

DROIT CIVIL MAURICIEN

**La cause de l'engagement
dans le contrat de cautionnement
en droit mauricien**

Dr. Goran GEORGIJEVIC

Lecturer, Université de Maurice¹

Résumé :

La cause de l'engagement contractuel est traitée aux articles 1108, 1131, 1132 et 1133 du Code civil mauricien. De ces quatre articles, on déduit traditionnellement une distinction entre la cause objective et la cause subjective de l'engagement contractuel. La première représente la raison immédiate et directe de la décision de contracter et est toujours la même dans un même type de contrat. En revanche, la seconde est cette raison éloignée et médiate du contrat qui consiste en des motifs personnels des parties au contrat. Cet article contient une analyse de la cause subjective du contrat de cautionnement, qui peut prendre deux formes différentes, à savoir la cause subjective illicite et la cause subjective licite.

Mots-clés : Maurice – contrat – cause – objective – subjective

¹ Dr. Goran Georgijevic est aussi Officier (*Law Reform Officer*) de la Commission des réformes législatives (*Law Reform Commission*) de Maurice dont les fonctions à la Commission ne sont pas actives pendant la durée de son engagement à temps plein à l'Université de Maurice.

Abstract:

The cause of the contractual commitment is dealt with in articles 1108, 1131, 1132 and 1133 of the Mauritian Civil Code. From these four articles, a distinction may traditionally be made between the objective cause and the subjective cause of the contractual commitment. The first represents the immediate and direct reason for the decision to contract and is always the same in the same type of contract. On the other hand, the second is this distant and mediate reason of the contract which consists of personal reasons of the parties to the contract. This article contains an analysis of the subjective cause of the surety bond, which can take two different forms, namely the unlawful subjective cause and the lawful subjective cause.

Mots-clés : Mauritius – contract – cause – objective – subjective

Le Code civil mauricien, à l'instar de son homologue français, consacre à la cause des engagements contractuels, cette notion qui a depuis toujours suscité de nombreux développements doctrinaux², les articles³ 1108⁴, 1131⁵, 1132 et enfin 1133⁶. De ces quatre articles, on déduit traditionnellement une distinction entre la *cause objective* et la *cause subjective* de l'engagement contractuel⁷.

La première représente la raison immédiate et directe de la décision de contracter et est toujours la même dans un même type de contrat⁸. En revanche,

² Sur l'opposition classique entre le courant causaliste et le courant anti causaliste voir par exemple : CAPITANT, *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz, 2^{ème} éd., 1924, pp. 47-49 ; 56-57 ; 81-82; GARRON F., *La caducité du contrat : étude de droit privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 134-135 – Sur la suppression de la cause dans le Code civil français : CHENEDE F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-innovations-perspectives*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2018, pp. 67-68, par. n° 123. 181 s. ; TRANCHANT L., EGEE V., *Droit des obligations*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2018, pp. 42 s. ; CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, 13^{ème} éd. 2018, pp. 81 s. ; AUBERT J. - L, COLLART-DUTILLEUIL F., *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2017, pp. 89 s. ; ALBIGES Ch., DUMONT-LEFRAND M. – P., *Droit des sûretés*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2019, pp. 71 s. MEKKI M., « L'Ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 494 s. n° 18 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2019, pp. 165 s. n° 129 s. ; WICKER G., « La Suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La Réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, Société de Législation Comparée, 2015, pp. 107 s. ; ANSAULT J. – J., « La Validité du contrat », *Journal des sociétés*, n° 118/2014, pp. 22 et 26 ; FERRIER N., « Le Renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat », in *La Réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, Société de Législation Comparée, 2015, p. 74 ; HOUTCIEFF D., « Le Contenu du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats, sous la direction de François Terré*, Dalloz, 2009, pp. 198 s.

³ Sur le maintien des articles relatifs à la cause de l'engagement contractuel lors d'une éventuelle future réforme du Code civil mauricien voir notamment : Law Reform Commission, *Discussion Paper, Reform of Law of Contract & Régime and Proof of Obligations in the Code civil mauricien*, juin, 2017, pp. 33-40.

⁴ Cet article érige la cause en condition de validité du contrat.

⁵ Aux termes de l'article susmentionné, l'obligation sans cause, sur une fausse cause ou sur une cause illicite, ne peut produire aucun effet de droit.

⁶ La cause est illicite lorsqu'elle est prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

⁷ On parle aussi de la cause de l'obligation et de la cause du contrat (LAVEFVE LABORDERIE A.-S., *La Pérennité contractuelle*, L. G. D. J., 2005, p. 344, n° 611 ; WEILL A., « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des Sciences sociales, 1978, p. 1165 ; LOMBARD F., *La Cause dans le contrat administratif*, Dalloz, 2008, p. 103, n° 114 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARNA H., *Le raisonnable en droit des contrats*, L. G. D. J., 2009, p. 42, n° 22 ; GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, L. G. D. J., 1992, p. 246).

⁸ Ainsi, « [...] identifiée à la raison proche, la cause présentera un caractère objectif, elle se retrouvera à l'identique dans chaque type de contrat » (TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, p. 344, n° 333 – à comparer avec : TERRE F.,

la seconde est cette raison éloignée et médiate du contrat qui « *variera pour un même type de contrat d'un contractant à l'autre* »⁹. En réalité, la cause subjective consiste en des motifs personnels des contractants.

Ainsi par exemple, dans les contrats synallagmatiques à titre onéreux, la cause de l'obligation d'une partie (cause objective) réside dans l'obligation de l'autre¹⁰, alors que la cause du contrat (cause subjective) est définie comme le but concret que les parties ont visé à satisfaire par la conclusion du contrat¹¹, c'est à dire « *le mobile concret qui a déterminé chaque partie à contracter* »¹². La première représente une finalité standardisée, qui est toujours la même dans un même type de contrat synallagmatique à titre onéreux, alors que la seconde correspond à des motifs personnels des parties, à des finalités variant à l'infini d'un individu à l'autre¹³. Quant aux contrats à titre gratuit (donations et contrats de services gratuits), l'*intention libérale* constitue toujours la cause de l'obligation du gratifiant¹⁴. Il s'agit d'une cause standardisée et objective, qui est toujours la même dans les contrats à titre gratuit.

Les fonctions principales de la cause de l'engagement contractuel consistent, d'une part, à assurer le contrôle d'une consistance économique

SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2019, pp. 165 s. n° 129 s.).

⁹ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.* p. 347, n° 335.

¹⁰ Cette définition de la cause objective dans les contrats synallagmatiques à titre onéreux connaît deux principales variantes, celles proposées par CAPITANT et MAURY. CAPITANT estimait que la cause de l'obligation de chacune des parties à un contrat synallagmatique résidait dans l'exécution de l'obligation de l'autre (CAPITANT, *thèse précitée*, pp. 17-19 ; 43 ; 45-47). MAURY définissait la cause comme *l'équivalent voulu*, qui est un *équivalent économique* et pas un intérêt purement moral. *La considération de l'équivalent, tel est le mobile principal* de chaque partie à un contrat synallagmatique à titre onéreux qui explique la volonté de s'obliger (MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, tome premier : La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Jouve & Cie, Editeurs, 1920, pp. 32 ; 38 ; 39 s. ; 57 ; 64). - Pour une analyse théorique approfondie plus récente de la notion de cause voir notamment : ROCHFLED J., *Cause et type de contrat*, L. G. D. J., 1999.

¹¹ TRANCHANT L., EGEA V., *op. cit.* p. 46 ; AUBERT J. - L., COLLART-DUTILLEUIL F., *op. cit.* p. 98 ; LAVEFVE LABORDERIE A. – S., *thèse précit.*, p. 344, n° 611 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 103, n° 114 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *thèse précit.*, p. 42, n° 22.

¹² THIBIERGE L., *Le Contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, p. 84, n° 136.

¹³ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.*, p. 344 – V. aussi : JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Librairie Dalloz, 1927, pp. 153-154 ; Cass. 1^{ère}, 16 mai 1995, note Lucas F.-X., *La Semaine juridique Ed. G*, n° 49/1996, II 22736, n° 5.

¹⁴ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.* p. 360, n° 349.

minimum du contrat¹⁵ et, d'autre part, à écarter des atteintes à la licéité¹⁶ que le contrat est susceptible de causer.

En droit mauricien, « *le contrat de cautionnement se définit comme un contrat unilatéral par lequel la caution s'engage envers un créancier (...) à exécuter l'obligation du débiteur au cas où ce dernier ne le ferait pas* »¹⁷. Il s'agit d'un contrat consensuel et *a priori* unilatéral¹⁸. Seule la caution s'engage en vertu de ce contrat et son engagement est causé. De même qu'en droit commun, en droit du cautionnement, « *la notion de cause recouvre deux acceptions, suivant que la licéité ou l'existence de la cause est en question* »¹⁹. Autrement dit, il existe dans le contrat de cautionnement une *cause objective* et peuvent être pris en compte des motifs personnels dans le cadre de la *cause subjective*. Le contrat de cautionnement étant un instrument bien volontiers utilisé par la pratique mauricienne, et notamment dans le secteur bancaire, il apparaît intéressant de bien saisir sa cause, que ce soit sa variante objective ou subjective, et de vérifier ses spécificités par rapport au droit commun.

Dans le contrat de cautionnement, qui est un contrat unilatéral, la cause objective n'existe pas au sens de la contrepartie convenue : elle ne peut pas être recherchée dans les relations entre le créancier et la caution²⁰. Elle ne réside pas

¹⁵ Cass. 3^{ème}, 27 avril 1976, Bull. civ. 1976, III, n° 176 – Dans une affaire remarquée, où une bague valant 460 000 francs a été vendue pour 100 000 francs, en raison d'une erreur d'étiquetage, la Cour de cassation a refusé la nullité pour absence de cause (Cass. 1^{ère} 4 juillet 1995, n° de pourvoi : 93-16.198).

¹⁶ BARAKE S., *Le champ contractuel*, thèse dactylographiée, Bordeaux, 2007, p. 119 ; THIBIERGE L., *thèse précit.*, p. 84, n° 136 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 2007, n° de pourvoi, 05-21123 ; Cass. com. 3 oct. 2006, Bull. civ. 2006, IV, n° 203, p. 222 ; Cass. 1^{ère}, 21 juin 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 270, p. 225 ; Cass. com. 27 mars 1990, n° de pourvoi : 88-18998 ; MESTRE J., « La Cause dans la formation du contrat », *RTD civ.* 1990, p. 468 ; VARET V., « La nullité du contrat pour cause illicite », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, n° 1/2000, p. 67 ; DADOUN A., *La Nullité du contrat et le droit pénal*, L. G. D. J. 2011, pp. 169-170, n° 251 – Voir les arrêts de la Cour suprême de Maurice *J. M. Z. Uteeme vs G. Maunick & Ors* 2005 SCJ 243, *Rayapen vs Lionnet* 1960 MR 262 et *G. Weg vs K.K. Patel & Anor* 1991 MR 239 – Voir aussi : *Nowbuth vs Bhoyraz* 1991 MR 229 – Pour les exemples issus de la jurisprudence administrative française : F. LOMBARD, *thèse précit.*, pp. 108-112, nn° 120-126 – Voir aussi : Cass. req. 1^{er} avril 1895, D. 1895, p. 264 ; Cass. Soc. 8 janv. 1964, D. 1964, p. 267 ; Cass. 1^{ère}, 11 mai 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 154, p. 102 ; Cass. 1^{ère}, 30 juin 1998, Bull. civ. 1998, I, n° 229, p. 159 ; Cass. req. 4 juill. 1892, D. 1892, p. 501 – V. aussi : Cass. 1^{ère}, 3 déc. 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 432, p. 302 ; Cass. 1^{ère}, 26 sept. 2012, *Dalloz actualité*, 17 octobre 2012, note Rezgwi W., *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2306 ; Cass. civ. 2 janv. 1907, D.P. 1907, I, pp. 140-141.

¹⁷ DONDERO B., SEUBE J. – B., *Manuel de droit bancaire mauricien*, Lextenso éditions, 2012, p. 115, n° 195.

¹⁸ Voir les articles 2011 et suivants du Code civil mauricien.

¹⁹ HOUTCIEFF D., *Cautionnement. – Caractères. – Conditions de validité. – Etendue et preuve.* – Jurisclasseur. Encyclopédie des Huissiers de Justice, Fasc. 10, janv. 2004, n° 167.

²⁰ PIETTE G. *Cautionnement*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2014, n° 94.

non plus dans les rapports entre la caution et le débiteur principal qui est un tiers au contrat²¹. Néanmoins, la cause objective et standardisée existe bel et bien dans le contrat de cautionnement et doit être recherchée dans le contrat principal²² : cette cause objective se situe dans la considération du crédit (temps ou argent par exemple) que le débiteur a reçu du créancier²³. En d'autres termes, « *la cause de l'obligation de la caution est la considération de l'obligation prise corrélativement par le créancier à l'égard du débiteur* »²⁴. En effet, « *il est difficile d'imaginer un cautionnement donné sans qu'aucun crédit ne soit octroyé au débiteur par le créancier* »²⁵. On reproche à la cause objective aussi définie son caractère redondant avec le caractère accessoire du cautionnement. En effet, la cause sera absente lorsque la dette principale est absente²⁶. De plus, la définition de la cause objective du cautionnement proposée plus haut ne semble pas adaptée aux cautionnements fournis par les cautions professionnelles se portant caution moyennant rémunération²⁷. Malgré tout, la définition de la cause exposée plus haut a trouvé son application dans un arrêt remarquable de la Cour de cassation du 17 mai 2017²⁸. En l'occurrence, la Haute juridiction française a invalidé un contrat de cautionnement conclu entre une banque et une caution solidaire alors que la société, débitrice principale, faisait déjà l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire. La Cour de cassation était d'avis que « *en l'absence d'un avantage consenti par le créancier, la cause de l'engagement souscrit par M. B. après le prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal en garantie d'une dette antérieure à l'ouverture de la procédure collective* » faisait défaut, ce

²¹ BREMOND V., BOURASSIN M., *Droit des sûretés*, Sirey, 6^{ème} éd. 2017, p. 139, n° 231 ; HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 168.

²² PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 94.

²³ Cass. com. 10 juill. 2001, n° 98-11. 536 ; Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 2.

²⁴ Cass. com. 8 nov. 1972, Bull. civ. IV, n° 278 ; *Recueil Dalloz*, 1973, p. 753 ; HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 168.

²⁵ PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 95.

²⁶ MAZEAUD D., « Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de cause », *Recueil Dalloz* 2017 p.1694, par n° 9, à propos d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 17 mai 2017 : « *l'arrêt est d'autant plus remarquable que le potentiel d'exploitation de la cause objective est faible, en raison notamment de la concurrence du caractère accessoire du cautionnement, qui suffit souvent à l'annuler sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion de cause, et des vices du consentement* ». – PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 95 ; Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantant A., n° 2.

²⁷ PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 96.

²⁸ SEUBE J. – B., *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2018, p. 48, n° 76 ; MAZEAUD D., *art. précit.* pp. 1694 s. ; Com. 17 mai 2017, n° 15-15.746, note Barbier H., *RTD civ.*, 2017 pp. 640 s. ; comm. Laithier Y. – M., *Revue des contrats*, n° 3/2017, pp. 421 s. ; comm. Houtcieff D., *Revue des contrats*, n° 3/2017, pp. 457 s. ; CROCQ P., *Droit des sûretés*, août 2016 - août 2017, *Recueil Dalloz*, 2017 pp.1996 s. Partie V, sous-partie A, par 1 ; MEKKI M., *Droit des contrats*, décembre 2016 - janvier 2018, *Recueil Dalloz* 2018, pp. 371 s., partie III, sous-partie B, par. 3b.

qui justifiait l'annulation du contrat de cautionnement au sens de l'article 1131 du Code civil français antérieur à la réforme du droit des obligations de 2016²⁹.

En revanche, pour ce qui est de la cause subjective, composée des mobiles personnels des parties au contrat de cautionnement, elle peut prendre deux formes, qui feront l'objet de notre étude, à savoir la cause subjective illicite (Première partie) et la cause subjective licite (Seconde partie).

I.- La cause subjective illicite dans le contrat de cautionnement

La cause subjective illicite est réprimée dans le contrat de cautionnement de droit mauricien (A), dans certaines conditions (B).

A.- La répression de la cause subjective illicite dans le contrat de cautionnement

La cause subjective dans le contrat de cautionnement consiste, de même qu'en droit commun, dans le « *motif impulsif et déterminant du contrat* » qui « *doit être recherché dans les relations entre la caution et le débiteur principal : volonté de rendre service à un ami, ou à un membre de sa famille, intérêts commerciaux, rémunération, etc.* »³⁰. Cette cause subjective permet, d'abord, de s'assurer que les motifs de la caution et du créancier ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, c'est-à-dire à l'intérêt général³¹. Ainsi, selon une jurisprudence datant du début du XX^{ème} siècle, un contrat de cautionnement tendant à favoriser une relation de concubinage³² est nul pour cause illicite. Cela s'explique par le fait que le motif principal de la caution - favoriser une relation de concubinage – se heurtait aux bonnes mœurs de l'époque. Il est permis de se demander si notre Cour suprême se prononcerait dans le même sens, eu égard aux deux arrêts importants de la Cour de cassation, respectivement rendus le 3 février

²⁹ En réalité, en dépit de la disparition de la notion de cause du Code civil français depuis 2016, force est de constater que les fonctions principales de celle-ci subsistent toujours : WICKER G., *art. précit.*, pp. 107 s. ; MAZEAUD D., « Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de cause », *Recueil Dalloz* 2017 p.1694, par. n° 10 ; AUBERT J. - L, COLLART-DUTILLEUIL F., *op. cit.* pp. 94 s.

³⁰ PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 93.

³¹ Voir notamment : SEUBE J. – B., *Droit des sûretés*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2018, p. 47, n° 76 ; BREMOND V., BOURASSIN M., *op. cit.* p. 141, n° 236.

³² Comp. avec CA Nancy 12 nov. 1904, *DP* 1905, 2, 160.

1999³³ et 29 octobre 2004³⁴. Depuis ces deux arrêts de la Cour de cassation, on ne considère plus une récompense versée à la concubine, sous forme d'une donation, comme un motif personnel du donateur illicite (contraire aux bonnes mœurs). En outre, la Cour de cassation française n'annule plus des donations faites à la concubine, même dans le cas où il s'agirait d'un concubinage adultérin, contraire au devoir de fidélité entre époux³⁵. Nous avons déjà émis l'opinion que la validation de toutes les donations entre concubins, quel que soit le motif personnel du donateur, est à éviter en droit mauricien³⁶, car il nous semble difficile d'écarter de l'analyse juridique de la cause des donations entre concubins l'obligation impérative de fidélité entre époux (concubinage adultérin) et parce que la tentative du donateur, ne commettant pas de faute d'adultère (concubinage simple), d'acheter la fidélité de sa concubine grâce à des biens matériels ne mérite pas d'être tolérée par le droit mauricien. D'ailleurs, dans l'arrêt *Pool and Arthur Savy vs Delorie* de 1958³⁷ la Cour de Maurice énonce que si une donation a pour but de commencer, de continuer, de reprendre, ou de rémunérer les rapports de concubinage, elle sera nulle pour cause illicite ou immorale, mérite d'être approuvé.

Force est tout de même de constater que le problème se pose en termes différents dans le cas de contrat de cautionnement. En effet, il est difficile de soutenir qu'un cautionnement est nul juste parce que la caution cherchait à favoriser la création, la reprise ou le maintien d'un concubinage simple, entre deux autres personnes, en garantissant une opération principale à titre onéreux (l'achat d'un terrain ou d'un appartement, ou la souscription d'un emprunt immobilier, par exemple) intrinsèquement licite. Le concubinage simple n'est plus considéré aujourd'hui, de l'aveu de notre Cour suprême³⁸, comme une

³³ « N'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire » (Cass. 1^{ère} 3 fév. 1999, JCP G 1999, II, 10083).

³⁴ Cass. Ass. plén. 25 oct. 2004, Bull. civ. 2004, Ass. plén. n° 12 ; Cass. 1^{ère}, 3 fév. 1999, Bull. civ. I, n° 43, p. 29, mais aussi, - A voir aussi : Cass. civ. 11 mars 1918, DP, 1918, I, p. 100 ; Cass., req. 8 juin 1926, D. P. 1927, 1, p. 113 ; Cass., 1^{ère}, 3 déc. 1991, n° de pourvoi : 90-17347 ; Cass. 1^{ère}, 11 oct. 1988, n° de pourvoi : 87-15343 ; Cass., soc. 4 oct. 1979, Bull. civ. V, n° 680 ; Cass. 2^{ème}, 10 janv. 1979, Bull. civ. II, n° 10, p. 7 ; Cass. 1^{ère}, 15 déc. 1975, Bull. civ. I, n° 365, p. 303 - Pour une analyse critique de cette jurisprudence du point de vue du droit civil mauricien voir : GEORGIJEVIC G., *Droit civil mauricien, Les contrats, partie générale*, Editions universitaires européennes, 2011, pp. 225-228.

³⁵ En droit mauricien, le devoir de fidélité entre époux est énoncé à l'article 212 du Code civil.

³⁶ GEORGIJEVIC G., *op.cit.*, pp. 108-109 – En même sens, implicitement : Law Reform Commission, *Discussion Paper, Reform of Law of Contract & Régime and Proof of Obligations in the Code civil mauricien*, juin 2017, p. 38, n° 68 .

³⁷ MR 266.

³⁸ Dans l'arrêt *Naikoo vs Société Héritiers Bhogun* (1972 MR 66), la Cour suprême de Maurice énonce en termes clairs et nets que les concubinages simples ne sont plus considérés comme immoraux : “As for material damages, the question is not free from difficulty, but the better opinion

situation illicite et l'engagement de la caution, qui ne cherche pas à payer avec les biens matériels la fidélité du débiteur principal, mais à aider la formation, le maintien ou la reprise d'une union de vie informelle entre un homme et une femme, ne doit pas être considéré comme nul pour cause illicite. En revanche, il doit en aller autrement, lorsque la caution, en pleine connaissance de cause, cherche à favoriser un concubinage adultérin, celui ou le débiteur principal ou son concubin sont déjà engagés dans les liens du mariage. En l'occurrence, le mobile personnel et déterminant de la caution heurte de plein fouet l'intérêt général, tel qu'il est exprimé à l'article 212 du Code civil, au travers de l'obligation de fidélité entre époux. Le cautionnement sera donc nul pour cause subjective illicite³⁹. Pour des raisons évoquées plus haut, nous ne sommes pas d'accord avec une éventuelle transposition de cette solution au droit mauricien.

B.- Les conditions de prise en compte des motifs personnels de la caution dans le cadre de la cause subjective illicite

Selon certains arrêts de justice français, l'annulation du cautionnement pour cause subjective illicite est subordonnée à la connaissance du créancier du motif personnel et illicite qui animait la caution⁴⁰. On retrouve ainsi, en matière de cautionnement, l'exigence de la connaissance d'un contractant du motif déterminant et illicite de l'engagement de l'autre, posée dans l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 1989⁴¹. Néanmoins, dans un autre arrêt remarquable de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998, on a énoncé qu'un contrat pouvaient être déclaré nul en dépit du fait qu'une des parties ait agi de bonne foi, en ignorant le motif personnel,

seems to be that the concubine cannot recover such damages, not because concubinage is illegal or immoral (...)”.

³⁹ Remarquons, à titre de comparaison, qu'en France la place de la cause subjective illicite au sein du contrat de cautionnement décline, « *au fur et à mesure que le législateur et la jurisprudence admettent* » (...) des « *conventions adultérines. Le cautionnement garantissant les obligations résultant de telles conventions est désormais valable* » (PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 93).

⁴⁰ Cass. com. 30 janv. 1990, juris-data n° 1990-000214.

⁴¹ Dans ce célèbre arrêt de la Cour de cassation, il s'agissait d'un parapsychologue qui avait vendu à un autre de divers ouvrages et du matériel d'occultisme. Celui-ci s'était considéré comme le disciple de celui-là. La Cour de cassation a prononcé la nullité du contrat pour cause subjective illicite, étant donné que le mobile déterminant de l'acheteur, l'exercice du métier de deviner et de pronostiquer, était contraire à l'article R.34 du Code pénal de l'époque et que le vendeur *n'a pas pu ignorer* le mobile déterminant de l'acheteur. La Cour est parvenue à cette conclusion parce que le vendeur « [...] *exerçait la même profession de parapsychologue que Mme GUICHARD (acheteur), qu'il considérait comme sa disciple* » ; « *La cour d'appel n'avait donc pas à rechercher si M. PIRMAMOD (vendeur) connaissait le mobile déterminant de l'engagement de Mme GUICHARD, une telle connaissance découlant des faits de la cause* » (Cass. 1^{ère}, 12 juillet 1989, Bull. civ. I, n° 293) – CERMOLACCE A., *Cause et exécution du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 61, n° 87 ; BEALE H., KOTZ H., HARKAMP A., TALLON D., *Contract Law*, Oxford, 2002, p. 299 ; VARET V., *art. précit.*, p. 69 ; MAURY, *these précit.*, pp. 249 ; 254.

déterminant et illicite de son cocontractant : « *un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, bien qu'une des parties n'ait pas eu connaissance du motif déterminant illicite ou immoral de l'autre contractant* »⁴².

Nous sommes d'avis que la connaissance d'un motif personnel et illégal de l'autre partie au contrat n'a pas, à notre avis, d'importance lorsque le contractant de bonne foi, qui ignorait ledit mobile au moment de la conclusion du contrat, demande l'annulation de ce contrat⁴³. En revanche, lorsque l'annulation du contrat est demandée contre la partie de bonne foi (qui ignorait la cause subjective illicite au moment du contrat), la demande devrait être rejetée. En règle générale, la prise en compte des motifs personnels et illégaux doit reposer sur la connaissance de l'autre contractant de leur existence, afin d'éviter à cette autre partie de mauvaises surprises^{44/45}.

Par conséquent, en application des principes énoncés plus haut, l'annulation du contrat de cautionnement pour cause subjective illicite devrait pouvoir être prononcée sans avoir égard à l'éventuelle connaissance du créancier du motif illicite qui animait la caution⁴⁶, *lorsque c'est le créancier qui demande l'annulation du contrat de cautionnement*⁴⁷. En revanche, lorsqu'une caution de mauvaise foi demande l'annulation du contrat de cautionnement contre un créancier de bonne foi, ayant ignoré le motif personnel et illicite de la caution au moment de la conclusion du contrat de cautionnement⁴⁸ il ne nous semble pas

⁴² Cass. 1^{ère}, 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 285 - V. aussi : note Chariot, *Defrénois*, n° 10/1999, pp. 602 s. ; LAMBERT S., *L'intention libérale dans les donations*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 280, n° 176.

⁴³ Insister sur la connaissance d'un motif personnel et illégal de l'autre contractant paraît inopportun dans ce cas, car cela empêcherait le contractant de bonne foi d'agir en justice et de demander l'annulation du contrat, alors qu'il n'est point nécessaire de protéger sa sécurité juridique. – A comparer avec WEILL A., *art. précit.*, p. 1175 ; VARET V., *art. précit.*, p. 70 – A comparer notamment avec : CABRILLAC R., *op. cit.* p. 88, n° 90.

⁴⁴ Les motifs personnels et illégaux sont une catégorie psychologique et infiniment variable ; ils sont très souvent méconnus par les tiers y compris l'autre partie au contrat. Ainsi, leur prise en compte incontrôlée compromettrait la stabilité des relations juridiques, c'est-à-dire la stabilité contractuelle (VARET V., *art. précit.*, p. 70).

⁴⁵ En même sens : Law Reform Commission, *Discussion Paper, Reform of Law of Contract & Régime and Proof of Obligations in the Code civil mauricien*, juin 2017, pp. 38-40, nn° 69-72 ; Law Reform Commission, *Issue Paper, Law of Contracts and Obligations under Code civil mauricien*, mars 2013, pp. 60-62, n° 66.

⁴⁶ *Vide*, Cass. 1^{ère} 7 oct. 1998, D. 1998, jurispr. 563.

⁴⁷ Il en va ainsi, par exemple, d'un prêteur qui découvre, après la conclusion du contrat de prêt et du contrat de cautionnement que le motif personnel et déterminant de la caution consiste à favoriser la création d'un concubinage adultérin entre le débiteur principal (emprunteur) et une tierce personne.

⁴⁸ Par exemple, le créancier ignorait légitimement que le débiteur principal était marié et que le prêt cautionné était destiné à convaincre la concubine du débiteur principal de continuer la relation de concubinage adultérin, ce que la caution savait et soutenait.

judicieux de prononcer la nullité du contrat de cautionnement. D'une part, il faut assurer la sécurité juridique du créancier en protégeant contre de mauvaises surprises. D'autre part, il ne serait nullement bon de permettre à une partie de mauvaise foi (caution) d'obtenir l'annulation du contrat contre une partie de bonne foi.

Cet instrument technique qui est la cause de l'engagement contractuel permet de prendre en compte non seulement les mobiles illicites dans le contrat de cautionnement mais aussi les motifs licites.

II.- La cause subjective licite dans le contrat de cautionnement

Les motifs personnels licites de la caution, c'est-à-dire la cause subjective licite n'est pas toujours prise en compte en droit mauricien (A). Lorsque le droit objectif la prend en considération, et y attache des effets juridiques, cela se fait dans certaines conditions (B).

A.- La prise en compte partielle de la cause subjective licite

1 – Le refus de la prise en compte de la cause subjective licite dans le contrat de cautionnement

La cause subjective du contrat englobe traditionnellement les motifs personnels déterminants et illicites, contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Néanmoins, il n'est pas inenvisageable que la notion de cause subjective du contrat en droit civil mauricien englobe également les motifs personnels licites. Le célèbre arrêt de la Cour de cassation française du 3 juillet de 1996 relatif à la location des vidéocassettes a déjà ébauché cette idée⁴⁹. En l'occurrence, l'impossible réalisation d'un motif personnel et licite, à savoir la rentabilité de l'opération en question, a entraîné l'annulation du contrat⁵⁰. On peut, ainsi, envisager de se servir de la cause subjective licite pour prendre en compte la

⁴⁹ Cass. 1^{ère}, 3 juill. 1996, Bull. civ., I, n° 286 ; obs. Labarthe F. *JCP G*, I, pp. 178-179 ; obs. Reigné Ph., *Recueil Dalloz*, 1997, p. 501.

⁵⁰ En l'occurrence, la Haute juridiction française a pris en compte un motif personnel et licite du locataire, n'ayant pas fait l'objet d'une clause particulière, sous prétexte de l'impossible réalisation de l'économie du contrat voulue par les parties. Ce mobile personnel et licite consistait dans la réalisation d'un gain économique à l'aide de la sous-location de vidéocassettes. Le mobile en question n'était ni un motif standardisé du locataire, commun à tous les locataires, ni un motif personnel incorporé au contrat par un accord de volontés des parties. Cependant, l'autre partie au contrat connaissait ce motif personnel et légal du locataire, ce qui a entraîné, entre autres, sa prise en considération et l'annulation du contrat.

disparition d'un motif personnel et licite de la caution. Par exemple, en France, de nombreuses cautions ont tenté de se soustraire après divorce à un cautionnement *omnibus* jamais résilié et fourni pour garantir les dettes de leur ex-époux en prétextant la disparition de la cause subjective de leur engagement. Cette cause consisterait dans un motif personnel, licite et efficient de la caution, un motif ayant disparu, à savoir *la qualité d'époux du débiteur cautionné*. De même, les dirigeants sociaux fournissent très souvent des cautionnements *omnibus* qu'ils oublient de résilier après la cessation de leurs fonctions au sein de la société. Après que de tels cautionnements soient mis en œuvre, les cautions essayent d'y échapper en prétextant la disparition de la cause subjective de leur engagement. La cause consisterait, une fois de plus, dans un motif personnel, licite et efficient de la caution, le motif qui a cessé, à savoir *la qualité de dirigeant social du débiteur cautionné*.

Dans ce genre de situations, « *il s'agissait* », en effet, « *d'invoquer la cause subjective sur le terrain de l'exécution du contrat* »⁵¹ et plus précisément la cause subjective *licite*. En d'autres termes, les cautions ont demandé l'annulation du contrat de cautionnement, « *sous prétexte que le mobile* » personnel, licite et efficient de leur engagement « *avait disparu : ont pu être invoqués de la sorte le divorce de la caution et du débiteur ou encore, et surtout, la perte de qualité du dirigeant. La jurisprudence* » française, *persuasive authority* à Maurice, « *refuse de prendre en compte cette disparition des mobiles dès lors qu'ils ne sont pas entrés dans le champ contractuel* »⁵². Ainsi, l'engagement de caution, pris par le dirigeant social dans l'intérêt de la société, et dans le cadre d'un cautionnement *omnibus*, reste valable quels qu'en aient été les motifs déterminants, dès lors que n'ayant pas été introduit dans le champ contractuel, ils ne constituaient pas la cause du cautionnement⁵³. En réalité, un minimum de sécurité juridique « *exige que le cautionnement soit maintenu quoique* » les prévisions de la caution liées à la persistance de leurs motifs personnels, licites et efficaces « *n'aient pas été respectées* »⁵⁴. Cela s'explique, sans doute, par le fait qu'« *il importe peu que la cause disparaisse au cours de l'exécution du cautionnement* ». En effet, « *même si l'on adhère à la théorie de la permanence de la cause, celle-ci ne peut concerner que la cause objective et non la cause subjective* »⁵⁵ ; « *Il est en effet inconcevable que la cause-mobile puisse jouer un rôle postérieur à la formation du contrat pour compromettre sa validité* »⁵⁶.

⁵¹ HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 170.

⁵² HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 170 – Cass. com. 6 déc. 1988, Bull. civ. IV, n° 334.

⁵³ Cass. com. 6 décembre 1988, *La Semaine juridique, Ed. G*, n° 6/1989, 100371.

⁵⁴ HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 170.

⁵⁵ PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 96.

⁵⁶ MORVAN P., « Le Cautionnement contracté par un dirigeant social n'est limité à la durée de ses fonctions que si cela est précisé dans l'acte », *Recueil Dalloz*, 1991, pp. 177 s, partie I, sous-partie A.

Ne rentrera pas non plus dans la cause subjective de l'engagement contractuel susceptible d'entraîner l'anéantissement du contrat de cautionnement le motif personnel, licite et efficient de la caution consistant dans *l'évaluation qu'elle avait faite du risque résultant de son engagement*. Il s'agit d'un motif dont la non-réalisation au cours du contrat de cautionnement (due à l'aggravation de la situation par rapport au risque évalué) constitue une charge que la caution doit supporter, car, sauf dans les cas bien délimités, tel que celui où il existerait une stipulation contractuelle expresse, chaque contractant doit assumer les risques normaux d'une évolution défavorable de la situation au cours du contrat. La jurisprudence française parvient à la même conclusion en soutenant que l'appréciation erronée par la caution des risques issus de son engagement de caution n'est pas une erreur sur la substance : le contrat reste donc en vigueur⁵⁷.

Il convient toutefois de préciser que selon une jurisprudence bien établie, la prise en compte des motifs personnels et licites de la caution, dont le risque de disparition ou de non-réalisation pèse *a priori* sur celle-ci, peut se produire lorsque ces motifs ont été érigés explicitement en condition de son engagement⁵⁸. Ainsi, la caution peut faire insérer dans le contrat de cautionnement *omnibus* une condition résolutoire selon laquelle le contrat prendra fin au cas où la caution cesserait d'être l'épouse du débiteur principal ou le dirigeant social du débiteur principal.

2 – La prise en compte de la cause subjective licite dans le contrat de cautionnement

Force est de constater que certains motifs personnels (non standardisés) et licites de la caution peuvent être pris en compte et entraîner la nullité du contrat à condition de pouvoir être qualifiés de qualités substantielles. Même si l'erreur sur la substance de l'article 1110 du Code civil⁵⁹ est l'instrument principal de prise en compte de tels motifs, la cause peut en constituer un autre, étant donné que les motifs personnels des parties ne sont pas étrangers à son domaine. Quant aux motifs personnels et licites de la caution, relevant de la substance de la chose, il en va ainsi de la nature de l'engagement de la caution qui croit conclure *un engagement purement moral*⁶⁰. La nature de l'engagement souscrit par la caution est un motif personnel et licite de la caution faisant partie de la substance de son

⁵⁷ Cass. 1^{ère}, 13 nov. 1990, Bull. civ. I, n° 242.

⁵⁸ Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 3 ; Cass. com. 15 oct. 1991, *JCP G* 1992 II 21923.

⁵⁹ En ce sens notamment : Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 1.

⁶⁰ Cass. 1^{ère} 25 mai 1964, Bull. civ. I, n° 269 ; SIMLER Ph., *Cautionnement. – Conditions de validité. – Conditions du droit commun des contrats*, Jurisclasseur Code civil, art. 2288 à 2320, fasc. 20, février 2013, n° 16 .

obligation souscrite vis-à-vis du créancier⁶¹. C'est pourquoi l'impossibilité (fausseté) *ab initio* de ce motif personnel et licite, due à une erreur de la caution, peut entraîner la nullité du contrat. En effet, le motif personnel et licite, impossible à cause d'une erreur de la victime, intègre la cause de l'engagement contractuel sous forme de son absence en raison de la proximité avec les obligations principales issues du contrat. Force est de constater que l'impossibilité (fausseté) *ab initio* de ce motif personnel et licite de la caution (nature purement morale de l'engagement), due à une erreur de celle-ci, ne peut entraîner la nullité du contrat que si celle-ci n'a pas été induite en erreur à cause d'une faute grossière de sa part. Ainsi, une caution plus ou moins illettrée⁶² ou âgée et ignorante⁶³ peut invoquer le caractère excusable de son erreur, mais pas un dirigeant social bien éduqué ni un agriculteur habitué aux prêts bancaires⁶⁴.

Il peut arriver que l'existence d'autres sûretés au profit du créancier représente un motif personnel, licite et efficient de l'engagement de la caution⁶⁵. L'existence d'autres sûretés doit être soit certaine soit hautement probable, cette à dire résulter d'un engagement exprès en ce sens⁶⁶. La jurisprudence prend en considération l'erreur sur un tel motif personnel et licite dès lors qu'il a été déterminant de l'engagement de la caution⁶⁷. Le motif personnel, licite et efficient rejoint donc la cause subjective licite de l'engagement de la caution⁶⁸. L'impossibilité de ce motif est susceptible d'entraîner l'annulation du contrat en raison de l'absence de cause. L'inexistence (absence) de cause équivaut ici à l'inexistence d'un fait objectif, d'une certitude, qui constitue le motif personnel, licite et efficient de la caution, à savoir l'existence d'autres sûretés au profit du créancier. Le motif en question est certainement déterminant, car « *ces sûretés sont de nature, soit à réduire le poids de son propre engagement, soit à lui profiter, le cas échéant, par voie de subrogation* ». ⁶⁹ L'erreur sur un tel motif dont le créancier n'ignorait pas l'importance décisive pour l'*errans* peut justifier que la demande en nullité est accueillie⁷⁰.

Il est sûr que la caution ne saurait invoquer l'insolvabilité du débiteur postérieure à l'engagement⁷¹ car cette insolvabilité est justement ce que garantit

⁶¹ Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 2.

⁶² Cass. 1^{ère} 25 mai 1964, Bull. civ. 1964, I, n° 269.

⁶³ Cass. 1^{ère} 4 juillet 1979, *Recueil Dalloz*, 1979, inf. rap. p. 536.

⁶⁴ Cass. 1^{ère} 19 nov. 1980, in SIMLER Ph., *Fasc. précit.* n° 19.

⁶⁵ Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 5.

⁶⁶ Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 5.

⁶⁷ Cass. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, Bull. civ. I, n° 219 ; Cass. 1^{ère}, 2 mai 1989, Bull. Civ. I, n° 175.

⁶⁸ *Vide* notamment, Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 5.

⁶⁹ SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 27.

⁷⁰ SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 27.

⁷¹ CA Paris 27 mars 1987, *Recueil Dalloz*, 1987, somm. p. 446.

la caution⁷². En revanche, la solvabilité du débiteur principal au moment de la conclusion du contrat de cautionnement est un motif personnel, licite et efficient de la caution dont la prise en compte et l'influence sur la validité du contrat sont débattus. Aux termes d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 28 juin 2011, la solvabilité du débiteur n'est pas une qualité substantielle et l'erreur de la caution sur ce motif personnel, licite et efficient n'entraîne l'annulation du contrat que si au jour de son engagement la caution avait faite de la solvabilité du débiteur une condition de son engagement⁷³. Autrement dit, le motif personnel et licite qui est la solvabilité du débiteur ne constitue pas la cause subjective de la caution susceptible de faire disparaître le contrat. On évoque parfois « *un traitement particulièrement sévère pour les cautions* »⁷⁴. La doctrine met en relief le fait que l'erreur « portant sur une donnée extrinsèque au contrat, ne peut être qu'une erreur sur un motif de l'engagement »⁷⁵. Néanmoins, auparavant, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} mars 1972, il a été décidé que l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal pouvait entraîner la nullité du cautionnement⁷⁶. De plus, il arrive que la jurisprudence considère que la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principal au moment de la conclusion du contrat de cautionnement une condition *tacite* de son engagement⁷⁷, ce qui facilite la prise en compte de ce motif personnel, licite et efficient de la caution qui est la solvabilité du débiteur principal. Ce courant, qui assure la prise en compte d'un motif personnel, licite et efficient de la caution, qui consiste dans la solvabilité initiale du débiteur principal, nous semble judicieux. D'après le droit commun des contrats, une qualité de la chose est substantielle à condition que le motif qu'elle reflète ait été déterminant du consentement de l'*errans* et qu'il ait entré dans le champ contractuel. Ainsi, dans une vente, l'authenticité d'une œuvre d'art représente un motif personnel de l'acheteur incorporé dans le champ contractuel grâce au mécanisme de qualité substantielle de la chose, à condition qu'il ait déterminé le consentement de l'*errans* et que l'autre partie ait connu l'importance décisive de ce mobile aux yeux de l'*errans*. Cet état des choses, en dépit des avis contraires⁷⁸, ne change pas en droit du cautionnement : « *il paraît évident, en règle*

⁷² HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 140.

⁷³ Cass. com. 28 juin 2011, n° 10-15.412.

⁷⁴ SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 20.

⁷⁵ SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 20.

⁷⁶ Cass. 1^{ère}, 1^{er} mars 1972, D. 1973, jurispr. p. 733.

⁷⁷ Dès lors qu'il est établi que la caution, tiers à la société débitrice principale, avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise, et que la banque en relation d'affaires avec la société depuis plusieurs années ne pouvait pas ignorer ses difficultés, la cour d'appel a pu considérer que le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution et que la solvabilité du débiteur principal était la condition tacite de sa garantie. (Cass. com. 1^{er} oct. 2002, n° 00-13. 189).

⁷⁸ Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 6.

générale, que ni le créancier, ni la caution ne se seraient obligés s'ils avaient su que le débiteur était déjà insolvable. Et le créancier ne peut prétendre avoir ignoré que la caution s'engageait dans les mêmes dispositions d'esprit que lui »⁷⁹.

B.- Les conditions d'intégration des motifs personnels et licites dans la cause subjective licite du contrat de cautionnement

La protection de la sécurité juridique exige de « *déterminer avec précision la méthode à partir de laquelle sera appréciée l'intégration d'un motif déterminant dans le champ contractuel, c'est-à-dire dans la cause de l'obligation* »⁸⁰.

1 – Le caractère déterminant des motifs

Le caractère déterminant des motifs personnels et licites ayant poussé la caution à s'engager est souverainement apprécié par le Juges ou le Magistrat⁸¹. L'erreur de la caution peut reposer sur des motifs personnels et licites faisant partie de la substance (solvabilité du débiteur principal, nature de l'engagement de la caution) et susceptibles d'intégrer la cause de l'engagement et d'influer sur la validité du contrat. En cas d'erreur de la caution sur la substance, la question du mode d'établissement du caractère déterminant du motif personnel et légal de la caution-victime de l'erreur sur la substance se pose. Le caractère déterminant d'un mobile personnel et légal de la caution-victime d'une erreur sur la substance découle, dans certaines hypothèses, de la nature des choses. En effet, en cas d'erreur sur les qualités substantielles, un motif personnel et légal de l'*errans*, incarné par une qualité substantielle de la chose, est parfois considéré comme déterminant par l'opinion commune. On peut présumer alors qu'un tel motif personnel et légal ait été déterminant du consentement de l'*errans*, jusqu'à la preuve du contraire. Autrement dit, il existe une *présomption simple* qu'un mobile personnel et légal, considéré comme déterminant par l'opinion commune (solvabilité du débiteur principal, nature de l'engagement de la caution), ait aussi déterminé le consentement de l'*errans*. Or, cette présomption peut être renversée par une preuve rapportée par le cocontractant de l'*errans*. Quant à la caution, il ne nous semble pas inenvisageable de considérer que selon l'opinion commune la solvabilité du débiteur principal au moment de la conclusion du contrat de cautionnement soit un fait déterminant, une qualité déterminante de l'engagement de la caution⁸². On présumera alors que la solvabilité du débiteur ait aussi déterminé le consentement de la caution-*errans*. Cependant, il n'est pas exclu que

⁷⁹ SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 20.

⁸⁰ GHESTIN J., « Le Renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *La Semaine juridique, Ed. G*, n° 49/2006, I, 194, n° 8.

⁸¹ Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 7.

⁸² SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 20.

le créancier rapporte la preuve contraire : il doit alors prouver la volonté de la caution de s'engager sans limites liées à la solvabilité du débiteur.

L'exigence du caractère déterminant d'un motif personnel et légal de la caution-*errans* s'inscrivant dans la substance de son engagement paraît entièrement justifiée. Cette condition est susceptible d'assurer un équilibre suffisant entre, d'une part, l'utilité particulière que l'*errans* attend légitimement du contrat et les impératifs de la sécurité juridique. Certes, beaucoup d'erreurs peuvent sérieusement altérer l'utilité particulière du contrat attendue par l'*errans*, mais une prise en compte incontrôlée des erreurs sur les motifs personnels et légaux de la caution-*errans* risquerait de gravement compromettre la sécurité juridique du créancier. Il existe alors une nécessité technique que la volonté juridique ne reflète pas toute la profondeur de la volonté psychologique⁸³. La prise en compte des motifs personnels et légaux de l'*errans* doit donc être bien encadrée, afin d'éviter des analyses psychologiques trop délicates et dans le but d'assurer la sécurité des contractants⁸⁴. Par conséquent, les motifs personnels et légaux, faisant l'objet d'une erreur de la caution-*errans* et incarnant les qualités substantielles de son engagement, doivent être déterminants.

D'autres erreurs de la caution sur les faits essentiels, tels que l'existence d'autres sûretés au profit du créancier, révèlent elles aussi la prise en compte des motifs personnels, légaux et déterminants de la caution *errans*⁸⁵. Une fois de plus, il s'agit d'un fait (l'existence d'autres sûretés) qui est objectivement déterminant, c'est-à-dire déterminant selon l'opinion commune. L'on présume alors qu'il est aussi déterminant pour une caution concrète.

2 – La connaissance des motifs

Conformément au droit commun du contrat à Maurice, l'erreur sur les motifs personnels et licites extérieurs au champ contractuel ne fait pas partie de la cause subjective de l'engagement contractuel et n'affecte pas la validité du contrat⁸⁶. Néanmoins, l'erreur sur un motif licite et purement personnel peut intégrer le champ contractuel, si le motif en question était déterminant du

⁸³ Cette nécessité ressort du caractère complexe et insaisissable de la volonté psychologique.

⁸⁴ IONASCO, *L'Evolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux*, Les presses universitaires de France, 1923, p. 115 ; VIVIEN G., « De l'erreur déterminante et substantielle », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 307.

⁸⁵ À titre de comparaison, il est intéressant de remarquer que l'article 61 de la Loi des obligations serbe accorde de l'importance non seulement à l'erreur sur les qualités substantielles d'une chose ou à l'erreur sur la personne dans un contrat *intuitu personae*, mais aussi à l'erreur sur tout autre fait essentiel, déterminant du consentement des parties. La prise en compte d'une erreur de la caution sur un mobile personnel, légal et déterminant qui est l'existence d'autres sûretés au profit du créancier peut donc être assurée en droit serbe grâce à l'article 61 de la loi susmentionnée.

⁸⁶ CA Paris, 21 janv. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 2, jurispr. p. 240.

consentement de l'*errans* et si ce caractère a été connu de l'autre partie « à un degré suffisant pour considérer qu'il est entré dans le champ contractuel »⁸⁷. On enseigne traditionnellement que « la simple connaissance » d'un motif personnel et licite de l'autre partie « est insuffisante » pour l'intégrer dans le champ contractuel⁸⁸. Ainsi, par exemple, si un fonctionnaire public loue une maison dans une autre ville en attendant une mutation prochaine et le fait connaître au bailleur, le contrat de bail restera en vigueur même si la mutation en question n'a pas finalement lieu. *A priori*, la validité du cautionnement ne dépend des motifs personnels et licites ayant déterminé sa naissance que si les parties aient intégré ces motifs *expressément* dans le champ contractuel au moyen des instruments techniques tels que cause ou condition⁸⁹. Néanmoins, de façon exceptionnelle, on peut considérer la simple connaissance d'un motif personnel, licite et déterminant comme suffisante pour l'intégrer dans le champ contractuel⁹⁰. À propos de la solvabilité du débiteur principal, en dépit du fait que la Cour de cassation exige la plupart du temps que le motif personnel et licite soit intégré dans le champ contractuel *via* une stipulation expresse, le motif de la caution (solvabilité) et l'erreur reposant sur ce mobile sont parfois tout de même pris en compte en dépit de l'absence d'une telle stipulation.

Dans le contrat de cautionnement, les contractants ont droit de faire peser le risque de la non-réalisation (impossibilité) d'un motif personnel et légal de la caution, tel que la persistance du mariage avec le débiteur principal ou la persistance de la qualité de dirigeant social sur l'autre, à l'aide d'une stipulation expresse, c'est-à-dire la condition. Cette idée a été exprimée avec clarté par M. LATINA : « À ce titre, elle (la condition) offre aux contractants (...) la possibilité de maîtriser le risque de non-réalisation ou de disparition d'un motif ayant présidé à l'engagement »⁹¹ ; « Ainsi, les contractants peuvent se servir de la condition pour intégrer dans le champ contractuel un motif-but ou un motif-efficient sans lequel la recherche dudit but est impossible, et ce, afin de se prémunir contre le risque d'inutilité initiale ou survenue de l'acte qu'ils ont passé »⁹². En dehors de l'intégration des mobiles personnels et légaux de la caution dans le champ contractuel *via* la condition, force est de constater qu'une erreur de la caution sur ses mobiles personnels et légaux (persistance du mariage avec le débiteur principal, persistance de la qualité de dirigeant social) ne peut, *a priori*, avoir pour conséquence de faire passer à la charge du créancier un risque

⁸⁷ Cass. com. 1^{er} oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 1.

⁸⁸ GHESTIN J., Le Renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause, *La Semaine juridique*, Ed. G, n° 49/2006, I, 194, n° 8.

⁸⁹ Cass. com. 17 juillet 1978, Bull. civ. IV, n° 200

⁹⁰ GHESTIN J., « Le Renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *La Semaine juridique*, Ed. G, n° 49/2006, I, 194, n° 9.

⁹¹ LATINA M., *Essai sur la condition en droit des contrats*, L. G. D. J., 2009, pp. 131-132, n° 179.

⁹² LATINA M., *thèse précit.*, p. 142, n° 194.

strictement personnel à la caution, quand bien même ce risque aurait été connu du cocontractant.⁹³ Par conséquent, toutes les erreurs de la caution autres que l'erreur sur la substance de son engagement (solvabilité du débiteur principal, nature morale de son engagement) ou encore l'erreur sur d'autres faits jugés essentiels (l'existence d'autres sûretés au profit du créancier) sont considérées comme erreurs sur un simple motif et n'influencent pas la validité du contrat de cautionnement⁹⁴, même si ces mobiles n'étaient pas ignorés ou n'auraient pas dû être ignorés par le créancier au moment de la conclusion du contrat de cautionnement.

Force est de constater que la prise en considération d'un mobile personnel et licite de la caution ne résulte pas toujours d'une stipulation expresse : il suffit parfois que le créancier connaisse le motif personnel et légal de la caution. Le droit objectif doit procurer à tout contractant, y compris la caution, un espoir sérieux que ses motifs personnels et légaux se réaliseront. L'impossibilité initiale de réalisation d'un motif personnel et légal de la caution, jugé déterminant, est une condition indispensable à sa prise en compte au travers de l'annulation du contrat, mais elle n'est pas suffisante. Dans le but d'éviter de mauvaises surprises au créancier, il faut exiger qu'il connaisse le motif personnel et légal de la caution ainsi que l'importance de ce mobile aux yeux de celle-ci. Le droit objectif mauricien doit donc exiger que le créancier connaisse le motif personnel, licite et déterminant de la caution, dont la réalisation est initialement impossible. Une simple connaissance du créancier d'un motif personnel et légal de la caution, dont la réalisation est initialement impossible, ainsi que la connaissance de son importance pour l'autre partie, effective ou présumée, sont nécessaires pour protéger la sécurité juridique du créancier. Il en va ainsi, à notre avis, de la solvabilité du débiteur principal, de la nature purement morale de l'engagement ou encore de l'existence d'autres sûretés au profit du créancier. Dans ce genre d'hypothèses, il n'est point nécessaire que les parties au contrat de cautionnement stipulent expressément la prise en considération d'un tel motif personnel, licite et déterminant de la caution au travers d'une condition. Une stipulation expresse est exigée dans les cas où le droit objectif est appelé à garantir *la réalisation* d'un mobile personnel, légal et déterminant de la caution qui est par nature *incertaine*. Il en va ainsi de la persistance du mariage avec le débiteur principal ou encore de la persistance de la qualité de dirigeant social du débiteur principal.

Tant en droit commun des contrats qu'en matière de cautionnement, le droit objectif prend en considération l'erreur sur la substance de la chose, à condition qu'un contractant (créancier dans le cautionnement) connaisse la nature

⁹³ LATINA M., *thèse précit.*, p. 175, n. 244.

⁹⁴ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.*, pp. 227-230 ; GRELON B., L'erreur dans les libéralités, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1981, p. 277.

substantielle d'une qualité pour l'autre (caution dans le cautionnement)⁹⁵. En effet, la conception subjective de l'erreur sur la substance, c'est-à-dire l'erreur sur les qualités substantielles, ne vient pas bouleverser la sécurité juridique⁹⁶, étant donné que les erreurs déterminantes mais *unilatérales* ne produisent pas d'effets juridiques. Le droit objectif ne doit tenir compte que d'une erreur « *convenue* »⁹⁷.

La connaissance d'une qualité substantielle de la chose, de la qualité substantielle de l'engagement de la caution en matière de cautionnement, est une condition de prise en compte des motifs personnels et légaux de l'*errans* (caution), directement liés à la qualité susmentionnée. Il convient de rappeler que les qualités substantielles de l'engagement de la caution (la solvabilité du débiteur principal, par exemple) incarnent les motifs personnels, légaux et déterminants de l'*errans*. Leur prise en compte dépend de la connaissance de l'autre partie, du créancier en matière de cautionnement, que ces mobiles sont déterminants du consentement de l'*errans*. L'appréciation de la connaissance des motifs susmentionnés ainsi que de leur caractère déterminant est quelque peu objectivée lorsqu'une qualité est considérée comme déterminante par l'*opinion commune*, ce qui est le cas à notre avis avec la solvabilité du débiteur ou avec la nature purement morale de l'engagement. Cette opinion commune mène à la conclusion que le cocontractant de l'*errans* aurait dû connaître⁹⁸ le motif personnel et légal de celui-ci⁹⁹ ainsi que sa nature déterminante. Ainsi, la viabilité de l'entreprise du débiteur principal incarne le motif de l'engagement de la caution que l'autre contractant, la banque, ne peut ignorer. Par conséquent, ce motif intègre le champ contractuel et est susceptible de produire les effets juridiques¹⁰⁰.

⁹⁵ HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, L. G. D. J., 1971, pp. 208-214.

⁹⁶ LARROUMET Ch., *Les Obligations, le Contrat*, Tome III, Economica, 5^{ème} éd., 2003, pp. 297-298 – V. aussi : VALACKE C., « Objectivisme et consensualisme dans le droit français de l'erreur dans les conventions », *Revue de la recherche juridique*, n. 2/2005, p. 672.

⁹⁷ JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Editions du CNRS, 1984, p. 83 - Il serait à notre avis plus correct de parler d'erreur sur un mobile déterminant, connu de l'autre partie.

⁹⁸ Monsieur LATINA affirme (LATINA M., *thèse précit.*, p. 172, n° 241) que « [...] l'achat d'un meuble chez un antiquaire postule le caractère essentiel de son ancienneté dans l'esprit de l'acheteur, ce que ne peut ignorer le professionnel ».

⁹⁹ Monsieur LARROUMET (LARROUMET Ch., *op. cit.*, pp. 299-300, n. 343) rappelle qu'« [...] en premier lieu, si les qualités apparaissent comme normalement substantielles en fonction du contexte dans lequel se situent les relations des parties au contrat la nullité pourra être demandée et obtenue si une erreur sur les qualités est prouvée, sans qu'il soit nécessaire de prouver aussi que l'autre partie connaissait effectivement le caractère substantiel de ces qualités pour la victime de l'erreur. En effet, le contexte dans lequel se situaient les relations des parties au contrat permet de supposer que celles-ci connaissaient les qualités substantielles qui étaient exigées ».

¹⁰⁰ Cass. com. 1 oct. 2002, JCP, 2003, II, 10072.

La connaissance d'un mobile personnel et légal de la caution-*errans* attaché à une qualité substantielle va de pair par le risque anormal que l'erreur, c'est-à-dire l'absence de réalisation d'un motif personnel, licite et déterminant, lui fait subir, en raison d'une altération excessive de l'utilité qu'elle attendait du contrat de cautionnement. L'altération excessive de l'utilité que l'*errans* attendait du contrat s'ajoute, *via* l'impossibilité initiale de réalisation d'un motif personnel et licite de l'*errans*, à une autre condition de prise en compte de ses motifs personnels et légaux, à savoir la connaissance du caractère déterminant du motif personnel et légal de la caution-*errans*. Cette dernière condition, à savoir la connaissance du motif personnel, légal et déterminant de la caution, tend à assurer la sécurité juridique du cocontractant de l'*errans* en le protégeant contre de mauvaises surprises. En effet, il serait injuste d'annuler le contrat touché par une erreur, alors que le cocontractant de l'*errans* ignorait le caractère déterminant des motifs de l'*errans* touchés par l'erreur.

3 – Le rôle de la faute de la caution-*errans*¹⁰¹

Seule l'absence de faute de la caution-*errans*, c'est-à-dire l'absence du caractère inexcusable de son erreur, assure la prise en compte de l'erreur sur ses motifs personnels et légaux au travers de l'annulation du contrat. On refuse l'annulation du contrat, si l'erreur de la caution était inexcusable, c'est-à-dire si elle résultait d'une faute caractérisée de l'*errans*, parce que, *exempli causa*, la caution était une personne éduquée et pas illettrée. L'absence du caractère inexcusable de l'erreur de la caution est une condition négative de prise en compte de ses motifs personnels et légaux faisant partie de la substance de son engagement. Le refus de prendre en considération un motif personnel et légal de la caution-*errans* au travers de l'annulation du contrat de cautionnement, parce que l'erreur de la caution est inexcusable, s'explique par le désir d'assurer une certaine moralisation contractuelle,¹⁰² ainsi que par le dessein de préserver la sécurité juridique.¹⁰³ La caution-*errans* devra donc se contenter du reste de l'utilité particulière que le contrat lui procure¹⁰⁴.

¹⁰¹ GOUBEAUX G., « A Propos de l'erreur sur la valeur », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, L. G. D. J., 2001, p. 400

¹⁰² VALACKE C., *art. précit.*, p. 672.

¹⁰³ VIVIEN G., *art. précit.*, p. 320.

¹⁰⁴ Dans certains cas, elle sera rémunérée pour le service de se porter caution pour le débiteur principal. Dans la plupart des cas elle récupérera ce qu'elle a payé pour le débiteur principal, en mettant en l'œuvre l'action subrogatoire ou l'action personnelle.