses différents éléments. Dans ce cas, il peut seulement y avoir déchéance du terme.

En droit français, la jurisprudence refuse toujours de reconnaître au créancier un droit de rétention<sup>590</sup>. Le créancier peut, par une procédure d'opposition entre les mains de l'assureur, obtenir de son débiteur délégation de l'indemnité d'assurance couvrant le risque d'incendie<sup>591</sup>.

#### **a) Le sort du nantissement sur le fonds de commerce hors procédures collectives :**

Le nantissement sur le fonds de commerce, inscrit au profit d'un établissement bancaire ou une banque, peut être réduit à néant si le bail est résilié par le propriétaire de l'immeuble ou le fonds est exploité. Pour maintenir sa garantie, la banque pourra se substituer au propriétaire du fonds et payer en ses lieux et place les loyers dus. Cela peut accroître d'avantage sa créance dans l'attente de la mise en vente judiciaire du fonds qui, dans la majorité des cas, a une valeur quasiment nulle<sup>592</sup>.

En application des articles 125.AL2 et 127 combinés du Code de commerce algérien et des articles 972 et 973 du Code civil algérien, la banque créancière peut exécuter sa garantie et faire vendre judiciairement le fonds. La vente aux enchères se fera souvent après une période assez longue de fermeture. La valeur commerciale du fonds, sa clientèle, diminuera certainement. Pour se protéger et éviter les risques concernant l'existence d'un fonds grevé par le privilège du vendeur, la banque créancière devra accepter d'inscrire le nantissement qu'à la condition que le vendeur renonce expressément à son action résolutoire prévue par l'article 124 du Code de commerce algérien.

Même inscrite en premier rang, la banque sera primée par certains créanciers comme le fisc au titre de ses créances d'impôts indirects sur le propriétaire du fonds.

---

<sup>590</sup> Cass. com., 26 oct. 1971: D. 1972, 61, note F. DERRIDA.

<sup>591</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 384.

<sup>592</sup> Michel MATHIEU, op.cit., p. 231.

## **b) Le sort du nantissement sur le fonds de commerce lors de procédures collectives :**

La banque ne pourra pas engager de poursuites pour procéder à la vente judiciaire du fonds. Elle pourra se voir imposer une substitution de garantie. Les créances garanties par le nantissement seront payées selon les délais et les remises prévus dans le plan de redressement.

Ces créances garanties seront primées par de nombreux créanciers comme les salariés, le fisc et la douane en application de l'article 282.AL 5 du Code de commerce algérien et des articles de 990 à 994 du Code civil algérien. La vente réalisée par le liquidateur judiciaire le sera dans de très mauvaises conditions, la valeur du fonds de commerce étant de manière quasi-générale nulle.

## **B. LE NANTISSEMENT JUDICIAIRE (LA SAISIE CONSERVATOIRE)**

Selon les dispositions de l'article 651 du Code de procédure civile et administrative algérien<sup>593</sup>, un créancier peut, dès lors qu'il a une créance paraissant fondée en son principe, et dont le recouvrement est menacé, demander au président du tribunal de l'autoriser à une saisie conservatoire du fonds de commerce du débiteur, qui sera enregistrée dans un délai de 15 jours, à dater du prononcé de l'ordonnance de saisie, auprès du centre national du registre de commerce et publiée au bulletin officiel des annonces légale. A défaut, la saisie conservatoire est nulle.

En droit français des suretés, selon l'article 67 – loi du 09 Juillet 1992 sur les procédures civiles d'exécution, la mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sureté judiciaire. Le créancier peut donc selon cette disposition, demander au juge de l'exécution ou le président du tribunal de commerce, si la créance est commerciale, de l'autoriser, par application de l'article 77- loi du 09 Juillet 1992 sur les procédures civiles d'exécution, à prendre une inscription de nantissement provisoire sur le fonds de commerce.

Il doit dans un délai d'un 01 mois saisir le tribunal au fond pour obtenir un titre exécutoire. Après avoir obtenu ce titre, le créancier devra, dans un délai de deux 02 mois,

---

<sup>593</sup> Loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative, J.O.R.A. n° 21 du 23 avril 2009.

prendre une inscription de nantissement judiciaire définitif, qui prendra effet rétroactivement à la date de l'inscription provisoire<sup>594</sup>. La nature juridique du nantissement conservatoire est identique à celle des hypothèques mobilières. Le créancier nanti ne dispose pas des avantages liés à la mise en possession, mais bénéficie du droit de suite sur le bien grevé dès lors que des mesures de publicité ont été prises<sup>595</sup>. L'attribution judiciaire n'est pas possible : il doit y avoir vente forcée du fonds de commerce<sup>596</sup>.

Le droit algérien des sûretés ne connaît pas le nantissement conservatoire, car selon les dispositions de l'article 950 du code civil algérien, seules sont applicables les dispositions des articles 892, 893, et 904 relatives à l'hypothèque. C'est le nantissement donc, qui peut être constitué pour garantir une créance conditionnelle, future, éventuelle, un crédit ouvert ou l'ouverture d'un compte courant, à condition que le montant de la créance garantie, ou le maximum qu'elle pourrait atteindre, soit déterminé dans l'acte constitutif<sup>597</sup>.

Le nantissement conservatoire ne peut être constitué pour garantir une créance certaine et exigible. Le créancier ne pourra demander que la saisie conservatoire comme le stipule l'article 647 du code de procédure civile et administrative algérien. Pour plus d'égalité entre les différents créanciers, notre législateur devra introduire le nantissement conservatoire comme une garantie.

L'article 659 du code de procédure civile et administrative algérien énonce que l'ordonnance de saisie conservatoire du fonds de commerce est signifiée au débiteur et est immédiatement suivie de la saisie. Les biens saisis demeurent entre les mains du saisi jusqu'à décision de validation de la saisie ou de la mainlevée. Le saisi (le débiteur) peut consentir un bail sur les biens saisis sur autorisation du président du tribunal qui a ordonné la saisie, par ordonnance sur requête. Pour le fonds de commerce, bien saisi, le bail peut être une location gérance. Les biens grevés de la sûreté judiciaire demeurent aliénables.

La validation de la saisie conservatoire, selon l'article 662 du CPCA algérien, doit être, sous peine de nullité, introduite par le créancier saisissant devant le juge du fond, dans un

---

<sup>594</sup> Françoise DEKEUWER– Défoissez EDITH BLARY – CLEMENT, Droit Commercial, Edition Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd.2007. Page 347.

<sup>595</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 464.

<sup>596</sup> Christian GAVALADA- Jean STOUFFLET, op.cit., p. 494.

<sup>597</sup> L'article 892 du code civil algérien.

délai de 15 quinze jours au plus tard, à dater du prononcé de l'ordonnance de saisie. Le tribunal prononce la validation de la saisie conservatoire s'il confirme la créance. Il peut aussi, selon l'article 666 du CPCA algérien, prononcer sa mainlevée totale ou partielle, si le débiteur justifie de motifs sérieux et légitimes.

L'efficacité du nantissement judiciaire ou de la saisie conservatoire, n'est pas très grande, car ils peuvent être anéantis par la survenance du redressement judiciaire du débiteur<sup>598</sup>. Ils garantissent une dette antérieurement contractée, et, en tant que tel, ils sont annulés lorsqu'ils ont été pris pendant la « période suspecte » précédant un redressement judiciaire<sup>599</sup>.

Cette période, toujours selon l'article 247 AL.5 du Code de commerce algérien, est déterminée par le tribunal prononçant le règlement judiciaire ou la faillite. Elle ne peut être antérieure de plus de 18 dix huit mois au prononcé du jugement. Ce qui explique que l'efficacité du nantissement judiciaire ou de la saisie conservatoire ne sont définitivement acquises que lorsque dix huit 18 mois se sont écoulés depuis leurs inscriptions sans que le débiteur ait été mis en redressement judiciaire. En revanche, si l'inscription provisoire de nantissement a été prise avant la date de cessation des paiements<sup>600</sup>, le nantissement définitif pourra valablement être inscrit par la suite, après le jugement ouvrant le redressement judiciaire<sup>601</sup>.

### **C. LE NANTISSEMENT DES PARTS SOCIALES**

Les parts sociales ne sont pas des valeurs mobilières, elles sont cessibles et ne sont pas négociables, sauf exceptions<sup>602</sup>.

---

<sup>598</sup> Article 247 AL.5 du code de commerce algérien, article L. 632-1, I, 6° C. com. français.

<sup>599</sup> Françoise DEKEUWER– Défoissez EDITH BLARY – CLEMENT, op.cit., p. 347.

<sup>600</sup> « Le tribunal peut modifier dans les limites fixées à l'article 247, la date de la cessation des paiements par une décision postérieure au jugement prononçant le règlement judiciaire ou la faillite, et antérieure à l'arrêt de l'état des créances. » - article 248 du code de commerce.

<sup>601</sup> Françoise DEKEUWER– Défoissez EDITH BLARY – CLEMENT, préc.

<sup>602</sup> Michel MATHIEU, op.cit., p. 237.



L'article 31 du code de commerce algérien énonce que le gage (nantissement) des actions des parts sociales des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société à titre de garantie, doit être établi par acte authentique.

### **1. Le nantissement des parts de sociétés civiles :**

Le nantissement des parts de sociétés civiles est régi par les articles 975 et suivants du code civil. Il est constaté par acte authentique, et il n'est opposable au débiteur, selon l'article 241 du code civil, qu'après la notification par acte extra judiciaire ou acceptation. Aucune remise de titre n'est exigée. La possession, selon l'article 811 du Code civil, se transmet, même sans remise matérielle, de la chose objet de la possession, par un accord de volonté entre le possesseur et son ayant cause si ce dernier est en mesure d'avoir sous son emprise le droit sur lequel porte la possession. Elle peut être transmise sans remise matérielle si le possesseur continue la possession pour le compte de son ayant cause ou si ce dernier demeure en possession mais pour son propre compte<sup>603</sup>.

Le rang du créancier gagiste est déterminé par une date certaine. Par contre, en droit français des sûretés, le privilège du créancier gagiste subsiste sur les droits sociaux nantis par le seul fait d'une publicité s'opérant par un dépôt en annexe du registre du commerce et des sociétés. C'est la date de cette publicité qui détermine le rang des créanciers nantis<sup>604</sup>.

### **2. Le nantissement des parts de sociétés en nom collectif :**

Pour les parts de sociétés en nom collectif, selon l'article 560 du code de commerce, elles ne peuvent être représentées par des titres négociables. Leur particularité tient à ce qu'en raison même de la responsabilité solidaire et indéfinie qui incombe aux associés, elles ont un

---

<sup>603</sup> Article 812 du code civil.

<sup>604</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 388.

caractère personnel (*intuitu personae*) accentué avec des incidences importantes sur leur cession et leur transmission<sup>605</sup>.

Les parts sociales, selon les dispositions de l'article 560 du code de commerce, ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Toute clause contraire est réputée non écrite. Lorsqu'elle est admise, la cession doit être constatée selon un formalisme lourd. La cession des parts sociales, dispose l'article 561 du code de commerce, doit être constatée par acte authentique. Elle est rendue opposable à la société par la notification ou l'acceptation par elle dans un acte authentique. Elle n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de ces formalités et, en outre, après publicité au registre du commerce.

### **3. Le nantissement des parts de sociétés à responsabilité limitée :**

Concernant les parts sociales de sociétés à responsabilité limitée, elles sont nominatives et elles ne peuvent être représentées par des titres négociables comme l'énonce l'article 569 du code de commerce. Elles sont, selon les dispositions de l'article 570 et suivants, librement transmissibles par voie de succession et librement cessibles entre les associés, les conjoints, les ascendants et descendants. Elles ne peuvent être cédées à des tiers étranger à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins le trois-quarts du capital social. Les statuts, selon l'article 571 du code de commerce, peuvent cependant contenir une clause limitant la cessibilité. L'article 572 du code de commerce énonce que « *les cessions de parts sociales ne peuvent être constatées que par acte authentique. Elles ne sont opposables à la société et aux tiers qu'après leur signification à la société ou leur acceptation par elle dans un acte authentique.* ». La cession obéit aux mêmes règles de forme et de publicité que la cession de parts de sociétés en nom collectif.

Une cession de parts de sociétés à responsabilité limitée constitue en principe un acte civil, sauf exception, dès lors qu'elle met en cause l'intérêt social, par exemple lors de cession d'un bloc de contrôle.

Dans ces trois cas de nantissement de titres, la banque veillera à rédiger, ou faire rédiger un acte timbré et enregistré. Il est souhaitable qu'elle prévoie, préalablement au nantissement, de se faire d'ores et déjà agréer comme associé potentiel, car en cas d'exécution du

---

<sup>605</sup> Michel MATHIEU, op.cit., p. 238.

nantissement, elle gagne du temps dans la mise en œuvre des procédures de recouvrement. Le consentement des associés au projet de nantissement emporte agrément de la banque en cas de réalisation forcée des parts sociales. Il sera également nécessaire, soit de faire signifier par un huissier à la société le nantissement intervenu, soit de lui faire accepter ce nantissement dans un acte notarié. La jurisprudence française a, pendant longtemps, exigé qu'un exemplaire des statuts soit remis au créancier pour réaliser la mise en possession<sup>606</sup>.

#### **4. L'efficacité du nantissement des parts sociales :**

Le nantissement des parts sociales ne confère au créancier (la banque) aucun droit spécifique sur les actifs mobiliers et immobiliers de la société. Le droit de gage sur les parts ne permet pas d'appréhender les actifs, notamment immobiliers de la société, qui appartiennent à la personne morale, et en aucun cas à ses associés. Il ne faut pas faire de confusion entre les droits des associés porteurs de parts et ceux de la personne morale constituée par la société. Seule cette dernière, par l'intermédiaire de son gérant, peut conférer une garantie sur ses actifs mobiliers ou immobiliers. Le créancier gagiste n'a de droit que sur les parts sociales. Il peut, soit les vendre et être réglé sur le prix d'adjudication, soit de se faire attribuer judiciairement le gage.

La valeur économique du gage dépend donc de la valeur des parts nanties, c'est-à-dire de la valeur de l'actif net de la société divisée par le nombre de parts sociales. Elle va dépendre de l'évolution dans le temps du patrimoine de la société et de son endettement. Une banque, doit avant de prendre un tel nantissement, s'interroger sur l'objet de la société, son patrimoine et les différentes garanties qu'elle a pu accorder à d'autres créanciers, car en cas de défaillance du débiteur, la réalisation du nantissement peut s'avérer très difficile et financièrement nulle<sup>607</sup>.

Une banque peut dangereusement se retrouver en position d'associé dans une structure ou sa responsabilité peut être mise en cause. Elle devra donc, veiller à analyser économiquement la valeur véritable des actifs de la société et des risques juridiques encourus.

---

<sup>606</sup> Dominique LEGEAIS, op.cit., p. 388.

<sup>607</sup> Michel MATHIEU, op.cit., p. 238.

Enfin, dans le cadre d'ouverture de procédures collectives, il convient, avant de recueillir des nantissements de parts sociales, d'être pleinement informé de la faible efficacité de cette garantie lorsqu'une société se trouve en redressement ou en liquidation judiciaire.

## **D. LE NANTISSEMENT DE VALEURS MOBILIERES ET D'INSTRUMENTS FINANCIERS**

Il est important de souligner que le droit algérien<sup>608</sup> comme le droit français<sup>609</sup> connaissent l'appellation « *instruments financiers* ». Il faut entendre par cette appellation, les valeurs mobilières<sup>610</sup>, les actions<sup>611</sup>, et autres titres de créances négociables comme les bon de trésors et les bon de caisse, qui constituent une forme d'actif très utilisée pour la garantie des crédits<sup>612</sup>. Un instrument financier est tout contrat qui donne lieu à un actif financier d'une entité et à un passif financier ou à un instrument de capitaux propres d'une entité<sup>613</sup>.

En effet, les banques exigent couramment de leurs clients l'affectation en nantissement à leur profit de titres que ceux-ci détiennent en portefeuille. Le nantissement des valeurs mobilières et autres titres, s'opère au moyen d'un endossement pignoratif. L'affectation s'opère comme celle des meubles corporels, auxquels les titres au porteur sont traditionnellement assimilés, par remise du titre au créancier gagiste ou à un tiers chargé de les conserver.

En droit français, et depuis une loi de finance du 30 décembre 1981, il y a ce que l'on nomme la dématérialisation des valeurs mobilières. Il s'agit d'inscription en compte attestant

---

<sup>608</sup> Règlement n° 09-08 du 29 décembre 2009 relatif aux règles d'évaluation et de comptabilisation des instruments financiers par les banques et les établissements financiers.

<sup>609</sup> En France, une consécration officielle de l'appellation « instruments financiers » fut instituée par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 dite « de modernisation des activités financières ».

<sup>610</sup> Article. 715 bis 30 du Code de commerce : « les valeurs mobilières sont des titres négociables émis par des sociétés par actions cotés en bourse ou susceptible de l'être, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la société émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine ».

<sup>611</sup> Article. 715 bis 40 du Code de commerce : « l'action est un titre négociable émis par une société par actions en représentation d'une fraction de son capital social ».

<sup>612</sup> Christian GAVALDA, Jean STOUFFLET, op.cit. p. 492.

<sup>613</sup> Article 02 du règlement 09-08 du 29 décembre 2009 relatif aux règles d'évaluation et de comptabilisation des instruments financiers par les banques et les établissements financiers.

de la propriété des titres au lieu de la création traditionnelle et physique. Le procédé a été étendu, avec certains aménagements, à l'ensemble des instruments financiers inscrits en compte par l'article 102 de la loi n°96-597 de modernisation des activités financières du 02 juillet 1996<sup>614</sup>. C'est le compte d'instruments financier qui est considéré comme nanti.

En droit algérien, depuis le décret législative n° 93-08<sup>615</sup>, les valeurs émises en Algérie peuvent soit être matérialisées par la remise d'un titre soit faire l'objet d'une inscription en compte<sup>616</sup>. Ce compte peut être sous la forme nominative et tenu par la société émettrice, ou au porteur et tenu par un intermédiaire.

### **1. Le nantissement ou le gage des valeurs dématérialisées :**

Le nantissement ou le gage des valeurs dématérialisées se réalise par déclaration datée et signée du propriétaire des valeurs. Cette déclaration détaille les titres affectés en nantissement, le bénéficiaire, les créances garanties et le constituant du nantissement. Elle est ensuite, soit adressée à l'émetteur des titres donnés en gage, soit conservée par la banque qui vire les valeurs nanties à un compte spécial ouvert dans ses livres, au nom du titulaire des titres. L'élaboration d'acte authentique, ou sous seing privé, et l'enregistrement de cette déclaration du nantissement ou de gage, est une procédure nécessaire pour donner une date certaine au nantissement et pour éviter de ce fait les contestations possibles sur la date du nantissement<sup>617</sup>.

En effet, en application de l'article 31 du Code de commerce algérien, le gage ou nantissement de valeurs négociables constitué par un commerçant ou un non commerçant pour un acte de commerce se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes par actes authentiques, actes sous seing privé, par les livres des parties, par endossement réguliers indiquant que les valeurs ont été remises en garantie, ou par tout autre moyen.

---

<sup>614</sup> Article L.431-4 du Code monétaire et financier français, modifié par ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005.

<sup>615</sup> Décret législative n° 93-08 du 25 avril 1993 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 26 Septembre 1975 portant code de Commerce JORA N° 27 du 27 Avril 1993.

<sup>616</sup> Article 715 bis 37 du Code de commerce algérien.

<sup>617</sup> Michel MATHIEU, op.cit., p. 235.

Reste à dire, selon notre législation, que seul le nantissement des actions des parts sociales des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société à titre de garantie, doit être en application de l'article 31.AL 3 du Code de commerce algérien, établi par acte authentique.

## **2. Le nantissement ou le gage des valeurs non dématérialisées :**

Pour le nantissement ou le gage des valeurs non dématérialisées, il faut faire la distinction selon que ces valeurs sont des titres au porteur ou nominatifs<sup>618</sup>. Pour les titres au porteur, le nantissement s'opère par simple remise du titre à la banque, mais il est recommandé d'établir systématiquement un acte écrit pour formaliser le nantissement. S'agissant des titres nominatifs, il est toujours, en droit algérien, exigé un acte authentique et une remise des titres au créancier. La mise en possession des titres au bénéfice de la banque, s'opère par transfert sur les registres de la société émettrice de ces titres.

L'affectation en nantissement ou gage au profit des banques et des établissements financiers se fait par simple notification faite au débiteur par lettre recommandée avec accusé de réception ou par acte ayant date certaine d'un acte sous seing privé<sup>619</sup>. Le gagiste bénéficie d'un droit de rétention, ce qui est important en cas de redressement ou liquidation judiciaire<sup>620</sup>.

## **3. L'efficacité du nantissement :**

Le créancier a le droit de faire vendre les titres nantis afin d'être réglé par préférence sur le prix. Il doit, pour cela, obtenir une autorisation judiciaire. La vente doit impérativement avoir lieu aux enchères ou, lorsque le nantissement est commercial, par l'intermédiaire d'un agent de change, ou en bourse pour le nantissement des valeurs mobilières<sup>621</sup>.

---

<sup>618</sup> Michel MATHIEU, op.cit., p. 236.

<sup>619</sup> Article 122 de la l'ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit modifiée et complétée par l'article 107 de la loi de finance complémentaire pour 2009 et loi de finance complémentaire pour 2011.

<sup>620</sup> Christian GAVALDA – JEAN STOUFFLET, op.cit. p. 493.

<sup>621</sup> Michel MATHIEU, préc.

La loi interdit la clause de voie parée dans le contrat de gage ou nantissement. Le créancier ne peut convenir avec le débiteur que le gage lui sera attribué de plein droit en cas de non paiement. La clause de pacte comissoire est interdite.

**a) Le sort du nantissement au profit d'une banque lors de procédures collectives :**

Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigible les créances non échues. La banque gagiste peut, dès lors qu'elle a déclaré sa créance, même avant son admission, exercer son droit de poursuite individuelle si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des valeurs du compte gagé dans le délai de trois (3) mois à compter du jugement de liquidation. Si le liquidateur a entrepris la liquidation dans les délais de trois mois, le droit de poursuite individuelle de la banque gagiste est, en application de l'article 283 du Code de commerce, suspendu.

Dans le cadre des procédures collectives, et pendant la période d'observation, le créancier devra tout d'abord déclarer ses créances. Le tribunal peut autoriser le paiement des créances garanties par le nantissement, pour récupérer les titres et les vendre pour assurer la trésorerie de l'entreprise mise en liquidation. Le liquidateur, par application des dispositions de l'article 293 du Code de commerce algérien, peut être aussi autorisé pour retirer le nantissement en payant la créance garantie. Le retrait joue notamment lorsque la valeur des instruments financiers inscrits au compte gagé est supérieure au montant de la créance garantie : le liquidateur pourra ainsi disposer du reliquat pour régler d'autres opérations<sup>622</sup>. Mais, si le prix de vente est inférieur au montant de la créance garantie, la banque est colloquée pour le surplus, à titre de créancier ordinaire<sup>623</sup>.

Si la liquidation judiciaire est prononcée, le tribunal peut ordonner le retrait du nantissement et le paiement de la banque créancière. Cette dernière ne doit pas prendre l'initiative de demander la réalisation du nantissement car elle perdrait son éventuel droit de rétention et serait primée par des créanciers préférables. Le liquidateur doit procéder à la réalisation des titres nantis. Les droits de la banque seront reportés sur le prix de vente des

---

<sup>622</sup> Le crédit & ses garanties, op.cit., p. 454.

<sup>623</sup> Article 293.AL 3 du Code de commerce algérien.

titres nantis. La banque sera donc payée en premier rang sans subir le concours des autres créanciers, même titulaires d'un privilège supérieur au sien<sup>624</sup>.

Enfin, et tant que le tribunal n'a pas rendu une ordonnance, devenue définitive, autorisant la vente ; la banque peut demander devant le tribunal l'attribution judiciaire en propriété du bien nanti qui peut être la solution la moins risqué pour elle, étant donné les divergences existantes sur la reconnaissance de la présence d'un droit de rétention. Elle échappera alors à la loi du concours<sup>625</sup>. Si ce droit de rétention est confirmé, la banque sera réglée en priorité sur le produit de la vente des titres nantis. Dans le cas contraire, elle se verra primée par d'autres créanciers privilégiés. L'attribution se fait en pleine propriété même si la créance, déclarée régulièrement, n'est pas encore définitivement admise.

#### **E. LE NANTISSEMENT DE BREVETS ET DE MARQUES:**

Le brevet, un droit de propriété industriel, peut être inclus dans le nantissement de fonds de commerce selon l'article 119 du Code de commerce algérien. Le certificat d'addition postérieur au nantissement qui comprend le brevet auquel il s'applique, suit le sort de ce brevet et fait partie comme lui du gage ou nantissement constitué. Il prend fin avec le brevet principal<sup>626</sup>.

Un brevet d'invention peut être donné en nantissement ou gage sans dépossession<sup>627</sup>. Il doit être constaté par écrit et il est rendu opposable aux tiers par une inscription au registre national des brevets<sup>628</sup> tenu par l'I.N.A.P.I, l'institut national de la propriété industrielle qui a été créé par le décret exécutif n° 98-68<sup>629</sup>. Cette inscription s'établit sur requête indiquant le nom, prénom, profession, domicile du créancier, la date et le numéro du procès verbal du

---

<sup>624</sup> Le crédit & ses garanties, préc.

<sup>625</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, op.cit., p. 467.

<sup>626</sup> L'ordonnance n° 2003-O7 du 19 juillet 2003 relative aux brevets d'invention - J.O.R.A N° 44 du 23 juillet 2003. L'article 15 AL.4.

<sup>627</sup> Christian GAVALDA, Jean STOUFFLET, op.cit., p. 498.

<sup>628</sup> L'ordonnance n° 2003-O7 du 19 juillet 2003 relative aux brevets d'invention, Article 32.

<sup>629</sup> Décret exécutif n° 98-68 du 21 février 1998 portant création et statut de l'I.N.A.P.I - J.O.R.A N° du 1998.



dépôt de la demande du brevet, la nature et l'étendue du droit transféré et de l'acte portant transfert de ce droit<sup>630</sup>. La dépossession peut se faire par remise du titre de brevet<sup>631</sup>.

Le nantissement peut aussi porter sur une marque de fabrique, de commerce ou de service. Ainsi, en application de l'article 14 de l'ordonnance n° 2003-06 relative aux marques<sup>632</sup>, les droits conférés par la marque peuvent être mis en gage. A peine de nullité, la mise en gage de la marque déposée ou enregistrée doit être établie par écrit et signée par les parties concernées conformément à la loi régissant l'acte<sup>633</sup>. La transmission des droits de marques est portée au registre des marques à l'I.N.A.P.I sur requête de la partie concernée.

Elle n'est opposable aux tiers qu'après son inscription au registre des marques<sup>634</sup>. Une marque collective ne peut faire l'objet de gage ou de nantissement au sens de l'article 24 de l'ordonnance n° 2003-06<sup>635</sup>.

Aussi, en application de l'article 119 du Code de commerce algérien, la marque peut être cédée ou transmise soit lors de la cession du fonds de commerce ou lors de son nantissement, puisqu'elle constitue un élément parmi ses éléments moral<sup>636</sup>. Elle peut aussi être cédée ou transmise d'une façon indépendante du fonds de commerce. Le nantissement d'un fonds de commerce ne peut porter sur la marque que si les parties contractantes l'ont cité clairement dans la liste des éléments nantis<sup>637</sup>.

---

<sup>630</sup> Décret exécutif n° 2005-275 du 25 août 2005 fixant les modalités de dépôt et de délivrance des brevets d'invention - J.O.R.A n° 54 du 07 août 2005, article 32.

<sup>631</sup> Christian GAVALDA, Jean STOUFFLET, op.cit. pp. 498 et 499.

<sup>632</sup> Ordonnance n° 2003-06 du 19 juillet 2003 relative aux marques - J.O.R.A N° 44 du 23 juillet 2003.

<sup>633</sup> Article 15 de l'ordonnance n° 2003-06 du 19 juillet 2003 relative aux marques.

<sup>634</sup> Décret exécutif n° 2005-277 du 02 août 2005 fixant les modalités de dépôt et d'enregistrement des marques - J.O.R.A. n° 54 du 07 août 2005, article 22.

<sup>635</sup> Ordonnance n° 2003-06 du 19 juillet 2003 relative aux marques, préc.

<sup>636</sup> فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري، حقوق الملكية الصناعية و التجارية – حقوق الملكية الأدبية و الفنية ، منشورات ابن خلدون للنشر و التوزيع 2006 ، ص. 253.

<sup>637</sup> Voir article 119 du Code de Commerce algérien.

## **F. LE NANTISSEMENT DE MARCHÉ PUBLIC :**

Le marché public est un contrat synallagmatique qui repose sur l'accord de volonté de deux personnes pourvues de la personnalité juridique. Il est conclu à titre onéreux et chacune des parties recevra un avantage. Il est destiné à répondre aux besoins en matière de travaux, fournitures ou services de l'administration qui le passe et se différencie d'autres actes administratifs par lesquels les personnes publiques obtiennent des prestations de services ou de travaux mais de façon non contractuelle<sup>638</sup>.

L'article 4 du Code des marchés publics algérien<sup>639</sup> les définit comme « *des contrats écrits au sens de la législation en vigueur, passés dans les conditions prévues dans le présent décret en vue de la réalisation, pour le compte du service contractant, de travaux, d'acquisition de fournitures, de services et d'études.* ». C'est la même définition que celle déjà stipulée par l'article 3 de l'ancienne réglementation des marchés publics<sup>640</sup>. En application de l'article 110 du code des marchés publics<sup>641</sup>, ces derniers sont susceptibles de nantissement.

Bien que constituant un gage spécial, le nantissement de marché public ne s'écarte pas profondément de sa technique du gage de droit commun<sup>642</sup>. Ce nantissement peut garantir n'importe quelle créance et non seulement celles directement liées au marché nanti<sup>643</sup>.

Un nantissement de marché public ne peut être effectué qu'auprès d'un établissement, d'un groupement d'établissements bancaires ou de la caisse de garantie des marchés publics<sup>644</sup>. Il repose sur un exemplaire spécial et unique du marché portant l'indication qu'il

---

<sup>638</sup> C. LAJOYE, Droit des Marchés Public, BERTI EDITIONS 2007. p. 36.

<sup>639</sup> Décret présidentiel n° 2010-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, J.O.R.A n° 58 du 07 octobre 2010.

<sup>640</sup> Décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics, J.O.R.A n° 52 du 28 juillet 2002, modifié et complété par le décret présidentiel n° 08-338 du 26 octobre 2008, J.O.R.A n° 62 du 09 novembre 2008.

<sup>641</sup> Article 97 de l'ancienne réglementation des marchés publics prévue par le décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002.

<sup>642</sup> Christian GAVALDA, Jean STOUFFLET, op.cit., p. 494.

<sup>643</sup> Cass. com., 19 déc. 1972 : Banque 1973, p. 401, obs. Martin.

<sup>644</sup> Décret exécutif n° 98-67 du 21 Février 1998 portant création, organisation et fonctionnement de la caisse de garantie des marchés publics (C.G.M.P.), J.O.R.A n° 11 du 01 mars 1998.

doit servir à constituer un nantissement<sup>645</sup>. En principe l'acte doit être authentique, notarié et enregistré. Mais en application de l'article 123 de l'ordonnance n° 03-11 relatives à la monnaie et au crédit, le nantissement réaliser au profit des banques et des établissements financiers peut être effectué par acte sous seing privé dument enregistré.

L'exemplaire unique est remis au comptable chargé du paiement à qui est, par ailleurs, signifié l'acte constitutif. La signification peut être faite par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec accusé de réception. Les comptables publics doivent tenir un registre sur lequel sont notées les significations qui leur sont faites en ce qui concerne les nantissements de marchés, les oppositions et les cessions de créances

Le créancier nanti sur le marché a les droits de tout créancier gagiste. Il a un privilège sur le prix du marché qu'il fait valoir pratiquement grâce à un mandat de recouvrement que lui délivre son client<sup>646</sup>. Sauf à rendre compte à celui qui a constitué le gage suivant les règles du mandat, il encaisse seul le montant de la créance affectée en garantie<sup>647</sup>. En application de l'article 110 paragraphe 7 du Code des marchés public, ne lui sont opposables que les oppositions, cessions et nantissements qui sont signifiés au plus tard le dernier jour ouvrable précédant le jour de la signification de son nantissement.

La garantie ou sûreté n'est primée, selon l'article 110 paragraphe 11 du Code des marchés publics, que par le privilège des frais de justice, privilège des salariés et de l'indemnité de congés payés en cas de faillite ou de règlement judiciaire tel qu'il est prévu par la loi 90-11 relative aux relations de travail<sup>648</sup>, privilège des salaires des entrepreneurs effectuant des travaux ou de sous-traitant ou sous-commandiers agréés par le service contractant, le privilège du trésor, et le privilège des propriétaires des terrains occupés pour cause d'utilité publique.

---

<sup>645</sup> Décret présidentiel n° 2010-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, article 110 Paragraphe 2.

<sup>646</sup> Christian GAVALDA, Jean STOUFFLET, op.cit. p. 495.

<sup>647</sup> علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 374.

<sup>648</sup> Loi 90-11 portant relation du travail.

Contrairement au législateur algérien, le législateur français évoque dans l'article 193 du Code des marchés publics<sup>649</sup>, le privilège des propriétaires des terrains occupés pour cause de travaux publics.

La jurisprudence française apporte plusieurs solutions quant aux sujets des privilèges. Ainsi, elle décide que les titulaires des privilèges généraux ne peuvent faire valoir leur droit sur le prix du marché que s'ils ont fait opposition avant l'encaissement<sup>650</sup>. Quant aux bénéficiaires du privilège des salariés et fournisseurs de l'entrepreneur, il a été subordonné à un agrément et il n'est opposable au créancier nanti que si l'agrément a été inscrit avant la signification du nantissement dans un registre spécial tenu par l'autorité chargée de l'agrément<sup>651</sup>. Le créancier nanti peut demander toute information utile sur le marché public et qu'il soit aussi avisé en même temps que le titulaire du marché, de toutes les modifications apportées au contrat qui affectent la garantie résultant du cautionnement<sup>652</sup>. L'administration doit délivrer un état sommaire des fournitures et travaux effectués, un décompte des droits de l'entrepreneur et du fournisseur, et, le cas échéant, un état des avances et acomptes mis en paiement.

A l'opposé des dispositions du Code français des marchés public<sup>653</sup>, la réglementation algérienne des marchés publics ne prévoit pas la transmission du nantissement à un tiers. Mais par application des règles générales concernant la transmission de créances prévue par le Code civil algérien dans ses articles 239 et 243, le créancier peut transmettre le nantissement à un tiers, à moins qu'en vertu d'une disposition de la loi, d'un accord entre les parties, ce nantissement ne soit incessible. Cette cession n'est opposable au débiteur ou au tiers que si elle est acceptée par le débiteur ou si elle lui est notifiée par acte extra-judiciaire. La cession n'est opposable au tiers que si elle a date certaine<sup>654</sup>.

---

<sup>649</sup> Décret du 07 janvier 2004 portant Code français des marchés public – J.O.R.F n° du 8 janvier 2004.

<sup>650</sup> Cass. com., 21 mai 1958 : Banque 1958, P. 576.

<sup>651</sup> C.A. Paris, 15 déc. 1950 : Banque 1951, P. 112 ; l'article 154 du Code français des marchés public.

<sup>652</sup> Décret présidentiel n° 2010-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, article 110 Paragraphe 10.

<sup>653</sup> « Selon l'article 191 du Code français des marchés public, le nantissement peut être transmis à un tiers au moyen d'une subrogation expresse qui doit être signifiée par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec accusé de réception au comptable public chargé du paiement. ».

<sup>654</sup> Les articles 240, et 241 du Code civil.

Enfin, les sous-traitants et sous-commandiers peuvent eux aussi donner en nantissement à concurrence de la valeur des prestations qu'ils exécutent tout ou partie de leurs créances. Une copie certifiée conforme de l'original du marché et, le cas échéant, de l'avenant doit être remise à chaque sous-commandier ou sous traitant<sup>655</sup>.

---

<sup>655</sup> Décret présidentiel n° 2010-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, Article 110 Paragraphe 12.

## SECTION II :

### LES HYPOTHEQUES MOBILIERES

A lire les dispositions du code civil algérien, il apparaît que seul les immeubles peuvent être sujet d'hypothèque. Ceci s'explique essentiellement par le défaut de fixité des meubles, qui rend délicates leur publicité et l'organisation d'un droit de suite, et ce d'autant qu'à leur égard la possession vaut titre<sup>656</sup>. Mais si, à l'inverse, un meuble dispose d'un point d'attache fixe, le rendant facilement identifiable et permettant aisément la publication des droits dont il est l'objet, à l'instar d'un immeuble, il n'y a plus de raison d'exclure l'hypothèque. C'est ainsi qu'ont été reconnues les hypothèques portant sur des engins de transport pouvant être facilement localisés grâce à leur immatriculation obligatoire, à savoir les navires, et les avions<sup>657</sup>.

Les hypothèques maritimes et aériennes sont régies par des lois spéciales, à savoir le Code maritime<sup>658</sup> et le Code de l'aviation civile<sup>659</sup>. Ces hypothèques portant sur les navires, les bateaux et les aéronefs sont en outre soumises à de nombreuses conventions internationales<sup>660</sup>. Notre étude sur l'hypothèque maritime (*paragraphe 1*) et l'hypothèque aérienne (*paragraphe 2*) ne sera cependant menée qu'à la lumière du droit interne.

---

<sup>656</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 452.

<sup>657</sup> Ibid.

<sup>658</sup> Ordonnance n° 76-80 du 23 octobre 1976 portant code maritime modifiée et complétée par la loi n° 98-05 du 25 juin 1998, JORA n°47 du 27 juin 1998, complétée et modifiée par la loi 10-04 du 15 aout 2010, JORA n° 46 du 18 aout 2010.

<sup>659</sup> Loi n° 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, J.O.R.A. N° 48 / 1998.

<sup>660</sup> Au titre de ces conventions internationales figurent notamment : *la Convention de Bruxelles du 10 avril 1926, portant unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèque maritime*, qui s'est forcée d'assurer la reconnaissance des hypothèques régulièrement constituées à l'étranger et a largement inspiré le droit positif ; *la convention internationale du 27 mai 1967 pour l'unification de certaines règles relatives aux hypothèques et privilèges maritimes* ; *la convention de Genève du 25 Janvier 1965 relative à l'immatriculation des bateaux de navigation intérieure* ; *la convention de Genève du 19 juin 1948 relative à la reconnaissance internationale des droits sur les aéronefs* ; *la convention UNIDROIT du Cap relative à la reconnaissance internationale des droits sur les matériels d'équipement mobiles, signée le 16 novembre 2001 par vingt-et-un Etats*.

## **§.1 : L'HYPOTHEQUE MARITIME**

La constitution (I) de l'hypothèque maritime et les droits qu'elle procure au créancier (II) sont régies par les dispositions du Code maritime. Et même si elle souffre de la concurrence du crédit bail<sup>661</sup>, elle demeure encore très répandue. C'est le droit commun de l'hypothèque immobilière qui se trouve à s'appliquer en cas de silence ou d'obscurité des textes spéciaux.

### **I. CONSTITUTION**

L'hypothèque maritime constitue une sûreté conventionnelle qui confère aux créanciers un droit réel sur le navire. Le Code civil algérien dans son article 886 énonce que « *sauf disposition contraire, l'hypothèque ne peut être constituée que sur les immeubles* », en excluant de son champ les meubles. Le législateur algérien s'inspirant des législations des pays maritimes comme la France<sup>662</sup>, a institué l'hypothèque maritime sur les navires dans le code maritime.

La convention des parties constitue la seule source de l'hypothèque maritime ; une hypothèque maritime peut être constituée sur n'importe quel type de navire même en construction, elle peut être aussi constituée sur tout bâtiment de mer (ponton, grue flottante, plate forme de forage..), quel que soit son tonnage.

L'hypothèque maritime ne peut être consentie sur les navires et bâtiments de mer appartenant à l'état, ou aux collectivités locales, et cette disposition est même confirmée par l'article 689 du Code civil algérien qui dispose que « *les biens de l'états sont inaliénables, insaisissables et imprescriptibles* », et comme la quasi-totalité de la flotte algérienne appartient à l'état ou à ses émanations (*CNAN - Compagnie Nationale de Navigation*), peut on dire que l'hypothèque n'est susceptible d'être appliquée aux navires de la dite compagnie ?

Ce qu'il faudrait savoir est que la Compagnie Nationale de Navigation est régie par le code de commerce et elle est réputée commerçante, et que par conséquent l'article 689 du

---

<sup>661</sup> Ordonnance n° 96-09 du 10 janvier 1996 relative au crédit-bail, J.O.R.A. n° 03 du 14 janvier 1996.

<sup>662</sup> La loi maritime française du 10 décembre 1984.

Code civil ne peut être invoqué. Cet article concerne, et cela paraît très logique, que les bâtiments de guerre ou ceux propriété des autorités qui représentent l'état comme personne de droit public.

Dans son article 57, le Code maritime algérien prévoit que l'hypothèque maritime ne peut être constituée que par le propriétaire du navire, qui doit avoir la capacité d'hypothéquer, ou selon le droit commun dans l'article 884 du Code civil algérien, un tiers qui consent l'hypothèque dans l'intérêt du débiteur.

En ce qui concerne les navires en copropriété, l'hypothèque sur la totalité du navire doit être consentie par la majorité des copropriétaires. Cependant, chaque copropriétaire du navire peut hypothéquer sa part indivise sur le navire avec tous les risques que l'hypothèque peut engendrer.

#### **A. FORMES DU CONTRAT D'HYPOTHEQUE**

Le contrat d'hypothèque maritime doit être conclu, à peine de nullité, qu'en vertu d'un acte authentique, d'un jugement ou de la loi<sup>663</sup>. Le législateur algérien ne reconnaît pas les actes sous-seing privé. Le droit français des hypothèques maritimes, par l'article 43 de la loi du 3 janvier 1967, n'exige pas d'acte authentique ; un acte sous seing privé suffit, à condition toutefois que deux originaux soient établis, l'un devant être remis lors de l'inscription de l'hypothèque.

#### **B. PUBLICITE DES HYPOTHEQUES**

Pour être opposable aux tiers, l'article 63 du Code maritime algérien précise que les hypothèques constituées sur un navire doivent faire l'objet d'une inscription sur le matricule du navire concerné, tenu au registre d'immatriculation des navires par les gardes côtes de la marine algérienne<sup>664</sup>.

---

<sup>663</sup> Article 883 du Code civil algérien.

<sup>664</sup> En France, l'hypothèque maritime est publiée au bureau des douanes, sur des registres tenu par le conservateur des hypothèques maritimes, d'abord au lieu de construction du navire ou bâtiment, ensuite au lieu



Tout navire grevé d'hypothèques doit avoir obligatoirement dans ses documents de bord, un état des inscriptions hypothécaires mis à jour à la date de son départ. En effet, le registre algérien d'immatriculation des navires étant public, l'autorité administrative doit le mettre à la disposition des personnes intéressées pour consultation<sup>665</sup>.

### **C. PEREMPTION ET RADIATION**

Selon l'article 66 du Code maritime algérien, l'hypothèque maritime est conservée pendant (10) dix ans à compter de la date de son inscription réglementaire. A l'expiration de ce délai et, en cas de non renouvellement, l'hypothèque est annulée. Par ailleurs, elle peut faire l'objet d'une radiation soit avec le consentement des parties ayant capacité à cet effet, soit par voie judiciaire.

## **II. DROITS DU CREANCIER**

L'hypothèque maritime confère au créancier bénéficiaire les deux prérogatives traditionnellement attachées aux sûretés réelles sans dépossession, soumises à publicité, à savoir un droit de préférence et un droit de suite<sup>666</sup>.

### **A. LE DROIT DE PREFERENCE :**

Les créanciers hypothécaires sont classés d'après l'ordre chronologique de leur inscription, les créanciers inscrits le même jour seront classés dans l'ordre de leur inscription, et ne seront pas mis, comme en droit français, en concurrence les uns avec les autres.

En droit algérien, comme en droit français, en cas de défaillance du constituant, le désintéressement du créancier ne saurait procéder, ni de l'exercice d'un droit de rétention, faute de possession réelle ou fictive du bien grevé, ni de l'appropriation de celui-ci par voie

---

de francisation, port d'attache français du navire, s'il est différent. L'article 16 du décret du 27 octobre 1967 prévoit, s'il y a lieu, un système de report des inscriptions d'un registre à l'autre.

<sup>665</sup> L'arrêté du 20.10.1988 fixant les modalités de tenue du registre d'immatriculation. art.14.

<sup>666</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 452.

judiciaire ou sur le fondement d'un pacte comissoire, faute de reconnaissance légale de ces modes de réalisation. Le créancier hypothécaire peut uniquement procéder d'un paiement par préférence, à la suite de la saisie et de la vente du bien grevé.

Mais il faudra noter qu'en droit algérien, et selon l'article 903 Al.2 du Code civil, le pacte comissoire selon lequel le débiteur puisse céder au créancier le navire hypothéqué, n'est légalement permis qu'après l'échéance de la dette ou de l'un de ses termes<sup>667</sup>.

En droit français des sûretés, le droit de rétention et l'appropriation, comme modes de réalisation, sont reconnus en matière de gage et de nantissement par l'ordonnance du 23 mars 2006 qui a aussi consacré l'attribution judiciaire et le pacte comissoire en matière d'hypothèque conventionnelle immobilière. Mais, ce droit de réalisation n'est pas applicable aux hypothèques mobilières et demeure interdit par la règle inscrite dans l'article 2399 du Code civil français, selon laquelle « il n'est rien innové par le présent code aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer »<sup>668</sup>.

### **1. Assiette de l'hypothèque maritime :**

L'hypothèque maritime, selon les termes de l'article 58 du Code maritime algérien, porte sur le navire et autres bâtiments de mer, et elle s'étend sur tous les accessoires, machines et appareils ainsi qu'à tous les éléments qui sont distinctement identifiés comme étant destinés à être incorporés au navire, tel qu'un moteur neuf remplaçant un moteur plus âgé.

Le créancier hypothécaire peut saisir<sup>669</sup> et faire vendre le navire lui-même, ainsi que tous ses accessoires. L'article 58 précise aussi, que l'hypothèque maritime s'étend aux accessoires, machines, et que sauf convention des parties, il est donc possible que le propriétaire prévoit dans le contrat d'hypothèque qu'il ne s'étend pas à tel matériel ou au matériel ultérieurement mis à bord.

---

<sup>667</sup> Civ. 01 juillet 1987, arrêt de la Cour suprême n° 40184 ; Code civil, BERTI Editions 2007-2008, p.229.

<sup>668</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 455.

<sup>669</sup> La saisie conservatoire au national comme à l'international est aussi possible par application des dispositions de la Convention internationale sur la saisie conservatoire des navires adoptée à Genève le 12 Mars 1999 par la conférence diplomatique de l'Organisation des Nations Unies et de l'Organisation Maritime Internationale sur la saisie conservatoire des navires. Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur. L'Algérie est signataire de la convention.

En effet, et pour éviter que le débiteur viole les droits des créanciers hypothécaires, et afin que le droit de suite conserve toute son efficacité, l'article 71 du Code maritime algérien prévoit que : « est nulle et de nul effet, toute opération qui entraîne la perte de nationalité algérienne par le navire hypothéqué ». Les dispositions de l'article 71 n'interdisent pas la vente à l'étranger d'un navire hypothéqué lorsque cette vente est faite dans les conditions telles que le remboursement du créancier par l'acheteur, ou transfert de l'hypothèque sur le registre étranger avec l'accord du créancier. Ainsi, le créancier hypothécaire peut demander la nullité de toute vente contrevenant à ce texte. A l'inverse de ce qui est établi en droit français, l'auteur de l'aliénation du navire à l'étranger n'est pas passible de sanctions pénales.

L'exercice du droit de préférence du titulaire d'une hypothèque maritime peut être paralysé par le droit de propriété<sup>670</sup> du vendeur d'un élément du navire. C'est ainsi, que par arrêt rendu en 1994<sup>671</sup>, la chambre commerciale de la cour de cassation française a décidé que le moteur, incorporé à un navire grevé d'une hypothèque maritime, peut être revendiqué par le vendeur qui s'en est réservé la propriété « *dès lors qu'il se trouve en nature sur le navire et qu'il demeure identifiable et dissociable* » des autres parties du navire.

Aux termes de l'article 61 du Code maritime algérien, en cas de perte ou d'avarie grave plaçant le navire en état d'innavigabilité, les créanciers hypothécaires exercent leurs droits sur les indemnités ou sommes subrogées et à ses accessoires. Sont subrogées au navire et à ses accessoires, selon les dispositions de l'article 62 du Code maritime algérien :

- Les indemnités dues au propriétaire à raison des dommages matériels subis par le navire hypothéqué ;
- Les sommes dues au propriétaire pour contribution aux avaries communes subies par le navire ;
- Les indemnités dues au propriétaire du navire hypothéqué pour l'assistance prêtée ou le sauvetage effectué depuis l'inscription de l'hypothèque, dans la mesure où elles représentent la perte ou l'avarie du navire hypothéqué ;
- Les indemnités d'assurance sur le corps du navire.

---

<sup>670</sup> « Le droit de propriété exclusive d'un crédit-bailleur devrait aussi tenir en échec le droit de préférence du créancier hypothécaire. »

<sup>671</sup> Com. 15 mars 1994, Bull. civ. IV, n° 110.

En revanche, comme énoncé dans l'article 58 du Code maritime algérien, l'hypothèque maritime ne s'étend pas au fret.

## **2. Le droit de suite**

Le droit de suite organisé par l'article 67 du Code maritime algérien prévoit que les hypothèques maritimes suivent le navire ou portion du navire hypothéqué, nonobstant tout changement de propriété ou de navire hypothéqué. Etant donné que l'hypothèque est publiée au registre des hypothèques, le nouvel acquéreur peut connaître l'état des inscriptions hypothécaires.

Ce droit de suite complet découle de la publicité de l'hypothèque maritime, qui empêche le tiers acquéreur de se prévaloir de la règle de l'article 835 du Code civil algérien (article 2279 du Code civil français). Le tiers acquéreur dispose, pour s'affranchir de ce droit de suite, des options offertes par le droit commun de l'hypothèque immobilière<sup>672</sup> : il peut payer le créancier hypothécaire ou délaisser le bâtiment ou encore engager une procédure de purge<sup>673</sup>.

## **§. 2 : L'HYPOTHEQUE AERIENNE**

Conformément aux dispositions de l'article 32 de la loi algérienne n° 98-06 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, les aéronefs<sup>674</sup> sont aussi susceptibles d'hypothèque. Le créancier de l'exploitant ou du propriétaire d'un aéronef peut prendre une hypothèque sur cet engin de transport. Le régime de l'hypothèque aérienne, plus précisément sa constitution (I) et les droits du créancier (II) sont donc régies par les mêmes dispositions de 882 à 936 du Code civil algérien concernant l'hypothèque. L'hypothèque aérienne n'est pas

---

<sup>672</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 457.

<sup>673</sup> Com. 24 nov. 1975, Bull. civ. IV, n° 279.

<sup>674</sup> L'article 2 de la loi 98-06 définit l'aéronef comme tout appareil qui peut s'élever, se soutenir et circuler dans l'atmosphère grâce à des réactions de l'air autres que les réactions de l'air sur la surface de la terre.

concernée par la loi régissant la publicité foncière, et l'article 905 du Code civil algérien ne peut lui être appliqué.

## **I. CONSTITUTION**

Une hypothèque peut grever un aéronef, même s'il est encore en construction. Cette hypothèque peut grever par un seul acte tout ou partie de la flotte aérienne appartenant à un même propriétaire, à condition que les différents éléments de la flotte soient individualisés dans l'acte. Elle ne peut être constituée que sur des appareils immatriculés sur « le matricule aéronautique », un registre tenu par l'autorité chargée de l'aviation civile<sup>675</sup>. Cette immatriculation sert pour opposabilité.

Pour la validité de l'hypothèque, un acte authentique est exigé par application des dispositions de l'article 32 de la loi n° 98-06 et ceux du Code civil.

## **II. DROITS DU CREANCIER**

Le créancier titulaire d'une hypothèque aérienne peut saisir le bien qui forme l'objet de sa sûreté, afin d'exercer ensuite son droit de préférence sur le prix de vente.

### **A. LE DROIT DE PREFERENCE :**

L'hypothèque grève l'appareil et tous ses accessoires : cellule, moteurs, hélices, appareils de bord et toutes pièces destinées de façon continue au service de l'aéronef, qu'elles fassent corps avec lui ou qu'elles en soient temporairement détachées<sup>676</sup>. L'hypothèque aérienne peut en effet porter sur des pièces de rechange à condition qu'elles soient individualisées. Ces pièces de rechange doivent être entreposées en un ou plusieurs emplacements qui font l'objet de publicité<sup>677</sup>.

---

<sup>675</sup> Les articles de 17 à 29 de la loi n° 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile.

<sup>676</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELIER, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, op.cit., p. 460.

<sup>677</sup> Ibid. ; voir aussi l'article 122-4 du code français de l'aviation civile.

Selon les dispositions de l'article 34 de la loi n° 98-06, les mêmes dispositions que ceux de l'article L. 122-6 du Code français de l'aviation civil, en cas de perte ou d'avarie d'un aéronef, le créancier hypothécaire est, pour le montant de sa créance, subrogé, sauf convention contraire, à l'assuré dans le droit à l'indemnité due par l'assureur. Un état des inscriptions hypothécaires figurant sur le matricule aéronautique doit être requis par l'assureur avant tout paiement.

Le droit de préférence sur le prix de vente des biens grevés ou sur les indemnités qui les remplacent couvre le capital de la créance et autres dédommagements en guise d'intérêts pour tout créancier établissement financier ou bancaire. Le droit de préférence se fait par ordre des dates d'inscription. L'hypothèque aérienne est, selon les dispositions de l'article 33 de la loi n° 98-06, primée par les créanciers privilégiés au titre des frais de justice engagés pour parvenir à la vente de l'aéronef, les rémunérations dues pour le sauvetage de l'aéronef, les frais indispensables engagés pour la conservation de l'aéronef, et les créances portent sur l'aéronef ou sur l'indemnité d'assurance.

## **B. LE DROIT DE SUITE**

En application de l'article 882 du Code civil algérien, les créanciers ayant hypothèque inscrite sur les aéronefs suivent leur gage en quelque main qu'il passe. Comme pour l'hypothèque maritime, le tiers acquéreur dispose, pour s'affranchir de ce droit de suite, des options offertes par le droit commun de l'hypothèque immobilière : il peut payer le créancier hypothécaire ou délaisser le bâtiment ou encore engager une procédure de purge.

Le droit de l'hypothèque aérien est beaucoup évolué en France par rapport à l'Algérie. En effet l'article L.122-18 du Code Français de l'aviation civile conforte l'efficacité du droit de suite en précisant que, « *sauf le cas de vente forcée dans les formes prévues par décret, l'immatriculation d'un aéronef ne peut être transférée dans un autre Etat, sans mainlevée préalable des droits inscrits ou sans le consentement des titulaires. Jusqu'à ce qu'il ait été satisfait à cette condition, le fonctionnaire chargé de la tenue du registre d'immatriculation doit refuser toute radiation* ». Aussi, l'article L.150-11 du Code français de l'aviation civile punit des peines de l'abus de confiance toutes manœuvres frauduleuses destinées à priver le créancier de sa garantie. Enfin, il est important de relever que le droit de l'hypothèque aérien

est mieux énoncé en droit français qu'en droit algérien. Les dispositions du premier, de l'article L.122-1 à L.122- 18, L.122-18 à L.123-2, sont beaucoup plus explicites.

## CONCLUSION GENERALE

Les garanties des crédits bancaires se présentent comme un moyen permettant de faciliter l'accès aux ressources financières et de partager les risques. Pour utiles qu'elles soient, les garanties ne doivent pas justifier le crédit, elle n'en est qu'un accessoire certes important mais non essentiel<sup>678</sup>. L'important pour les établissements de crédits consiste à prendre conscience des risques qu'ils assument et avant tout, à analyser les facultés de remboursement effectif par le client, du crédit par lui sollicité.

Le droit algérien des sûretés qui trouve et tire essentiellement ces sources dans le Code civil, le Code commercial, et le Code de procédure civile et administrative, connaît les différentes garanties personnelles et réelles. Mais il est important de souligner que ce droit ne connaît que des institutions dites traditionnelles par rapport aux nouvelles techniques de pratiques bancaires et commerciales comme les garanties autonome ou à première demande, ou les lettre de confort très répandues dans le commerce international et dans la conclusion des marchés public.

Le législateur algérien n'a pas en effet, et cela depuis la promulgation des Codes civil et commercial, modifier des garanties déjà existantes, ni ajouter d'autres sûretés ou garanties susceptibles de confortées les établissements de crédits dans leurs pratiques.

La Cour suprême s'est focalisée beaucoup plu à travers ces arrêts, sur des définitions et des interprétations des articles concernant souvent le cautionnement ou l'hypothèque. Elle n'a pas réussi, par manque de contentieux bancaire et parfois par méconnaissances des techniques juridiques et bancaires, à reconnaître d'autres institutions de garanties bancaires susceptibles d'être intégrées par le législateur algérien comme l'a déjà fait son homologue français, déclenchant ainsi des réformes du droit des sûretés engagés par le groupe de travail présidé par le professeur Grimaldi, et entérinées par l'ordonnance n° 2006-343 du 23 mars 2006 relatives aux sûretés.

Aussi, il est utile de constater que le droit algérien des garanties, contrairement au droit français des sûretés, ne prévoit pas de mesures capables de protéger le débiteur face aux

---

<sup>678</sup> Michel MATHIEU, op.cit., p. 260.



établissements des crédits quant aux crédits disproportionnés. Il ne fait pas de différence entre débiteur personne physique et débiteur personne morale, ne prévoit pas de mesures spécialement conçues pour les crédits de ménage, et il ne connaît pas de procédures dites de surendettement<sup>679</sup> existante en droit français pour la protection du consommateur.

Pour ce qui est du droit français des sûretés, bien que très poussées et portant des solutions de réalisation et mise en œuvre des garanties très ingénieuses au plan juridique, les réformes ont été que partielles<sup>680</sup>. Elles se sont limitées aux garanties réelles et ont laissé les garanties personnelles.

Les garanties des crédits bancaires ont besoin aujourd'hui et plus que jamais de réformes qui devront toucher, en passant par le code civil et le code commercial, un ensemble d'autres matières et notamment du droit de la consommation, du droit des procédures collectives, qu'il s'agisse du redressement judiciaire et de la faillite des entreprises, du surendettement ou du rétablissement personnel ou du droit des voies d'exécution. Le législateur algérien devra transposer en droit national le droit international des garanties et les principes et règles internationaux régissant le commerce et la pratique bancaire internationale, et cela pour donner encore plus de garantie et de sécurité aux différents acteurs économiques et sociaux, mais aussi pour encourager et booster les politiques du développement des investissements pour réussir une économie forte et puissante par l'octroi des crédits qui seront garantis.

Enfin, les garanties bancaires sont des instruments de développement. Ils doivent satisfaire à une double exigence : d'une part, la rapidité et la sécurité ; d'autre part, la simplification dans la création et l'efficacité dans l'exécution. Pour être efficace, un système de garanties doit être géré de manière professionnelle; la valeur réelle du fonds de garantie doit être maintenue dans le temps, ce qui permettrait au demandeur de crédit d'y recourir à chaque instant que ses activités économiques le requièrent, afin de ne pas heurter le refus des établissements de crédit qui risquent de ralentir le bon déroulement de leurs activités<sup>681</sup>. Car,

---

<sup>679</sup> Le gouvernement algérien avait annoncé un avant projet à l'étude pour la consécration des procédures pour la protection du consommateur face aux crédits bancaires.

<sup>680</sup> Stéphane PIEDELIEVRE, « Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Défrénois*, 2006, 791, cité par S. PIEDELIEVRE dans son livre *Droit des sûretés*, op.cit., p. 15.

<sup>681</sup> Dominique LESAFFRE, *Débat autour de la garantie bancaire*, ADA, Texte espagnol adapté par Nicolas Pirote, n° 14, août 1998, in <http://www.globenet.org/horizon-local>.

on est bien conscient dans les milieux d'affaires que le crédit sur une grande échelle est la condition d'une croissance qui maintient les équilibres économiques. Aussi la crédibilité d'une bonne garantie réside dans le fait que le crédit doit être facilement recouvré en cas de non remboursement. Ce système doit également être attractif et simplifié pour les clients comme pour d'autres opérateurs.

## REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

### 1. OUVRAGES GÉNÉRAUX

- BENABENT Alain, *Droit civil, Les obligations*, Editions Montchrestien, 11<sup>e</sup> éd., 2008.
- BLAISE Jean-Bernard, *Droit des Affaires*, L.G.D.J – Lextenso éditions, 5<sup>e</sup> édition., 2009.
- DE JUGLART. M. et IPPOLITO. B, *Traité de droit commercial, Banque et Bourse*, t. 7, Editions Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 1991.
- DEKEUWER Françoise – EDITH BLARY Défoissez– CLEMENT, *Droit Commercial*, Editions Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 2007.
- DELEBECQUE Philippe, GERMAIN Michel, *Traité de Droit Commercial*, Tome 2, Editions L.G.D.J - 17 éd., 2004.
- GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, *Lexique des termes juridiques*, Editions Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2003.
- LAJOYE. C, *Droit des marchés publics*, Editions BERTI, 2007.
- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *les personnes – la protection des mineurs et des majeurs*, DEFRENOIS, Lextenso éditions, 4<sup>e</sup> éd., 2009.
- MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, T. 3, vol. 1, Editions Montchrestien, 1999.
- MERLE Philippe, *Droit commercial : sociétés commerciales*, Paris, 7<sup>ème</sup> éd., Editions Dalloz, 2000.
- RAYNAUD Marty et JESTAZ, *Droit civil, Les obligations*, tome II, Le régime, 2<sup>e</sup> éd., Editions Sirey 1989.
- RIPERT. G. et ROBLOT. R, *Traité de droit commercial, les sociétés commerciales*, tome 1- volume 2, Editions L.G.D.J- DELTA, 18<sup>e</sup> éd., 2002.
- SALAH Mohamed, *Les sociétés commerciales-tome I, les règles communes-la société en nom collectif-la société en commandite simple*, EDIK, 2005.

- TRARI TANI Mostepha, PISSOORT William, et SAERENS Patrick, *Droit commercial international*, collection droit pratique, BERTI Editions, éd., 2007.

## **2. OUVRAGES SPÉCIAUX**

- Barré (X.), *La lettre d'intention, Technique contractuelle et pratique bancaire*, Editions Economica, 1996.
- BENKRIMI Karim, *Crédit Bancaire et Economie Financière*, éditions Dar El Othmania 2010.
- BONNEAU Thierry, *Droit bancaire*, Montchrestien – LEXTENSO éditions, 8<sup>e</sup> éd., 2009.
- CABRILLAC Michel, MOULY Christian, *Droit des Suretés*, Editions Juris-Classeur, LITEC, 7<sup>e</sup> éd., 2004.
- CAPRIOLI (E.), *Le crédit documentaire*, Editions Litec, éd., 1994.
- CROCQ Pierre, « *Propriété et Garantie* », Tome 1, n°282, Editions LGDJ, éd., 2004.
- DECOQ Georges, GERARD Yves, MOREL-MAROGER Juliette, *Droit Bancaire*, Editions Revue Bancaire, éd., 2010.
- GAVALDA Christian, STOUFLET Jean, *Droit Bancaire*, Editions Litec, 7<sup>e</sup> édition 2008.
- GRUA (F.), *Contrats bancaires, Les contrats de services -Tome 1*, Editions Economica 1990.
- JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, BOURASSIN Manuella, BREMOND Vincent, *Droit des Suretés*, Editions DALLOZ 2007.
- *Le crédit & ses garanties*, Editions du Juris-Classeur, 2007.
- LEFEBVRE Francis Editions, *DOSSIERS PRATIQUES, Relations Entreprises Banques*, 2003.
- LEGEAIS Dominique, *Suretés et Garanties du Crédit*, Editions L.G.D.J, 5<sup>e</sup> éd., 2006.
- LESAFFRE Dominique, *Débat autour de la garantie bancaire*, ADA, Texte espagnol adapté par Nicolas Pirote, n° 14, août 1998, in <http://www.globenet.org/horizon-local>.

- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Cours de droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, par L. AYNES, Cujas, 2000/2001, n°1.
- MARTINI Hubert– DEPREE Dominique– Joanne KLEIN -CORNEDE, Crédits documentaires, *Lettres de crédit stand-by, Cautions et garanties – GUIDE PRATIQUE*, REVUE BANQUE Editions 2007.
- MATHIEU Michel, *l'Exploitant bancaire et le Risque crédit*, Editions revue banque. Éd., 1995.
- MATTOUT Jean-Pierre, *Droit Bancaire International*, Editions Revue Banque, 3<sup>e</sup> éd., 2003.
- PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit bancaire*, Editions PUF DROIT, 2003.
- PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit des sûretés*, Editions ellipses 2008.
- PRUM André, *Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie*, Editions Litec 1994.
- ROSSI Tuto, *la garantie bancaire à première demande : pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, Méta-Editions 2009.
- SADOK Tahar Hadj, *Les risques de l'entreprise et de la banque*, éditions DAHLEB 2007.
- SIMLER Philippe, « *Cautionnement et garanties autonomes* », Editions Litec, 1999/2000.

### **3. LES REGELS DE LA C.C.I, LA CONVENTION DE LA C.N.U.D.C.I, ET DICTIONNAIRES DE SPECIALITES**

- Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties contractuelles, publication n°325.
- Règles uniformes de la CCI relatives aux Garanties sur demande RUGD, Brochure n° 458.
- CNUDCI, Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, 1995. [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).
- Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, réforme du droit des sûretés, numéro spécial 84-1, 8<sup>e</sup> année – cahier n° 02, éditions législatives Juin 2006.

- Dictionnaire permanent, recouvrement des créances et procédures d'exécution, Editions législatives, Bulletin 109, Octobre 2009.

#### **4. OUVRAGE GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX EN LANGUE ARABE**

- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، الجزء 1 ، منشورات دار هومة 2009.
- جميل الشرقاوي ، دروس التأمينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية 1976.
- حمدي باشا عمر ، الإجتهد العقاري على ضوء آخر قرارات مجلس الدولة و المحكمة العليا - الطبعة رقم 08 ، منشورات دار هومة 2009.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 10 ، التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية 2000.
- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية – دراسة لعمليات المصارف في القضاء المصري و الفرنسي و تشريعات البلاد العربية، منشورات دار النهضة العربية 1969.
- فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري، حقوق الملكية الصناعية و التجارية – حقوق الملكية الأدبية و الفنية ، منشورات ابن خلدون للنشر و التوزيع 2006.
- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني – التأمينات العينية – الرهن الرسمي و حق الإختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الإمتياز، دار الهدى 2010.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني – التأمينات الشخصية و العينية - عقد الكفالة، دار الهدى 2011.

## **5. CHRONIQUES ET ARTICLES DE DOCTRINE**

- BAILLOD. R, « *les lettres d'intention* », RTD com, 1992.
- CAMENSULI-FEULLARD Laurence, *Droit des entreprises en difficulté*, Revue l'ESSENTIEL n° 03, Editions Lextenso - juillet 2009.
- CORDELIER. E, « *A propos de l'article 2037 du Code civil français*», RTD com, 2004.
- COURTIER Jean, « *La garantie à première demande : une nouvelle sûreté pour les créanciers* », Petites Affiches n° 61, 23 mai 1994.
- GALLOIS-COCHET Dorothée, *Droit des Contrats*, Revue l'ESSENTIEL n° 10, Editions LEXTENSO -novembre 2009.
- GUESMI Ammar, « *l'évolution des garanties bancaires en matière de commerce international dans la pratique des banques algériennes* », Revue Entreprise et Commerce n° 02, Editions EDIK 2006.
- LEFEBVRE Francis Editions, « *cautionnement donné par une société civile, SNC, SCS* », Revue du Bulletin Rapide de droit des affaires n° 24, 2011.
- LEFEBVRE Francis Editions, « *Inopposabilité à une SA d'un cautionnement non autorisé par le conseil d'administration* », MSC n° 8250, Revue du Bulletin Rapide de droit des affaires n° 24, 2009.
- MIGNOT Marc, *Droit Bancaire*, Revue l'ESSENTIEL n° 03, Editions LEXTENSO 2011.
- MOUMOUNI Charles, le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire « à première demande », Revue Juridique Thémis, N° 31, 797, 1997.
- MULLER Anne-Catherine, *Droit des Contrats*, Revue l'ESSENTIEL n° 04, Editions LEXTENSO 2011.
- PIEDELIEVRE Stéphane, « *Le cautionnement excessif* », Défrénois, 1998.
- PIEDELIEVRE Stéphane, « *Le projet de convention de la commission des nations unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by* », R.T.D.Com, 1996.
- PIEDELIEVRE Stéphane, « *Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006* », Défrénois, 2006.
- PILLET Gilles, *Droit des Contrats*, Revue l'ESSENTIEL n°02, Editions LEXTENSO- Juillet 2008.
- RIASSETTO. I, « *le porte-fort exécution* », Lamy droit des sûretés, étude, 150. 2006.

- RIVES-LANGE. J.-L., « *Les garanties indépendantes et le rôle des banques* », Revue Banque n° 468, janvier 1987.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, Droit des Contrats, Revue l'ESSENTIEL n° 08, Editions Lextenso- septembre 2009.
- SIMLER Philippe, « *A propos des garanties autonomes en droit interne souscrites par des personnes physiques* », JCP, E, I, 1991.
- SIMLER Philippe, « *Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention comme technique de garantie ?* », Revue Droit Bancaire et Bourse, 1997.
- STOUFFLET Jean, « *Les Garanties bancaires internationales* », Juris-classeur Banque –crédit –bourse, 2003.

## **6. THÈSES DE DOCTORAT**

- Ferreira. G, « *les garanties indemnitaires* », Thèse de doctorat, Versailles, 2002.

## **7. MÉMOIRES DE MAGISTER**

- BENIS. M., « *L'effectivité des sûretés garantissant les crédits bancaires* », Mémoire de DEA, Université de Paris V, 2000.
- BORGA Nicolas, « *la qualification de garantie autonome* », Mémoire D.E.A Droit Privé Fondamental Université Jean Moulin - Lyon 3, 2000/2001.
- CALOT Stéphanie, « *Nature juridique de l'obligation de garantie* », Mémoire de DEA, Université de Lille, 1999.



## **8. PRINCIPAUX TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES**

### **A. PRINCIPAUX TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES ALGÉRIENS**

- Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille, J.O.R.A. n° 24 du 12 Juin 1984, modifiée et complétée par l'ordonnance 05/02 du 27 février 2005, J.O.R.A. n° 15 du 27 février 2005.
- Loi n° 90-11 du 21 avril 1990 relative aux relations du travail, J.O.R.A. n° 17 du 25 avril 1990, complétée par l'ordonnance n° 97-02 du 11 janvier 1997, J.O.R.A. n° 03 du 12 janvier 1997.
- Loi n° 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, J.O.R.A. n° 48 du 27 juin 1998, modifiée et complétée par la loi 08-02 du 23 janvier 2008, J.O.R.A. n° 04 du 27 janvier 2008.
- Loi n° 01-21 du 22 décembre 2001 portant loi de finances pour 2002, J.O.R.A. n° 79 du 23 décembre 2001.
- Loi n° 02-11 du 24 décembre 2002 portant loi de finances pour 2003, J.O.R.A. n° 86 du 25 décembre 2002.
- Loi n° 04-08 du 14 août 2004, relatives aux conditions d'exercice des activités commerciales, J.O.R.A. n° 52 du 18 août 2004.
- Loi n° 04-15 du 10 novembre 2004 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant code pénal, J.O.R.A. n° 71 du 10 novembre 2004.
- Loi n° 05-16 portant loi de finances pour 2006, J.O.R.A. n° 85 du 31 décembre 2005.
- Loi n° 08-09 du 25 février 2009 portant *code de procédure civile et administratif*, J.O.R.A. n° 21 du 23 avril 2009.
- Ordonnance n° 66-154 du 8 juin 1966, modifiée et complétée, portant *code de procédure civile*, J.O.R.A. n° 47 du 9 juin 1966.
- Ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant *code civil*, J.O.R.A. n° 78 du 30 septembre 1978, J.O.R.A n° 31 du 13 mai 2007.
- Ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 *portant code de commerce*, J.O.R.A. n° 110 du 19 septembre 1975.

- Ordonnance n° 76-80 du 23 octobre 1976 portant *code maritime* modifiée et complétée par la loi n° 98-05 du 25 juin 1998, JORA n°47 du 27 juin 1998, complétée et modifiée par la loi 10-04 du 15 août 2010, JORA n° 46 du 18 août 2010.
- Ordonnance n° 96-07 du 10 janvier 1996 modifiant et complétant la loi n° 92-22 du 18 août 1990 *relative au registre du commerce*, J.O.R.A. n° 3 du 14 janvier 1996.
- Ordonnance n° 96-09 du 10 janvier 1996 relative au crédit-bail, J.O.R.A. n° 03 du 14 janvier 1996.
- Ordonnance n° 2003-06 du 19 juillet 2003 relative aux marques, J.O.R.A. n° 44 du 23 Juillet 2003.
- Ordonnance n° 2003-07 du 19 juillet 2003 relative aux brevets d'invention, *J.O.R.A. n° 44 du 23 juillet 2003*.
- Ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit – J.O.R.A. n° 52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par l'article 107 de l'ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, J.O.R.A. n° 44 du 26 juillet 2009, et l'ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, J.O.R.A. n° 49 du 29 août 2010.
- Décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics, J.O.R.A n° 52 du 28 juillet 2002, modifié et complété par le décret présidentiel n° 08-338 du 26 octobre 2008, J.O.R.A n° 62 du 09 novembre 2008.
- Décret présidentiel n° 2010-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics, J.O.R.A n° 58 du 07 octobre 2010.
- Décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant code de commerce, J.O.R.A. n° 27 du 27 avril 1993.
- Décret n° 76-63 du 25 mars 1976 relatif à l'institution du livre foncier, J.O.R.A. n° 30 du 13 avril 1976.
- Décret n° 93-123 du 19 mai 1993, modifiant et complétant le décret n° 76-63 du 25 mars 1976 relatif à l'institution du livre foncier – J.O.R.A. n° 34 du 23 mai 1993.
- Décret exécutif n° 98-67 du 21 Février 1998 portant création, organisation et fonctionnement de la caisse de garantie des marchés publics (C.G.M.P.) – J.O.R.A n° 11 du 01 mars 1998.
- Décret exécutif n° 98-68 du 21 février 1998 portant création et statut de l'I.N.A.P.I, J.O.R.A. n° 11 du 01 Mars 1998.

- Décret exécutif n° 02-373 du 11 novembre 2002 portant institution du fonds de garanties des crédits petites et moyennes entreprises, JORA n° 74 du 13 novembre 2002.
- Décret exécutif n° 2005-275 du 25 août 2005 fixant les modalités de dépôt et de délivrance des brevets d'invention, J.O.R.A. n° 54 du 07 août 2005.
- Décret exécutif n° 2005-277 du 02 août 2005 fixant les modalités de dépôt et d'enregistrement des marques - J.O.R.A. n° 54 du 07 août 2005.
- Décret exécutif n° 06-132 du 3 avril 2006 relatif à l'hypothèque légale instituée au profit des banques, des établissements financiers et autres institutions, J.O.R.A. n° 21 du 05 Avril 2006.
- Règlement n° 09-08 du 29 décembre 2009 relatif aux règles d'évaluation et de comptabilisation des instruments financiers par les banques et les établissements financiers.

## **B. PRINCIPAUX TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES FRANÇAIS**

- Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, dite loi « Dailly », modifiée par la loi du 24 janvier 1984 facilitant le crédit aux entreprises.
- Loi Maritime du 10 décembre 1984.
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 *relative aux nouvelles régulations économiques*, J.O.R.F. n° 113 du 16 mai 2001, dite loi N.R.E.
- Loi n° 2003-721, dite loi « Dutreil » du 1<sup>er</sup> août 2003 sur l'initiative économique, J.O.R.F du 05 août 2003.
- Loi n° 2005-842 *pour la confiance et la modernisation de l'économie*, J.O.R.F. du 27 juillet 2005.
- Code français de la consommation, version consolidée au 02 juin 2012, consulté sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>.

- Code français de l'aviation civile, version consolidée au 06 mai 2012, consulté sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>.
- Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 *relative aux sûretés*. J.O.R.F. n° 71 du 24 mars 2006.
- Décret du 07 janvier 2004 portant *Code français des marchés public* – J.O.R.F du 8 janvier 2004.

## **TABLE DES MATIERES**

<b><u>INTRODUCTION</u></b>	01
<b><u>TITRE I. LES GARANTIES BANCAIRES PERSONNELLES</u></b>	07
<b><u>CHAPITRE I. LE CAUTIONNEMENT</u></b>	08
<b><u>SECTION 1. LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT</u></b>	09
<b>§ 1. LES CONDITIONS DE VALIDITE</b>	09
<b>I. LE CONSENTEMENT DES PARTIES</b>	10
A. La violence	11
B. l'erreur	12
C. Le Dol	14
D. L'obligation du créancier de contracter de bonne foi	17
<b>II. QUALITES EXIGEEES DE LA CAUTION</b>	17
A. capacité et personnalité juridique	18
B. les pouvoirs de la caution	21
C. La solvabilité de la caution	27
D. Le domicile de la caution	29
<b>III. L'OBJET DU CAUTIONNEMENT</b>	29
<b>IV. LA CAUSE DU CAUTIONNEMENT</b>	34
<b>§ 2. LA PREUVE DU CAUTIONNEMENT</b>	36
<b><u>SECTION 2. EFFETS DU CAUTIONNEMENT</u></b>	39

<b>§ 1. LES RAPPORTS ENTRE LA CAUTION ET LA BANQUE</b>	39
<b>I. POURSUITES DU CREANCIER CONTRE LA CAUTION</b>	39
<b>A. LES CONDITIONS D'EXERCICE DES POURSUITES</b>	40
1. L'exigibilité de la créance principale	40
a. L'hypothèse de la déchéance du terme	40
b. L'hypothèse de la prorogation du terme	41
2. La défaillance du débiteur principal	43
<b>B. LA MISE EN ŒUVRE DES POURSUITES</b>	44
1. Le paiement de la dette	44
2. Les moyens de défense	45
a. Le bénéfice de discussion	45
b. Le bénéfice de division	48
<b>§ 2. LES RAPPORTS ENTRE LA CAUTION ET LE DEBITEUR PRINCIPAL</b>	48
<b>I. RECOURS CONTRE LE DEBITEUR</b>	49
<b>A. LE RECOURS NORMAL APRES PAIEMENT</b>	49
1. L'action personnelle	50
2. L'action subrogatoire	50
<b>B. LE RECOURS EXCEPTIONNEL AVANT PAIEMENT</b>	51
1. Le fondement	52
2. Les hypothèses	52
<b>§ 3. LES RAPPORTS ENTRE LA CAUTION ET D'AUTRES GARANTS</b>	53
<b>I. LES CONDITIONS D'EXERCICE</b>	54
<b>II. LES EFFETS</b>	54
<b><u>SECTION 3. L'EXTINCTION</u></b>	56

<b>§ 1 : EXTINCTION PAR VOIE ACCESSOIRE</b>	56
<b>I. L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE REGLEMENT</b>	56
A. LA QUALITE DE CAUTION DU SOLVENS	57
B. LES AUTRES MODES D'EXTINCTION	57
1. Les hypothèses prévues	57
a. La remise de dette	58
b. La compensation	58
c. La confusion	59
2. Les hypothèses non prévues	59
a. La prescription	59
b. La novation	60
c. La nullité ou la résolution du contrat de cautionnement	60
<b>II. L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE</b>	61
A. LA RESILIATION DU CAUTIONNEMENT A DUREE INDETERMINEE	61
B. L'ARRIVEE DU TERME	62
1. Le terme express	62
2. Le terme implicite	62
C. LE DECES OU LA DISPARITION DE LA CAUTION	63
<b>§ 2. EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE</b>	64
<b>I. LE PAIEMENT DE LA DETTE PRINCIPALE</b>	64
<b>II. AUTRES HYPOTHESES D'EXTINCTION</b>	65
<b>§ 3. LA PERTE DU BENEFICE DE SUBROGATION</b>	66
<b>I. LES OBSTACLES A LA SUBROGATION</b>	67
A. LA FAUTE DU CREANCIER	67
B. L'IMPOSSIBILITE DE SUBROGER	69

<b>II. LES EFFETS</b>	69
A. LA DECHARGE DE LA CAUTION	69
1. Le principe de la décharge de la caution	69
2. La consistance de la décharge	70
<b><u>CHAPITRE II. LES ALTERNATIVES ISSUES DES PRATIQUES BANCAIRES ET COMMERCIALES</u></b>	71
<b><u>SECTION I. LES GARANTIES INDEPENDANTES (AUTONOMES)</u></b>	72
<b>§ 1. LA QUALIFICATION JURIDIQUE ET LES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA GARANTIE INDEPENDANTE</b>	72
<b>I. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA GARANTIE INDEPENDANTE</b>	72
A. LES INSTITUTIONS VOISINES	75
1. Garantie à première demande et cautionnement	76
2. Garantie à première demande et crédit documentaire	77
3. Garantie à première demande et délégation	78
4. Les caractères de la garantie à première demande	79
B. LE CARACTERE PERSONNEL DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE	79
1. l'autonomie de la volonté	81
2. Inopposabilité des exceptions	82
3. L'inopposabilité des exceptions tirées du rapport d'ordre	83
a. L'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de base	84
<b>II. LES CONDITIONS DE VALIDITES DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE</b>	86
A. LES CONDITIONS DE FORMES	86
1. Les règles de formes prescrites par les conventions internationales	86
2. Règles de formes prescrites par les pratiques	88



bancaires et la jurisprudence	
<b>B. LES CONDITIONS DE FONDS</b>	<b>89</b>
1. Application des règles du droit commun	89
a. Le Consentement des parties	89
b. Capacité et pouvoir	90
2. Application des règles propres aux garanties sur demande	91
a. Cause de la garantie	91
b. Objet de la garantie	91
<b>§ 2. LE REGIME JURIDIQUE DE LA GARANTIE INDEPENDANTE</b>	<b>93</b>
<b>I. LA MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE INDEPENDANTE</b>	<b>93</b>
<b>A. L'APPEL DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE</b>	<b>94</b>
1. Les conditions de forme	94
a. La demande simple	94
b. La demande documentée	96
2. Les conditions de fond	97
a. La qualité des parties	95
b. Les modalités de l'appel	98
<b>B. LES EFFETS DE L'APPEL ET SA MISE EN ECHEC</b>	<b>99</b>
1. L'obligation d'information	100
2. Les fondements de l'obligation d'information	100
3. La portée de l'obligation d'information	101
a. Le paiement	101
b. les effets du paiement	102
<b>II. L'EXTINCTION DE LA GARANTIE INDEPENDANTE</b>	<b>103</b>
<b>A. LES CONDITIONS DE LA MISE EN ECHEC DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE</b>	<b>104</b>
1. La notion et domaine de l'abus de droit	105
2. La notion et domaine de la fraude	106
3. Les modalités de la mise en échec de la garantie	107
<b>III. LA PRATIQUE DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE EN ALGERIE</b>	<b>110</b>

A. LA GARANTIE AUTONOME VUE PAR LES JURIDICTION ALGERIENNES	110
---	-----

<b><u>SECTION II : LA LETTRE D'INTENTION</u></b>	113
--	-----

<b>§ 1. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA LETTRE D'INTENTION</b>	114
---	-----

<b>I. LA QUALIFICATION DES OBLIGATIONS DE L'EMETTEUR DE LA LETTRE D'INTENTION</b>	114
---	-----

A. LES LETTRES D'INTENTION SANS ENGAGEMENT JURIDIQUE	116
--	-----

B. LES LETTRES CONSTITUTIVES DE CAUTIONNEMENT	117
---	-----

C. LES LETTRE D'INTENTION PORTANT ENGAGEMENT JURIDIQUE DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE	119
--	-----

1. Obligations de moyens	119
--------------------------	-----

2. Obligations de résultat	120
----------------------------	-----

<b>II. LA QUALIFICATION DE LA LETTRE D'INTENTION EN « GARANTIE »</b>	122
--	-----

<b>§ 2. LE REGIME JURIDIQUE DE LA LETTRE D'INTENTION</b>	125
--	-----

<b>I. LA FORMATION DE LA LETTRE D'INTENTION</b>	126
---	-----

<b>II. LES EFFETS DE LA LETTRE D'INTENTION</b>	127
--	-----

A. L'OPPOSABILITE OU INOPPOSABILITE DES EXCEPTIONS RELATIVES AU CONTRAT PRINCIPAL	127
---	-----

1. La finalité de garantie de la lettre d'intention	128
---	-----

2. La nature indemnitaire de la lettre d'intention	128
--	-----

3. Le caractère d'« accessoriété » médian de la lettre d'intention	129
--	-----

B. LES EFFETS TENANT A LA NATURE INDEMNITAIRE	129
---	-----

DE LA LETTRE D'INTENTION	
1. le fait générateur de responsabilité	130
2. le préjudice réparable	131
3. le lien de causalité	131
4. les causes d'exonération	131
5. les recours de l'émetteur «solvens »	132
<b><u>TITRE 2.</u> LES GARANTIES BANCAIRES REELLES</b>	133
<b><u>CHAPITRE I.</u> LES SURETES REELLES IMMOBILIERES</b>	134
<b><u>SECTION I.</u> L'HYPOTHEQUE</b>	135
<b>§ 1. LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHEQUE</b>	135
<b>I. LES CONDITIONS DE FORMES</b>	136
<b>II. LES CONDITIONS DE FOND</b>	137
A. L'INDIVISIBILITE DE L'ASSIETTE	138
B. L'INDIVISIBILITE DE LA CREANCE	138
C. LA SPECIALITE DE L'ASSIETTE	139
D. LA SPECIALITE DE LA CREANCE	139
<b>III. L'ASSIETTE DE L'HYPOTHEQUE</b>	140
<b>IV. L'INSCRIPTION DE L'HYPOTHEQUE</b>	142
<b>§.2. EFFET, TRANSMISSION ET EXTINCTION DE L'HYPOTHEQUE</b>	144
<b>I. LES EFFETS DE L'HYPOTHEQUE</b>	144
A. RAPPORTS ENTRE LE CREANCIER ET	144

LE CONSTITUANT	
1. Les effets avant la réalisation	145
2. Les effets lors de la réalisation	146
B. RAPPORTS CREANCIER HYPOTHECAIRE ET AUTRES CREANCIERS	147
C. RAPPORTS CREANCIER HYPOTHECAIRE TIERS DETENTEUR	148
<b>II. TRANSMISSION ET EXTINCTION DE L'HYPOTHEQUE</b>	151
A. LA TRANSMISSION DE L'HYPOTHEQUE	151
B. L'EXTINCTION DE L'HYPOTHEQUE	152
1. L'EXTINCTION A TITRE ACCESSOIRE	152
2. L'EXTINCTION A TITRE PRINCIPAL	152
<b>III. L'HYPOTHEQUE RECHARGEABLE</b>	154
A. LES CONDITIONS DE FORME	154
B. LES CONDITIONS DE FOND	155
1. La durée de l'hypothèque rechargeable	157
<b>IV. L'HYPOTHEQUE ET LES PROCEDURES COLLECTIVES</b>	157
<b>§ 3. LES HYPOTHEQUES SPECIALES</b>	158
<b>I. LES HYPOTHEQUES LEGALES</b>	158
A. L'HYPOTHEQUE LEGALE DU VENDEUR D'IMMEUBLE	159
B. L'HYPOTHEQUE LEGALE DU COPARTAGEANT	160
C. L'HYPOTHEQUE LEGALE DES ARCHITECTES ET ENTREPRENEURS	161
D. L'HYPOTHEQUE LEGALE AU PROFIT DES BANQUES, DES ETABLISSEMENTS FINANCIERS ET AUTRES INSTITUTIONS	161

<b>II. L'HYPOTHEQUE JUDICIAIRE</b>	163
A. L'AUTORISATION JUDICIAIRE	164
B. L'INSCRIPTION PROVISOIRE	164
C. LA VALIDATION	165
<b><u>SECTION II</u> : L'ANTICHRESE</b>	166
<b>§1. CONSTITUTION ET EFFETS DE L'ANTICHRESE</b>	166
<b>I. LA CONSTITUTION DE L'ANTICHRESE</b>	167
<b>II. LES EFFETS DE L'ANTICHRESE</b>	169
<b>§ 2. LE REGIME DE L'ANTICHRESE</b>	171
<b>I. UN REGIME PROPRE</b>	171
<b>II. UN REGIME EMPRUNTE AU GAGE OU A L'HYPOTHEQUE</b>	172
<b><u>CHAPITRE II</u>. LES GARANTIES REELLES MOBILIERES</b>	174
<b><u>SECTION I</u>. L'AFFECTATION EN GARANTIE DE BIENS MOBILIERS</b>	175
<b>§ 1. LE GAGE DE MEUBLES CORPORELS</b>	175
<b>I. CONSTITUTION ET OPPOSABILITE DU GAGE</b>	176
A. LES CONDITIONS DU GAGE	176
1. La créance garantie	176
2. L'assiette de la garantie	176
3. Les parties au contrat	176

B. LES FORMALITES	177
<b>II. LES EFFETS DU GAGE</b>	179
A. PREROGATIVES ET OBLIGATIONS DU CREANCIER GAGISTE	179
1) Les prérogatives	179
a) Le droit de rétention	179
b) Le droit de suite	180
c) Le droit de préférence	180
2) Les obligations	180
a) Le non usage	180
b) La conservation	181
c) La restitution	181
B. LA REALISATION DU GAGE	182
<b>III. L'EXTINCTION DU GAGE</b>	184
A. L'EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE	184
B. L'EXTINCTION PAR VOIE ACCESSOIRE	184
<b>IV. LE NANTISSEMENT DU MATERIEL D'EQUIPEMENT ET DE L'OUTILLAGE</b>	184
A. DROITS DU CREANCIER	186
<b>§ 2. NANTISSEMENT DES BIENS INCORPORELS</b>	189
<b>I. LE GAGE DES CREANCES</b>	189
<b>II. LE NANTISSEMENT DE BIENS INCORPORELS SPECIAUX</b>	193
A. LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE	193
1. CONSTITUTION	193
2. PROTECTION DU CREANCIER	195
a) Le sort du nantissement sur le fonds de commerce hors procédures collectives	197
b) Le sort du nantissement sur le fonds de commerce lors de procédures collectives	198

B. LE NANTISSEMENT JUDICIAIRE (LA SAISIE CONSERVATOIRE)	198
C. LE NANTISSEMENT DES PARTS SOCIALES	200
1. Le nantissement des parts de sociétés civiles	201
2. Le nantissement des parts de sociétés en nom collectif	201
3. Le nantissement des parts de sociétés à responsabilité limitée	202
4. L'efficacité du nantissement des parts sociales	203
D. LE NANTISSEMENT DE VALEURS MOBILIERES ET D'INSTRUMENTS FINANCIERS	204
1. Le nantissement ou le gage des valeurs dématérialisées	205
2. Le nantissement ou le gage des valeurs non dématérialisées	206
3. L'efficacité du nantissement	206
a) Le sort du nantissement au profit d'une banque lors de procédures collectives	207
E. LE NANTISSEMENT DE BREVETS ET DE MARQUES	208
F. LE NANTISSEMENT DE MARCHE PUBLIC	210
<b><u>SECTION II. LES HYPOTHEQUES MOBILIERES</u></b>	214
<b>§1. L'HYPOTHEQUE MARITIME</b>	215
<b>I. CONSTITUTION</b>	215
A. FORMES DU CONTRAT D'HYPOTHEQUE	216
B. PUBLICITE DES HYPOTHEQUES	216
C. PEREMPTION ET RADIATION	217
<b>II. DROITS DU CREANCIER</b>	217
A. LE DROIT DE PREFERENCE	217
1. Assiette de l'hypothèque maritime	218
2. Le droit de suite	220
<b>§ 2. L'HYPOTHEQUE AERIENNE</b>	220
<b>I. CONSTITUTION</b>	221

<b>II. DROITS DU CREANCIER</b>	221
A. LE DROIT DE PREFERENCE	221
B. LE DROIT DE SUITE	222
<b>CONCLUSION GENERALE</b>	224
<b>REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES</b>	227
<b>TABLE DES MATIERES</b>	237



## Résumé :

L'ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit<sup>1</sup> définit le crédit comme tout acte onéreux par lequel une personne 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. Les crédits, sous toutes ces formes possibles, octroyés par la banque aux personnes, exigent souvent des garanties pour prémunir des risques de non remboursement. Ces garanties aussi multiples soit elles ont une place et un rôle déterminant pour le recouvrement des créances. Elles permettent de dégager la responsabilité des contractants pour le prêt bancaire. Quel sont ces garanties, et comment sont elles mises en œuvre ? Une étude comparée selon le droit Algérien et français, en prenant en compte les sources internationales vas nous permettre de cerner ces garanties relatives aux crédits bancaires et comprendre de leurs régime juridique. Et vas nous éclairer sur le traitement accordé à la banque à travers l'application des règles et procédures juridique sur les emprunteurs des crédits bancaire. Il convient aussi de savoir la constitution de ces garanties et des autres techniques bancaires et commerciales, leurs étendues et les effets qu'elles génèrent. Aussi, il est important de voir les issues des garanties pour les différentes procédures de droit relatives aux entreprises et société en redressement, en liquidation ou en faillite, et finir avec la phase d'extinction.

## Mots Clés :

Sûretés; Garanties Personnelles; Cautionnement; Lettre D'intention; Garantie A Première Demande; Garanties Réelles; Crédit; Banque; Pratiques Bancaires; Pratiques Commerciales .

---

<sup>1</sup> Ordonnance relative à la monnaie et au crédit n° 03-11 du 26 août 2003, J.O.R.A. n° 52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par les ordonnances n° 09-01 et n° 10-04, du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, J.O.R.A. n° 44 du 26 juillet 2009, et l'ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, J.O.R.A, n° 49 du 29 août 2010.