Le caractère subsidiaire du cautionnement

Frédéric ROUVIÈRE
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de Théorie du Droit (EA 892)

Paru dans *RTD com.* 2011, p.689-710

Alors que le caractère accessoire du cautionnement semble un élément incontournable de sa définition, les évolutions législatives et jurisprudentielles ont troublé cette évidence. Aussi, le caractère subsidiaire du cautionnement est proposé de façon alternative pour justifier le renouveau des solutions en tentant de montrer qu'il permet une présentation plus cohérente du droit positif et une classification plus simple du cautionnement au sein des garanties personnelles.

1. Fonctions et limites du concept d'accessoire – L'intitulé de la présente étude pourrait faire croire à l'ignorance totale des théories doctrinales qui enseignent unanimement le caractère accessoire du cautionnement[1]. Or comme l'affirmation du caractère subsidiaire est ici délibérée, ce simple changement de terme pourrait alors passer pour une provocation stérile et inutile, une modification purement formelle de la terminologie habituelle. Pourtant, les auteurs concèdent que le caractère accessoire du cautionnement a été mis à rude épreuve par les évolutions législatives et jurisprudentielles[2]. Les solutions jurisprudentielles qui semblent s'écarter de l'accessoire sont vivement critiquées et souvent dénoncées comme portant atteinte à la nature ou à l'essence du cautionnement[3]. Néanmoins, l'ampleur de l'argumentation déployée en ce sens ne peut masquer cette évidence flagrante : le caractère accessoire n'est nulle part consacré par le législateur[4]. Présenté comme l'un

---

[1] L. Aynès ; P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 4ème éd., 2009, n°121, p.27 ; M. Bourassin ; V. Brémond ; M.-J. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, Sirey, 2ème éd. par M. Bourassin, 2010, n°214, p.77 ; M. Cabrillac ; Ch. Mouly ; S. Cabrillac ; Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 8ème éd. 2007, n°77, p.57 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 2008, n°30, p. 37 ; Ph. Simler ; Ph. Delebecque, *Les sûretés. La publicité foncière*, Précis Dalloz, 5ème éd., 2009, n°47, p.38. Ces ouvrages sont ensuite cités avec le seul nom de leurs auteurs et du numéro de paragraphe. V. égal. D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001.

[2] Ph. Simler, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ-Lextenso, 2009, pp.497-507 ; P. Crocq, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, pp.171-180 ; D. Legeais, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.*, n°92, 2001, pp.68-75, spéc. pp.70-71.

[3] M. Texier, « Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre de procédures organisées », *RTD com.* 2008, pp.25-44.

[4] Cette évidence est rarement mise en avant. Toutefois, en ce sens : Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier, n°214, note 2 qui rappelle que le terme « accessoire » ne figure dans aucun texte. V. égal. J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, Thèse, codir. Ch. Atias et A. Leborgne, Aix-en-Provence, 2010, n°28, pp.75-77.

des traits distinctifs du cautionnement[5], le caractère accessoire résulte d'une conceptualisation doctrinale visant à unifier la justification des principaux effets de cette convention. Aussi, au lieu de traiter les nombreuses solutions légales ou jurisprudentielles comme des déviances, la présente étude prend le parti de considérer qu'elles invitent à repenser les justifications habituellement avancées pour les critiquer ou les expliquer.

2. Enjeux d'une autre justification – L'apparition du porte-fort d'exécution, lui-même présenté comme accessoire, conduit à interroger le caractère accessoire du cautionnement en tant que critère distinctif d'autres sûretés ou garanties personnelles[6]. En outre, la différence de traitement selon les causes d'extinction du cautionnement (notamment dans les procédures collectives) brise l'unité supposée du caractère accessoire du cautionnement[7]. De même, la survie du contrat de cautionnement à la nullité de l'obligation principale contribue à épaissir le doute sur la pertinence du caractère accessoire[8].

Si la théorie juridique a bien pour fonction de justifier certaines solutions[9], c'est toute la cohérence de la présentation habituelle du droit positif en matière de cautionnement qu'il faut repenser. Autrement dit, ce qui est proposé n'est certainement pas une refonte ou une critique des solutions actuelles mais une présentation plus cohérente (et donc plus claire) des effets du cautionnement tant en droit commun que commercial. Cette démarche se réclame de tentatives antérieures semblables qui ont poursuivi cet objectif avec succès pour d'autres questions[10]. Pour formuler la présente démarche dans les termes de la méthodologie juridique, il ne s'agit pas de prendre comme point de départ la nature juridique du cautionnement pour en déduire le régime correspondant. Selon cette voie, on ne peut qu'aboutir au même constat que de nombreux auteurs, à savoir que la nature accessoire du cautionnement n'est pas toujours respectée par les juges et qu'il existerait comme une forme de schizophrénie du cautionnement qui ne serait plus vraiment lui-même dans certains cas. Au contraire, il s'agit de prendre comme point de départ le régime

---

[5] Nettement en ce sens : Aynès, Crocq, n°122 : même sans les textes, le caractère accessoire aurait existé « car il tient à la nature des choses ».

[6] V. *infra*, n°30.

[7] V. *infra*, n°13-16.

[8] V. *infra*, n°17-18.

[9] Ch. Atias, *Théorie contre arbitraire*, PUF, Les voies du droit, 1987, n°3, p.14.

[10] P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999, n°58, p.810 : « nous prétendons simplement donner une présentation du droit français plus cohérente » ; M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ. 1997*, n°27, p.107 : « ces quelques remarques ne sont pas de nature à bouleverser les solutions traditionnellement retenues en la matière, simplement elles nous semblent mieux les expliquer et les justifier ».

juridique légal du cautionnement, complété par l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite, pour tenter de discerner la nature juridique qui pourrait le mieux y correspondre[11] : le caractère subsidiaire du cautionnement est précisément l'aboutissement de cette quête[12].

3. Distinction entre subsidiaire et accessoire – Bien que très proches et partageant des traits communs, les notions de subsidiaire et d'accessoire ne se confondent pas, même si le langage commun les tient parfois pour synonymes. Selon la définition majoritairement reçue en droit, l'accessoire est « *lié à un élément principal mais distinct et placé sous la dépendance de celui-ci, soit qu'il le complète, soit qu'il n'existe que par lui* »[13]. On remarque d'emblée que l'accessoire comprend deux éléments importants dans la perspective du cautionnement : c'est bien un contrat distinct du contrat principal mais il est placé sous sa dépendance ce qui censé expliquer que tout ce qui affecte l'obligation principale doive également affecter l'obligation accessoire, c'est-à-dire le cautionnement. En revanche, le subsidiaire est « *ce qui a vocation à venir en second lieu pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut* »[14]. Ce qui frappe dans cette définition c'est qu'elle semble également parfaitement rendre compte du mécanisme légal central du contrat de cautionnement à savoir que le créancier ne peut agir contre la caution qu'à défaut d'exécution par le débiteur principal de son obligation[15]. Néanmoins, par extension, le subsidiaire est volontiers confondu avec l'accessoire[16] si bien que ce dernier est souvent préféré dans la définition du cautionnement[17].

L'accessoire et le subsidiaire ont bien un point commun qui réside dans le fait que l'élément (accessoire ou subsidiaire) demeure distinct de l'élément principal. Pour le dire juridiquement, il y aura dans les deux cas une pluralité de liens, c'est-à-dire une pluralité d'obligations. Cependant, l'accessoire et le subsidiaire se distinguent en raison de l'indépendance. Alors que l'accessoire est « *ce qui est placé sous la dépendance* » de l'élément principal, le subsidiaire est vierge de toute

---

[11] Bien que cette façon de faire inverse l'ordre habituel (J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, n°10, p.263), elle sera retenue ici en raison de sa fertilité théorique et pratique.

[12] Egal. en ce sens : J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, précité, n°172, p.302 : « La subsidiarité est de l'essence du cautionnement ».

[13] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8ème éd., 2007, V° Accessoire, sens 1, a).

[14] G. Cornu, précité, V° Subsidiaire, sens 1.

[15] Art. 2288 CCiv. : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

[16] G. Cornu, précité, V° Subsidiaire, sens 2.

[17] Encore que les auteurs ne soient pas unanimes. Par exemple, mettant en avant le caractère subsidiaire : Simler, Delebecque, n°47. En sens inverse, rejetant formellement le caractère subsidiaire : Cabrillac, Mouly, Pétel, n°77. Plus hésitant : Picod, n°30, spéc. p.39.

dépendance. Pour le formuler autrement, un élément subsidiaire est indépendant tout en conservant sa « *vocation à venir en second lieu* » [18]. Cette distinction fait déjà pressentir la justification qu'elle permettrait d'opérer pour les cas où la disparition de l'obligation principale laisserait survivre malgré tout un cautionnement en tant qu'obligation indépendante et subsidiaire. Pour autant, cette indépendance du cautionnement ne peut être absolue, sans quoi l'obligation totalement indépendante serait qualifiée d'autonome et on retrouve une fois encore un débat décisif dans la qualification des garanties personnelles. Il faut alors affiner et préciser ces premières définitions pour cerner la portée du caractère subsidiaire du cautionnement comme justification des solutions légales et jurisprudentielles. Dans cette perspective, la subsidiarité affirme l'indépendance du cautionnement (I) et constitue un critère de distinction du cautionnement au sein des garanties personnelles (II).

I. – La subsidiarité, affirmation de l'indépendance du cautionnement

4. Conséquence de la subsidiarité : l'indépendance – La conséquence prépondérante de la subsidiarité est l'indépendance du cautionnement au regard de l'obligation principale. Cette indépendance est très nette pour le lien d'obligation lui-même (B) mais est plus discrète pour l'objet du cautionnement car la subsidiarité suppose malgré tout de se référer au paiement de l'obligation principale (A).

A. Un objet distinct, déterminé par l'absence de paiement de l'obligation principale

5. Le mécanisme de la subsidiarité – Le mécanisme de la subsidiarité consiste en ceci : la caution ne peut être tenue d'une dette propre qu'en raison de la défaillance du débiteur principal. Ce qui masque ordinairement l'indépendance de l'objet du cautionnement est que sa consistance est directement déterminée par cette absence de paiement de l'obligation principale. Ce qui donne à croire qu'il y a une dette unique est que le Code civil prévoit que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur[19]. Néanmoins, la dette de la caution demeure distincte et

[18] J. Raynard, « A propos de la subsidiarité en droit privé », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, tome I, 1998, n°2, p.132 : « La subsidiarité ne s'identifie pas aux rapports régissant le principal et l'accessoire : alors que l'accessoire s'agrège au principal pour suivre le sort de celui-là et éventuellement disparaître avec lui, la disparition de l'élément essentiel non seulement n'entraîne pas celle du subsidiaire mais, tout au contraire, découvre celui-ci pour le rendre pleinement efficace ».

[19] Art. 2290 al. 1 CCiv. : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ».

possède donc des caractéristiques indépendantes : par exemple, elle peut être moins onéreuse[20]. En réalité, c'est seulement le calcul de la quotité de la dette de la caution qui est fonction de l'objet principal dont elle ne peut en dépasser le montant. La loi illustre cela en prévoyant une réduction de la dette de la caution « *à la mesure de l'obligation principale* »[21]. On retrouve encore la trace de cette justification dans le paiement partiel qui libère proportionnellement la caution[22], autre exemple de calcul effectué en fonction de la dette principale. Pourtant, contrairement aux apparences, le mode de calcul n'est qu'un effet secondaire du mécanisme de la subsidiarité.

6. Subsidiarité et existence de la dette – Ce que signifie essentiellement le mécanisme de la subsidiarité est que la dette de la caution ne peut exister qu'en cas d'absence de paiement de l'obligation principale**.** Inversement, si le créancier a obtenu satisfaction, la caution n'est tenue d'aucune dette. C'est bien cette nécessité d'établir au préalable l'absence de paiement qui constitue l'expression même du mécanisme de la subsidiarité. Cette situation est plus large encore que l'inexécution de l'obligation car elle peut viser le retard dans l'exécution voire encore le cas où l'obligation principale est nulle. En effet, en cas de nullité, le créancier ne pourra recevoir le paiement et donc une satisfaction juridique.

Sur la question délicate de la date de naissance de la dette de la caution, la subsidiarité incline à penser qu'il faut seulement établir l'absence de paiement : l'obligation arrivée à terme n'a pas été payée, le débiteur mis en demeure ne s'est pas exécuté etc. La preuve de ce seul fait est alors la preuve de l'existence de la dette de la caution. Réciproquement et toujours en raison du jeu de la subsidiarité, la satisfaction du créancier interdit de demander paiement à la caution car celle-ci n'est tout simplement pas débitrice. La différence avec la notion d'accessoire est importante du point de vue théorique car il n'y a pas ici extinction de la dette de la caution mais plus radicalement inexistence de celle-ci. L'image du miroir est celle qui permet le mieux de comprendre l'idée exprimée : l'objet du cautionnement est comme un miroir qui reflète la partie de la dette principale non payée. L'objet peut refléter moins mais jamais plus car le reflet ne peut être plus que la réalité ! Du coup, on pressent que les causes d'extinction du cautionnement peuvent s'expliquer autrement que par le concept d'accessoire.

---

[20] Art. 2290 al. 2 CCiv. : «Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses ».

[21] Art. 2290 al. 3 CCiv. : « Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale ».

[22] Pour une application à propos des règles d'imputation des paiements : Civ. 1ère 19 janv. 1994, Bull. I, n°28.

7. Subsidiarité et satisfaction du créancier – L'application de l'idée que l'objet du cautionnement n'est que le reflet de la dette principale permet de rendre compte de ce qui est classiquement traité sous le vocable de « causes d'extinction du cautionnement ». Cette terminologie est en harmonie avec l'idée d'accessoire : parce que le sort de l'accessoire suit le sort du principal, alors toute extinction de l'obligation principale doit éteindre par voie de conséquence le cautionnement. Cette proposition suppose implicitement que la dette de la caution a existé puis a été éteinte.

De son côté, l'idée de subsidiarité propose une façon bien plus simple et directe de poser le problème : si le créancier a été payé au sens juridique (il a reçu satisfaction) alors la subsidiarité du cautionnement empêche la naissance même de la dette de la caution[23]. Selon cette analyse, il n'y a donc rien à éteindre car aucune dette n'a jamais existé[24]. Certes ce point de vue va à l'encontre d'une terminologie bien ancrée dans les habitudes et qui vise l'extinction du cautionnement mais lorsqu'on recense les articles du Code civil dans la section sur l'extinction du cautionnement, on s'aperçoit que c'est d'abord de l'obligation de la caution dont il est question. Cette obligation est indépendante car distincte de l'obligation principale et soumise comme elle au droit commun des obligations[25]. L'article suivant sur la confusion traite du rapport entre le débiteur et la caution[26], et non comme on pourrait s'y attendre entre le créancier principal et la caution, ce qui confirme que la généralisation de l'expression d'extinction n'a rien de nécessaire.

Pour trouver les règles qui régissent ce qu'on traite habituellement comme une extinction du cautionnement, il faut se tourner vers le droit commun des obligations. Or, ce qui est surprenant à cet égard, c'est que le terme d'extinction est soigneusement évité à propos de la caution, à tel point qu'on peut se demander si cela est vraiment un hasard. La remise de dette accordée au débiteur principal

---

[23] Il est d'ailleurs intéressant de noter en ce sens que, selon la jurisprudence, la date de naissance du recours personnel de la caution coïncide avec le paiement qu'elle effectue puisque le délai de forclusion de la caution d'un crédit de consommation court à partir du paiement que la caution fait au créancier (Civ. 1ère, 9 déc. 1997, Bull. I, n°365, n°96-10151) et la même date est retenue pour les intérêts du débiteur principal à l'égard de la caution (Civ. 1ère 26 avril 1977, Bull. I, n°187, n°75-14889).

[24] Civ. 3ème 13 avril 2010, Bull. III, n°81, n°09-11172. Selon l'arrêt, la banque qui cautionne un entrepreneur pour le paiement de la retenue de garantie (Loi n°71-584 du 16 juillet 1971, art. 1), somme libérée au moment de la réception des travaux, ne peut être tenue au paiement en l'absence de procès verbal de réception. Dans le fil de la présente analyse, il est frappant de constater que tout se passe comme si le procès verbal était nécessaire à la naissance de la dette de la caution.

[25] Art. 2311 CCiv. : « L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations ».

[26] Art. 2312 CCiv.: « La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution ».

« libère » les cautions[27], terme encore employé dans la novation[28]. De même, la confusion « profite » à la caution[29] et elle peut « opposer » la compensation[30]. Au-delà de cet aspect purement terminologique, ces éléments sont réunis dans la notion (assez vague) d'exceptions « *inhérentes à la dette* »[31], notion qui se présente en réalité comme une synthèse encore plus large des cas déjà cités qui reposent tous sur la satisfaction du créancier.

8. Subsidiarité et exception inhérente à la dette : cas légaux – Pourquoi la caution peut-elle opposer les exceptions inhérentes à la dette ? Classiquement, c'est le concept d'accessoire qui rend compte de cette solution en soulignant que l'extinction du principal gagne l'accessoire. La subsidiarité conduit quant à elle à tenir le raisonnement suivant : est une exception inhérente à la dette toute source de satisfaction du créancier. Or la preuve de la satisfaction du créancier étant une preuve du paiement[32], l'exécution du débiteur empêche la naissance de la dette sur la tête de la caution en vertu de l'application de la subsidiarité elle-même. Toutefois, cette explication est plus ou moins évidente selon les cas prévus par la loi.

Les cas les plus évidents sont la compensation, la dation en paiement et la novation[33]. La loi décide que la compensation de la dette principale peut être opposée au créancier[34]. En effet, la compensation étant automatique, elle est censée être un double paiement inconscient ou abrégé. Bref, si le créancier est satisfait (par le paiement), la dette de la caution n'a même pas pu exister. C'est là une illustration de l'interdiction d'agir contre la caution sans avoir prouvé au préalable l'absence de paiement de l'obligation principale, autrement dit l'insatisfaction du créancier. De même, la loi prévoit (sans prononcer le mot) que la dation en paiement décharge la caution[35], ce qui s'explique identiquement par le caractère satisfactoire de la dation

---

[27] Art. 1287 al. 2 CCiv. : « Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal ».

[28] Art. 1281 al. 2 CCiv. : « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions ».

[29] Art. 1301 al. 1 CCiv. : « La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal, profite à ses cautions ».

[30] Art. 1294 al. 1 CCiv. : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ».

[31] Art. 2313 al. 1 CCiv. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ».

[32] F. Grua, « L'obligation et son paiement », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, n°4, p.481 *in fine* ; n°5, p.482 ; n°14, p.485.

[33] Tous ces cas peuvent être classés comme des « substituts satisfactoires du payement » : v. par ex. J. Ghestin ; M. Billiau ; G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, LDGJ, 2007, n°842, p.879.

[34] Art. 1294 al. 1 CCiv. : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ».

[35] Art. 2315 CCiv. : « L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé ».

en paiement, assimilée à un paiement. Encore, la loi précise que la novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions[36]. La novation éteint l'obligation principale avec naissance d'une nouvelle obligation qui est censée apporter une nouvelle source de satisfaction au créancier. Lorsque la novation a lieu en raison d'un changement d'objet, on se rapproche de l'hypothèse de la dation en paiement : le changement est en lui-même satisfactoire. Lorsque la novation s'effectue en raison du changement de débiteur, la même explication est concevable en ajoutant que le créancier acquiert un droit sur un nouveau patrimoine qu'il a sans doute jugé préférable à celui de l'ancien débiteur, voire de la caution. Certes l'explication n'est pas aussi limpide que dans le cas de la compensation mais les auteurs rangent majoritairement la novation comme un substitut satisfactoire ou encore une satisfaction indirecte. Cette satisfaction peut alors être présumée tant que le créancier n'a pas exprimé une volonté contraire[37]

Les cas légaux moins évidents sont respectivement la confusion qui profite[38] à la caution et la remise de dette qui la libère[39].

La confusion est traitée par la doctrine, pareillement à la novation et la compensation, comme une source de satisfaction indirecte du créancier ou comme son substitut. Mais l'analyse de sa nature juridique a parfois fait douter de son caractère réellement extinctif car elle ne correspond en réalité qu'à une impossibilité factuelle (parfois seulement temporaire) de demander l'exécution de l'obligation[40]. Pourtant cet aspect n'est guère gênant pour la présente analyse. En effet, même si elle n'est que temporaire, la confusion sur une même tête des qualités de créancier et de débiteur semble évoquer l'hypothèse où le créancier peut, si l'on ose dire, se satisfaire lui-même. Juridiquement parlant, si le créancier acquiert la qualité de débiteur c'est par exemple qu'il recueille le patrimoine du débiteur ou la chose à l'occasion de laquelle sa créance était née. Bref, le créancier se trouve dans une situation où il peut accéder de lui-même à l'actif patrimonial qui garantissait normalement sa créance. A cet égard, la confusion s'analyse en une satisfaction qui, toujours en raison de la subsidiarité du cautionnement, inhibe la naissance même de la dette de la caution. Le caractère parfois temporaire de la confusion ne supprime pas son caractère satisfactoire qui dure autant que dure la confusion.

---

[36] Art. 1281 al. 2 CCiv., précité.

[37] Art. 1281 al. 3 CCiv : « si le créancier a exigé (…) l'accession (…) des cautions, l'ancienne créance subsiste, si (…) les cautions refusent d'accéder au nouvel engagement ».

[38] Art. 1301 al. 1 CCiv., précité.

[39] Art. 1287 al. 2 CCiv., précité.

[40] J. Ghestin ; M. Billiau ; G. Loiseau, précité, n°1084, p.1105.

Le cas le moins évident et le plus délicat est celui de la remise de dette. De façon unanime, la doctrine considère qu'elle n'est pas satisfactoire pour le créancier[41]. Comment alors justifier, en l'absence du concept d'accessoire, que celle-ci libère la caution ? Une fois encore, l'analyse conduit à approfondir la nature juridique de la remise de dette. En effet, si elle est un acte à titre gratuit, il est clair que le créancier n'en retire pas de satisfaction. En revanche, tel n'est plus le cas si elle est consentie à titre onéreux. A l'appui de la présente démonstration, on retiendra surtout que le Code civil ne comporte aucune définition de la remise de dette[42] et que si elle devait être un acte à titre gratuit (donc une donation) cela devrait conduire à la réaliser par acte authentique[43] ce que le Code civil ne prévoit pas. En outre, la section sur la remise de dette est fortement centrée sur la question de la preuve : la remise du titre fait présumer la libération ou le paiement[44]. Dans cette voie, parce qu'elle fait notamment présumer le paiement, la remise de dette semble faire présumer plus généralement la satisfaction du créancier (d'où la libération visée par le texte), en raison d'un acte forcément distinct du paiement de l'obligation principale. Comme l'intention libérale ne peut se présumer, la remise du titre fait avant tout présumer la satisfaction du créancier : en se dessaisissant de son titre, le créancier démontre qu'il n'en avait plus besoin, justement parce qu'il a déjà reçu juridiquement satisfaction. Cette situation n'a rien d'extraordinaire si l'on songe à l'exemple de la validité des ventes pour un prix symbolique avec reprise de dettes[45]. Comme dans l'hypothèse de la remise de dette, le fait que la contrepartie soit extérieure à l'acte n'en fait pas pour autant un acte à titre gratuit. Dans le respect de la lettre du Code civil, il est possible d'interpréter la remise de dette comme une présomption portant sur la satisfaction du créancier et non forcément comme une convention autonome nécessairement conclue à titre gratuit.

---

[41] La consultation de tous les manuels et traités est en ce sens, notamment au regard du plan adopté qui range la plupart du temps la remise de dette dans la catégorie d'une extinction sans satisfaction.

[42] J. Ghestin ; M. Billiau ; G. Loiseau, précité, n°1216, p.1243.

[43] Art. 931 CCiv. : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ». Malgré cela, il faut nuancer cette observation car la jurisprudence admet que le don manuel permet de se dispenser de l'acte authentique, notamment lorsque la dépossession du donateur est irrévocable. La remise du titre serait alors un don manuel car la créance est une chose incorporelle.

[44] Art. 1282 CCiv. : « La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération » ; Art. 1283 CCiv. : « La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire ».

[45] Civ. 3ème 3 mars 1993, Bull. III, n°28, n°91-15613, JCP 1994, I, n°3744, n°1, obs. Fabre-Magnan; RTD civ. 1994, p. 124, obs. Gautier. Une autre comparaison pourrait d'ailleurs être faite avec la transaction (art. 2044 CCiv.) qui comporte souvent la remise partielle ou totale d'une dette en contrepartie d'une concession.

9. Subsidiarité et exception inhérente à la dette : cas jurisprudentiels – La loi ne règle pas la question du sort de la caution pour les autres causes d'extinction de l'obligation notamment la prescription ou la transaction.

La Cour de cassation a déjà fait bénéficier la caution de la prescription de l'obligation principale[46] qui est pourtant classée comme une cause d'extinction non satisfactoire pour le créancier. Néanmoins, cette proposition doit être nuancée car la Cour de cassation a pu analyser la prescription comme une présomption de paiement[47]. Dès lors, si la prescription fait présumer la satisfaction du débiteur[48], elle empêche la naissance de la dette de la caution par le jeu du caractère subsidiaire du cautionnement. Les idées déjà avancées sur la satisfaction du créancier trouvent alors parfaitement application. De même, la Cour de cassation a admis que la caution, en dépit de l'effet relatif des conventions, puisse se prévaloir de la transaction passée entre le créancier et le débiteur principal[49]. Pourtant, ce détour par l'effet relatif n'est peut être pas nécessaire. Il suffit de considérer que la transaction a un effet satisfactoire en raison du fait qu'elle termine une contestation[50]. Ainsi, la même justification peut être transposée à ce nouveau cas. Dans ces deux exemples, l'exception est inhérente à la dette car elle vise la satisfaction du créancier, satisfaction qui interdit de reconnaître la naissance de la dette de la caution en vertu de la subsidiarité du cautionnement.

Cette façon de raisonner peut être généralisée en faisant remarquer que tout ce qui empêche la naissance de la créance principale peut aussi être invoqué par la caution. Cette dernière demande en réalité qu'on constate qu'elle n'a jamais été tenue d'aucune dette parce que si la créance principale a été éteinte ou *a fortiori* n'a jamais existé, il n'y a pas de paiement concevable de celle-ci et donc la dette de la caution n'a pas pu naître. Tel est par exemple le cas lorsque la condition suspensive de l'obligation principale ne s'est pas accomplie[51]. C'est toujours le caractère subsidiaire du cautionnement qui justifie cette solution car l'absence de créance principale *ab*

---

[46] Civ. 1ère 14 mars 2000, Bull. I, n°93, n°98-11770, JCP 2000, 1657, obs. Simler.

[47] Cass. req. 15 décembre 1829, S. 1830 I, p. 409 : la prescription est une « présomption légale et formelle de libération ».

[48] Pour un approfondissement de la prescription comme présomption de paiement : F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *Petites affiches* 31 juillet 2009, n°52, p.7 et s. V. égal. F. Colonna d'Istria, *Temps et concepts en droit des obligations. Essai d'analyse méthodologique*, Thèse (dir. J.-L. Bergel), Aix-en-Provence, 2009, n°177, p.325.

[49] Com. 22 oct. 1991, Bull. IV, n°302, n°89-20490.

[50] Art. 2044 CCiv. : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

[51] Civ. 1ère 29 avril 1997, Bull. I, n°133, n°95-13505: « Le cautionnement d'une obligation conditionnelle ne peut exister lorsque la condition est défaillie »

initio empêche d'établir la qualité même de créancier : aucun paiement n'étant dû, par conséquent le mécanisme même de la subsidiarité ne peut jouer.

10. Subsidiarité et recours personnel de la caution – Le recours personnel de la caution[52] est distinct de la subrogation dans les droits du créancier[53] qui résulte du paiement de la dette d'autrui. Le recours personnel n'est pas le doublon inutile de la subrogation car il peut être par exemple soumis à une prescription différente des droits du créancier. Toutefois, au-delà de l'aspect pratique du recours personnel, son fondement théorique est encore présenté comme incertain et oscillant entre le mandat ou la gestion d'affaires[54]. Or la subsidiarité permet de justifier sans détour ce recours. En effet, la subsidiarité signifie que la caution est tenue de payer si le principal fait défaut mais elle ne signifie pas que la caution doive définitivement supporter ce paiement. La subsidiarité indique que la caution n'est pas obligée à titre principal : elle ne fait qu'ajouter une garantie supplémentaire au paiement de l'obligation principale. C'est là son rôle et non d'acquitter définitivement la dette à la place du débiteur. En ce sens, le recours personnel existe justement pour réaliser complètement l'opération de cautionnement qui ne se limite pas au paiement de la dette principale mais au fait que c'est le débiteur qui doit supporter le poids définitif de la dette. Que cela ne soit pas toujours le cas *en fait*, n'enlève rien à cette justification *en droit*.

B. Une obligation distincte, indépendante de l'obligation principale

11. Portée de l'indépendance du cautionnement – La caractérisation du cautionnement comme obligation accessoire implique sa dépendance au regard de l'obligation principale. Or cette idée est malmenée par le droit des procédures collectives et du surendettement des particuliers. Afin d'expliquer les solutions adoptées dans ces domaines mais encore certaines règles du droit commun, l'indépendance du cautionnement sera exploitée. Cette indépendance est un corollaire du caractère subsidiaire du cautionnement. En effet, le caractère subsidiaire suppose que la caution ne doit payer que si le créancier principal n'a pas reçu paiement, n'a pas été juridiquement satisfait. En dehors de cette hypothèse,

---

[52] Art. 2305 al. 1 CCiv. : « La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur ».

[53] Art. 2306 CCiv. : « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».

[54] Aynès, Crocq, n°156 ; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier, n°499; Cabrillac, Mouly, Pétel, n°270; Picod, n°89 ; Simler, Delebecque, n°202.

l'obligation issue du cautionnement étant distincte de l'obligation principale, le paiement pourra être exigé de la part de la caution car l'insatisfaction du créancier est justement le critère de l'existence de la dette de la caution.

12. L'inopposabilité par le débiteur principal des exceptions issues du cautionnement – La confusion[55], la compensation[56] et la remise de dette[57] qui existent au profit de la caution ne peuvent pas être invoquées par le débiteur principal. La jurisprudence a ajouté à cette liste la novation[58], réalisant ainsi une parfaite symétrie avec les causes légales de libération de la caution[59]. Ces solutions peuvent indifféremment être expliquées par le caractère accessoire ou subsidiaire du cautionnement en faisant remarquer que c'est le cautionnement qui a cette qualité et non l'obligation principale. Il existe toutefois une différence mineure lorsque le caractère subsidiaire du cautionnement est utilisé comme justification de ces solutions. En effet, la subsidiarité implique l'indépendance ; dès lors, ce qui affecte le cautionnement n'affecte pas l'obligation principale. En revanche, la réciproque n'est pas vraie car seule la satisfaction du créancier empêche le jeu de la subsidiarité.

13. Indépendance au regard des procédures de redressement (procédures de redressement judiciaire et surendettement des particuliers) – Le concept d'accessoire conduit à un résultat sans nuance lorsqu'il est appliqué dans les procédures de redressement qui existent soit pour les professionnels soit pour les particuliers. Du moment que l'obligation principale est éteinte, par exemple parce qu'une remise de dette a été consentie dans un plan, cette extinction doit se reporter mécaniquement sur le cautionnement en raison de sa dépendance à l'égard de l'obligation principale.

Pourtant, les dernières solutions législatives et jurisprudentielles ne sont pas en ce sens. En matière de procédure de redressement judiciaire, la loi a expressément consacré l'impossibilité pour la caution de se prévaloir des remises de dettes consenties au débiteur principal[60]. Encore, la jurisprudence prévoit que la caution ne peut pas se prévaloir des délais de paiement qui ont pu être accordés au débiteur dans le plan de redressement[61]. En matière de surendettement, la loi contient des

---

[55] Art. 1301 al. 2 CCiv., précité.

[56] Art. 1294 al. 2 CCiv., précité.

[57] Art. 1287 al. 2 CCiv., précité.

[58] Com. 7 déc. 1999, Bull. IV, n°219, n°96-15915, D. 2001, somm. 697, obs. L. Aynès; JCP 2000, II, 10377, note S. Piedelièvre ; JCP 2000, I, 257, n°1, obs. Simler.

[59] V. *supra*, n°8.

[60] L. 631-20 CCom. : « Les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ».

[61] Civ. 1ère 31 mars 1998, Bull. I, n°135, n°96-16637 ; Com. 22 juin 1999, Bull. IV, n°134, n°97-17772.

solutions identiques : les délais ou les remises de dette[62] accordés au débiteur ne peuvent être opposés par la caution[63].

Ces règles n'ont pas manqué de troubler les auteurs qui défendent le caractère accessoire du cautionnement, caractère manifestement incompatible avec ces solutions[64]. Pourtant, ce régime particulier (légal ou jurisprudentiel) pourrait être justifié par le caractère subsidiaire du cautionnement qui implique son indépendance. Obligation distincte de l'obligation principale et qui n'est pas placée sous sa dépendance, l'obligation de la caution ne peut être affectée par les évènements juridiques qui atteignent l'obligation principale (sauf dans le cas du paiement ou plus généralement de la satisfaction du créancier). Or tel n'est pas le cas dans ces hypothèses. La subsidiarité apparaît alors comme la justification technique de l'idée que la finalité du cautionnement est justement de garantir la défaillance du débiteur[65]. Cette explication, incompatible avec le concept d'accessoire qui exige la libération de la caution, est en revanche pleinement compatible avec le concept de subsidiarité qui suppose que la caution est poursuivie seulement en cas d'insatisfaction du créancier.

14. Indépendance pour la procédure de rétablissement (surendettement des particuliers) – La jurisprudence rendue en matière de droit de la consommation est d'autant plus cruciale qu'elle n'est fondée sur aucun texte qui fixe le sort de la caution. Par exemple, les dernières évolutions législatives ont conduit à imposer aux créanciers du débiteur surendetté de déclarer leur créance sous peine d'extinction de celle-ci[66]. Raisonnant par analogie, les auteurs rapprochent cette situation de l'ancienne jurisprudence rendue en matière de procédures collectives pour l'absence de déclaration dans les procédures de redressement et de liquidation[67]. A l'issue d'une controverse, les juges avaient alors décidé, en matière de procédures collectives, que le défaut de déclaration était une exception inhérente à la dette et donc opposable par la caution[68]. Néanmoins, la Cour de cassation décide en matière

---

[62] Mesures prises par la commission de surendettement (art. L. 331-7 et 331-7-1 CConso.) et entérinées par le juge de l'exécution (art. L. 332-1 CConso.).

[63] L'art. L. 332-9 al. 2 CConso. prévoit que la dette de la caution subsiste, même après la clôture de la procédure : « La clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé ».

[64] P. Crocq, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », précité, n°21 et s., pp.179-180.

[65] Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier, n°946.

[66] Art. L. 332-7 CConso. : « (…) les créances qui n'ont pas été produites dans un délai fixé par ce décret sont éteintes (…)».

[67] Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier, n°964 ; Picod, n°53.

[68] Com. 17 juill. 1990, Bull. IV, n°214, n°89-13439 et Bull.IV, n°215, n°89-13138.

de surendettement que la caution ne peut opposer les remises de dette consenties au débiteur surendetté[69].

L'unification des solutions est ici assez frappante : depuis que l'arsenal législatif dans les procédures collectives a évolué dans le sens d'une absence d'extinction du cautionnement, les juges ont tendance à transposer en droit de la consommation les mêmes solutions mais pas pour les mêmes raisons dans la mesure où l'extinction de la dette n'est plus la sanction de l'absence de déclaration. Pour notre propos, on retiendra qu'il y a ici une nouvelle illustration et confirmation que le cautionnement est traité comme une obligation subsidiaire (donc indépendante de l'obligation principale) et non comme une obligation accessoire (donc placée sous la dépendance du principal) ce qui permet alors d'unifier la raison d'être des solutions tant en matière de procédures collectives que de surendettement des particuliers.

15. Régime propre à la caution personne physique dans la procédure de sauvegarde (procédures collectives) – La procédure de sauvegarde, bien qu'elle soit judiciaire, est censée avoir un rôle préventif car elle doit jouer avant l'état de cessation de paiements[70]. La procédure de redressement suppose en revanche un état de cessation des paiements[71]. Mais les deux procédures se rejoignent dans la possibilité d'adopter un plan. Or une règle spécifique est prévue pour les cautions personnes physiques : elles bénéficient pendant l'exécution du plan de sauvegarde d'une suspension des poursuites, lorsque le créancier n'a pas déclaré sa créance[72]. Encore, elles peuvent opposer les délais octroyés au débiteur en difficulté ou opposer les remises de dette qui sont dans le plan de sauvegarde[73]. Ces solutions semblent dissonantes avec celles qui viennent d'être exposées. Pire, elles semblent ressusciter le caractère accessoire du cautionnement qu'on aurait voulu trop vite enterrer.

Pourtant, les auteurs enseignent que ce régime possède une raison d'être propre aux procédures collectives : éviter que le dirigeant social, personne physique

---

[69] Civ. 1ère 3 mars 1998, Bull. I, n°82, n°96-10753°; Civ. 1ère 26 avr. 2000, Bull. I, n°122, n°98-10693.

[70] L. 620-1 al. 1 CCom. : « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L.620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

[71] L. 631-1 al. 1 CCom, *in limine* : « Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements ».

[72] L. 622-26 al. 2 *in fine* : « Pendant l'exécution du plan, [les créances non déclarées] sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

[73] L. 626-11 CCom : « Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous. A l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir ».

qui s'est portée caution de sa propre société, ne rechigne à faire appel à la procédure de sauvegarde. En effet, avant l'entrée en vigueur de ce dispositif, les dirigeants étaient enclins à retarder le recours au droit des procédures collectives pour retarder corrélativement leurs poursuites en tant que caution[74]. Si l'on s'en tient à cette justification pragmatique, on comprend que le législateur n'ait pas entendu renouer par cette voie avec le caractère accessoire du cautionnement.

Dans le même ordre d'idée, les cautions personnes physiques peuvent également invoquer à titre personnel le principe de suspension des poursuites, qu'il s'agisse cette fois de la procédure de sauvegarde ou de redressement mais seulement pendant la période d'observation[75]. Cette règle en particulier n'est donc motivée ni par le caractère accessoire ni par celui subsidiaire du cautionnement car c'est la personne de la caution qui est le critère d'application de ce régime particulier. Que les personnes morales ne puissent en bénéficier ne fait que confirmer que le législateur paraît implicitement distinguer entre la caution professionnelle et non professionnelle même si cela ne coïncide pas forcément avec la distinction entre personne morale et personne physique. Dès lors, cette dernière remarque amène à nuancer en partie les enseignements découlant de la loi sur les procédures collectives. En visant indifféremment toutes les sûretés personnelles, le législateur ne semble pas vouloir asseoir sa solution sur la nature particulière de l'une d'elles. Aussi, l'intérêt d'argumenter en faveur du caractère subsidiaire du cautionnement ressort bien plus nettement lorsque c'est l'application du droit commun qui est en cause dans les procédures collectives.

16. Application du droit commun dans la conciliation (procédures collectives) – Le plaidoyer en faveur du caractère accessoire du cautionnement semble pouvoir se réclamer des solutions jurisprudentielles rendues en matière de procédure de conciliation. Dans ce cas, on retrouve l'application du droit commun c'est-à-dire des règles du Code civil qui prévoient notamment que la remise de dette profite à la caution[76]. Ce résultat inspire souvent aux auteurs une distinction entre les procédures amiables qui conserveraient le caractère volontaire de la remise de dette

---

[74] Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier, n°1063.

[75] L. 622-28 al. 2 CCom : « Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans ». Pour la procédure de redressement, un renvoi est fait à cette disposition par l'art. L. 631-14 CCom.

[76] Com. 5 mai 2004, Bull. IV, n°84, n°01-03873 : « la cour d'appel a fait ressortir à bon droit que les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution ».

et les procédures judiciaire qui, en raison de l'aspect plus ou moins forcé des remises, aboutiraient alors à refuser à la caution le bénéfice de ces mêmes remises[77].

Pour notre démonstration, on retiendra plutôt que si les procédures amiables sont soumises au droit commun c'est qu'elles font présumer le caractère satisfactoire des remises pour le créancier, présomption appuyée par leur caractère spontané. Il n'y a ici qu'une application du caractère subsidiaire du cautionnement qui a déjà été illustrée dans les développements précédents[78].

17. Indépendance et annulation du prêt cautionné – Plus significativement, la Cour de cassation a plusieurs fois réitéré une solution qui s'explique difficilement *via* le concept d'accessoire. En effet, en dépit de l'annulation du prêt, la caution demeure tenue de garantir les restitutions alors même que le contrat principal a été anéanti[79]. On se retrouve alors dans une situation, *a priori* malaisée à justifier, où la caution est tenue de payer une dette alors même que l'obligation principale n'existe plus. Le caractère accessoire devrait commander l'extinction consécutive des dettes de la caution. Du coup, les arguments propres à expliquer cette solution se focalisent essentiellement sur la nature particulière du contrat de prêt. Le fait qu'il s'agisse d'un contrat de restitution aurait ainsi la vertu d'autoriser la survie du cautionnement[80]. Pourtant, il n'est guère besoin d'approfondir la discussion pour s'apercevoir que cette façon de raisonner n'est qu'une reformulation des motifs des arrêts rendus à ce sujet. Pire, c'est une explication purement *ad hoc*, autrement dit qui a pour seule fonction de justifier cette solution en particulier et rien d'autre. Le détour par la spécificité des contrats de restitutions prend alors un tour assez nettement artificiel.

Or, précisément, cette même solution peut parfaitement se justifier en considération du caractère subsidiaire du cautionnement qui implique son indépendance au regard de l'obligation principale. Parce qu'elle est distincte et indépendante, la dette de la caution n'est pas atteinte par la nullité de l'obligation principale. Toutefois, objectera-t-on, comment est-il possible de cautionner une obligation nulle ? A ceci nous répondrons que cette façon de raisonner est encore empreinte du recours au caractère accessoire du cautionnement qui impose d'en faire

---

[77] M. Texier, « Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre de procédures organisées », précité, n°62, p.43.

[78] V. *supra,* n°7 et 8.

[79] Civ. 1ère 18 mars 1996, Bull. I, n°96, n°95-13244 : « l'annulation (…) du contrat de prêt laisse subsister l'obligation de restituer tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion dudit prêt ; (…) tant que ces obligations n'étaient pas éteintes les cautions demeuraient tenues ». Dans le même sens : Civ. 1ère 4 juin 1996, Bull. I, n°236, n°93-18612 ; Civ. 1ère 25 mai 1992, Bull. I, n°154, n°90-21031 ; Com. 18 avr. 1985, Bull. IV, n°114, n°83-15559; Com. 17 nov. 1982, Bull. IV, n°357, n°81-10757.

[80] Aynès, Crocq, n°130 : l'obligation de restituer subsiste, ce qui explique la survie du cautionnement.

une obligation dépendante. Au contraire, la subsidiarité du cautionnement invite à demander paiement à la caution du moment que le créancier n'a pas reçu de paiement. L'hypothèse classique et centrale demeure bien sûr l'inexécution de l'obligation principale. Mais, aussi étonnant que cela puisse paraître, la nullité du contrat prive aussi le créancier de l'exécution de l'obligation principale, bref du paiement et finalement de sa satisfaction. En ce sens, la nullité prononcée par le juge sera la marque de cette absence de satisfaction et donc de la naissance de la dette de la caution. Les restitutions se présentent alors comme un substitut satisfactoire pour le créancier déçu et que la caution va devoir garantir. Sans entrer dans toutes les subtilités de l'analyse (qui demanderait à être complétée par celle de la subrogation réelle), il suffit de faire remarquer pour notre propos que cette solution peut simplement s'expliquer par l'indépendance de la dette de la caution. L'indépendance a pour conséquence que la dette de la caution subsiste même si la dette principale est anéantie. Ainsi, nul besoin d'en appeler au caractère spécifique des contrats de restitution ni de regretter que le principe de l'accessoire soit malmené.

18. Indépendance et nullité relative de l'obligation principale – Poursuivant dans la voie de l'indépendance, cette idée peut encore être mobilisée pour expliquer un arrêt de chambre mixte qui aurait réussi l'exploit « *de susciter une quasi-unanimité de la doctrine contre lui* »[81]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reconnaît l'impossibilité pour la caution de se prévaloir de l'annulation de l'obligation principale prononcée pour dol[82]. Manifestement, cette solution est incompatible avec le concept d'accessoire, il n'est guère besoin d'y insister tant cela a été souligné[83]. Or dans la perspective de l'indépendance du cautionnement, la solution se justifie en faisant remarquer que la nullité de l'obligation principale ne peut affecter la dette de la caution, distincte de la dette principale.

Le raisonnement est similaire à celui déployé pour l'annulation du contrat de prêt[84]. La difficulté particulière réside dans le fait qu'un article du Code civil dispose

---

[81] P. Crocq, « L'étrange impossibilité pour la caution d'invoquer la nullité pour dol de l'engagement du débiteur principal », obs. à la RTD civ. 2008, p.331.

[82] Ch. mixte, 8 juin 2007, Bull. civ. n° 5 ; BICC n° 667, 15 sept. 2007. 38 s., rapp. Pinot et avis de Gouttes ; D. 2008, 514, note L. Andreu ; D. 2007, p.2201 s., note D. Houtcieff ; D. 2007, p.1782, obs. V. Avena-Robardet; RLDC sept. 2007, p.25 s., note L. Aynès ; RLDA sept. 2007, n° 1169, p. 35 s., note P. Bouteiller ; JCP G 2007, Act. 274, obs. J. Casey; RD banc. fin. juill.-août 2007, n° 145, obs. A. Cerles ; Banque et droit, n° 114, juill.-août 2007, p.48 s., obs. F. Jacob ; RTD com. 2007, p.585, obs. D. Legeais et 835, obs. A. Martin-Serf; CCC nov. 2007, n° 269, obs. L. Leveneur ; RLDC juill.-août 2007, p.31 s., obs. G. Marraud des Grottes ; Dr. et proc. sept.-oct. 2007, p.295 s., obs. Y. Picod ; JCP E 2007, p.1861, note S. Pidelièvre ; JCP 2007 II, 10138, note Ph. Simler ; Dr. et patr. n° 162, sept. 2007, p.85 s., obs. Ph. Stoffel-Munck.

[83] L'écrasante majorité des notes précitées sur cet arrêt sont critiques. *Adde*, Ph. Simler, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », précité, p.499.

[84] V. *supra*, n°17.

que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable[85]. La lettre de la loi passe à première vue pour incompatible avec la justification avancée. Cependant, la disposition légale en question est complétée par un second alinéa qui admet une dérogation lorsque l'exception est purement personnelle à l'obligé. La loi mentionne à ce sujet l'exemple unique de l'incapable[86]. Pour minimiser la portée de cet alinéa, les auteurs rappellent que l'exemple de l'incapable serait historiquement lié à la volonté de favoriser pour lui l'obtention de crédit mais demeurerait une dérogation unique et isolée qui n'aurait pas de réelle portée[87]. Pourtant, si le législateur avait vraiment voulu s'en tenir au seul cas de la minorité, il n'aurait pas formulé l'alinéa litigieux dans des termes aussi généraux et se serait contenté d'un « sauf dans le cas de minorité » à la fin du premier alinéa. Ceci montre bien que cette explication peut être battue en brèche en recherchant les justifications qui n'apparaissent pas dans la loi.

Si la loi prévoit explicitement une exception, l'interprétation *a contrario* permet de revenir au principe. L'hypothèse légale porte sur l'annulation pour une exception purement personnelle et la conséquence est que cette annulation n'affecte pas la validité du cautionnement. *A contrario,* dans l'hypothèse d'une l'annulation pour une exception inhérente à la dette, la conséquence opposée est la nullité du cautionnement. Il faut alors se demander ce qu'est une exception inhérente à la dette. Dans cette voie, on peut rappeler la réponse déjà donnée précédemment[88] : sont inhérentes à la dette les exceptions qui relèvent de l'absence de satisfaction du créancier et la nullité entre dans ce cas. Le défaut de clarté dans la présentation habituelle du problème provient du fait que l'annulation peut en outre revêtir une dimension personnelle par exemple dans le cas du dol subi par le débiteur principal. Or il est ambigu de dire que l'exception est à la fois inhérente à la dette (nullité) et relève du seul débiteur principal (caractère personnel). C'est pourquoi une autre présentation plus simple peut être proposée pour expliquer la même situation en disant que la caution répond toujours de la nullité car l'annulation n'est pas satisfactoire pour le créancier. Mais, ce faisant, il semble qu'il s'agisse d'un renversement du principe car la loi dispose en premier lieu que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. En définitive on revient à la question initiale: dans quelles hypothèses la caution peut opposer la nullité ? La réponse à cette question peut alors être tirée de la distinction entre les nullités relatives et

[85] Art. 2289 al. 1 CCiv. : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ».

[86] Art. 2289 al. 2 CCiv. : « On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité ».

[87] Aynès, Crocq, n°139 ; Picod, n°31, note 1.

[88] V. *supra*, n°8 et 9.

absolues. La caution peut toujours opposer la nullité absolue de l'obligation principale à titre d'exception, précisément parce que la nullité absolue protège un intérêt général : tout ceux qui ont un intérêt à agir peuvent demander l'annulation ou opposer l'exception de nullité. D'ailleurs, les nullités absolues sont liées soit à l'objet soit à la cause du contrat ce qui correspond bien à l'idée d'exception inhérente à la dette principale. En revanche, la caution ne peut opposer une nullité relative car elle protège un intérêt privé et seule la personne protégée peut agir comme c'est le cas en matière de capacité (exemple légal) ou de vice du consentement (exemple jurisprudentiel). Ce que la formulation alambiquée de la loi dissimule par ses deux alinéas est simplement la distinction entre les nullités relatives et absolues, que la jurisprudence a discrètement repris à son compte. Ainsi, cette distinction s'articule avec le caractère subsidiaire du cautionnement : la possibilité de poursuivre la caution malgré l'anéantissement de l'obligation principale se comprend grâce à l'indépendance de la dette de la caution, conséquence du caractère subsidiaire du cautionnement. De même, la possibilité d'opposer la nullité ne vise en réalité que les cas de nullités absolues. Les solutions légales et jurisprudentielles en matière de nullité peuvent être harmonisées par cette voie comme cela s'est déjà vérifié de façon plus générale dans les autres situations.

19. Synthèse sur l'indépendance, conséquence de la subsidiarité – Les solutions jurisprudentielles et légales en matière de cautionnement peuvent être justifiées et unifiées autour de son caractère subsidiaire au lieu de son caractère accessoire. En application de l'idée de subsidiarité, le seul obstacle véritable à l'exécution du cautionnement est la satisfaction du créancier qui s'entend juridiquement comme le paiement ou ses substituts. Or le caractère subsidiaire traduit précisément cela : la caution ne peut être poursuivie que si le débiteur principal est défaillant. Parce que l'obligation de la caution est indépendante de l'obligation principale, l'extinction de celle-ci pour une autre raison que la satisfaction du créancier ne fait pas obstacle à la poursuite du cautionnement. En expliquant des solutions que l'idée d'accessoire contraint à critiquer, le caractère subsidiaire du cautionnement apparaît bien comme une justification plus cohérente du droit positif. Mieux, la subsidiarité permet d'éviter un conflit artificiel entre la justification conceptuelle du caractère accessoire du cautionnement (censé conduire à son extinction) et la justification pragmatique liée à la finalité de la sûreté (censée autoriser l'exécution du cautionnement). L'argument de la finalité de la sûreté trouve sa traduction technique dans le concept de subsidiarité défini comme la situation dans laquelle la caution ne doit s'exécuter que si le créancier n'a pas obtenu satisfaction par la voie de l'obligation principale.

Si l'on admet que la mission de la doctrine est d'expliquer et de justifier les solutions du droit positif[89], alors le caractère subsidiaire du cautionnement paraît mieux approprié que son caractère accessoire et ceci même si le contenu du droit positif n'en fait pas mention[90]. En effet, l'indépendance découlant de la subsidiarité (et qui s'oppose à la dépendance découlant du caractère accessoire) permet de rendre compte des choix législatifs et jurisprudentiels. Certes, le cautionnement a toujours été présenté comme étant accessoire mais si l'on mesure la pertinence d'un concept à son efficacité dans la coordination des solutions positives alors le caractère subsidiaire doit être préféré. Ces deux concepts ne sont au fond que des constructions doctrinales et dès lors, il vaut mieux choisir celui qui permet de remplir au mieux la mission de présentation cohérente du droit positif. La supériorité du caractère subsidiaire peut encore être attestée par le fait qu'il permet une classification aussi efficace et même plus fine du cautionnement au sein des garanties personnelles.

II. – La subsidiarité, critère de distinction entre cautionnement et garanties personnelles

20. Garanties et sûretés personnelles – La sûreté personnelle offre comme garantie au créancier la solvabilité de la personne qui s'engage. De façon plus générale, il existe des garanties personnelles qui ne sont pas classées comme des sûretés par le Code civil mais ont précisément cette même fonction de garantie : tel est par exemple le cas de la solidarité, présentée par la loi comme une modalité de l'obligation. La subsidiarité du cautionnement permet alors d'opérer une distinction entre ces deux situations qui sont proches l'une de l'autre (A) et même de classer les sûretés personnelles en fonction de leur degré d'indépendance (B).

---

[89] Ph. Jestaz ; Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p.229 : « la doctrine résorbe les contradictions et (…) assure une présentation cohérente du droit positif ».

[90] Th. Revet, « Natures juridiques respectives de la nue-propriété et de l'usufruit », obs. à la RTD civ. 2008, p.512 : « Il est évidemment un peu surprenant de lire que le droit positif ignorerait une construction intellectuelle destinée à l'expliquer, puisque une telle assertion semble bien inverser la cause et l'effet en matière de systèmes doctrinaux ».

A. Distinction entre cautionnement et solidarité

21. Problème du cautionnement solidaire – La loi semble parfois mélanger le cautionnement et la solidarité parce qu'ils poursuivent la même finalité de garantir le créancier. En effet, la loi prévoit que si la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur son engagement doit être traité avec les règles propres à la solidarité[91]. Cette mention peut jeter le trouble : le cautionnement solidaire est-il une forme de solidarité ou bien n'en emprunte-t-il que certains de ses traits ? L'intérêt de la question est d'abord de savoir si la caution profite du bénéfice de discussion qui contraint le créancier à poursuivre préalablement le débiteur principal et du bénéfice de division qui permet à la caution de n'être poursuivie que pour sa part en cas de pluralité de cautionnements. L'enjeu de la question se poursuit encore pour savoir si la solidarité n'affecte pas les exceptions que la caution peut opposer en raison de l'application du régime de la solidarité à l'exclusion de celui du cautionnement.

En réalité, le cautionnement solidaire se décline sous plusieurs figures[92], ce qui explique que la coordination des solutions jurisprudentielles ne soit pas très claire au premier abord. Pour le comprendre, il faut de façon liminaire expliquer ce qui différencie le cautionnement de la solidarité avant de présenter leur croisement.

22. La subsidiarité, critère de distinction entre cautionnement et solidarité – La subsidiarité est un critère de distinction entre cautionnement et solidarité car elle permet de rendre compte de la différence de structure des deux engagements.

Dans le cas du cautionnement, la subsidiarité implique l'indépendance de l'obligation de la caution et donc la distinction entre la dette de la caution et la dette du débiteur principal. Ce n'est que la reprise de la distinction entre l'objet de l'obligation principale et l'objet du cautionnement : si chacun d'eux sont en relation l'un avec l'autre, ils n'en demeurent pas moins juridiquement distincts.

Dans le cas de la solidarité, il y a unicité de dette, situation plus exigeante que l'unité. L'unité signifie que deux formes peuvent être rangées sous une catégorie unique qui les rapproche et les rassemble. L'unicité suppose le caractère unique de la

---

[91] Art. 2298 CCiv. : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ».

[92] M. Mignot, « La distinction entre le cocontrat de cautionnement et la pluralité de cautionnements », *RLDC* 2006, n°31, pp.25-30 (1ère partie) et *RLDC* 2006, n°32, pp.27-31 (2ème partie).

dette au sens mathématique du terme : il y a une et une seule dette[93]. C'est cette situation que traduit la solidarité : il y a unicité de dette et pluralité de liens. Cette unicité suppose l'absence de toute subsidiarité : s'il n'y a qu'une seule et même dette à laquelle deux débiteurs sont obligés ce qui explique parfaitement que le créancier ait le choix de poursuivre directement (et indifféremment) l'un ou l'autre des débiteurs pour le tout, c'est-à-dire pour la seule dette dont ils sont tenus ensemble. D'ailleurs, le cas de l'obligation conjointe (dite encore « divisible ») exprime justement la situation où chaque débiteur est tenu de sa propre dette, donc où chaque obligation possède un objet distinct des autres obligations. Or en ajoutant la subsidiarité à l'une des deux obligations conjointes (divisibles), on obtient la figure du cautionnement simple. Par là, on comprend que le cautionnement ne doit rien à la solidarité parce que celle-ci n'a rien de subsidiaire. Pour terminer le raisonnement, il faut alors se demander ce qu'est l'inverse de la subsidiarité ? Par cette question, on découvre que c'est tout simplement le cas où le débiteur est engagé à titre principal, bref où il est tenu d'une dette en contrepartie d'un avantage qui lui est consenti : il suffit de songer aux colocataires, aux coemprunteurs etc.

La subsidiarité signifie bien que la caution n'est pas engagée à titre principal, situation qui explique d'ailleurs l'existence de son recours personnel contre le débiteur principal puisqu'elle a payé des sommes qu'elle ne devait pas. On retrouve cette situation avec la contribution des débiteurs solidaires à la charge définitive de la dette si l'un deux a payé plus que sa part et portion[94]. Toutefois, une différence demeure : dans le cas de la solidarité, le débiteur, parce qu'il est engagé à titre principal devra supporter le poids définitif de sa part dans la dette, situation exclue dans le cas du cautionnement. Voilà ce que traduit précisément le concept de subsidiarité et qui devrait permettre de démêler les différentes formes de cautionnement solidaire.

23. Hypothèses recouvertes par l'expression de « cautionnement solidaire » – La loi ne distingue pas toutes les situations contractuelles que les parties peuvent librement aménager. L'expression de cautionnement solidaire est problématique car elle recouvre trois hypothèses hétérogènes, le vocable elle alors profondément ambigu.

D'abord, le cautionnement solidaire en présence d'un seul débiteur et d'une seule caution (solidarité entre la caution et le débiteur) n'est pas autre chose qu'une

---

[93] Art. 1200 CCiv. : « Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier ».

[94] Art. 1214 al. 1 CCiv.: « Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux ».

simple renonciation de la caution au bénéfice de discussion. Si la caution accepte d'être poursuivie sur ses biens dès la défaillance du débiteur principal, cela n'a strictement rien à voir avec la situation d'une obligation solidaire. Le cautionnement simple emporte subsidiarité au regard de l'objet et des poursuites découlant de la force obligatoire du lien principal. La renonciation au bénéfice de discussion peut alors être présentée comme un rétrécissement du champ de la subsidiarité qui se limite à la défaillance du débiteur principal et non aux voies d'exécution. Nul besoin d'en appeler à la solidarité dans cette situation.

Ensuite, le cautionnement solidaire peut encore correspondre à la situation où deux cautions sont engagées solidairement avec le débiteur. Il y a alors cette fois trois objets distincts : l'objet de l'obligation principale et l'objet de chaque contrat de cautionnement[95]. Or on appelle souvent cautionnement solidaire l'hypothèse où les cautions ont renoncé au bénéfice de discussion. Pourtant, cela ne retire pas à leur engagement son caractère subsidiaire ni même la dualité des dettes dont elles sont chacune tenues : elles ne sont pas solidaires entre elles. Il n'y a qu'une superposition de deux cautionnements avec renonciation au bénéfice de discussion (mais pas de division).

Enfin, le cautionnement solidaire peut encore correspondre à une situation qui peine à recevoir un nom exact en droit positif. Dans cette situation, il y aurait pluralités de cautions mais unicité de leur dette bien que cette dette se distingue encore de la dette principale. Bref, il y aurait trois débiteurs pour deux objets : la solidarité est cette fois entre les cautions. Ce cas serait alors celui d'un cocontrat de cautionnement puisque plusieurs cautions sont parties au même contrat[96], situation qui se distingue de la solidarité avec le débiteur principal car les cautions sont engagées à titre subsidiaire pour la dette et les poursuites (elles n'ont pas renoncé au bénéfice de discussion). En réalité, au regard des définitions précédentes proposées pour la solidarité et le cautionnement, il conviendrait de désigner ce cas comme étant celui d'une *solidarité subsidiaire*. Certes, la figure de la solidarité peut très bien être étendue au cautionnement (qui devient alors solidaire) mais l'unicité de la dette des cautions conduit à tirer toutes les conséquences juridiques. Si leur dette est unique et soumise aux règles de la solidarité comme l'exige la loi, c'est bien que c'est le régime de la solidarité qui s'applique et non plus celui du cautionnement ! Il s'agit alors bel et bien d'une solidarité subsidiaire.

---

[95] M. Mignot, « La distinction entre le cocontrat de cautionnement et la pluralité de cautionnements » (1ère partie), précité, n°8, p.26 : « Il y a autant de contrats de cautionnements que de cautions ».

[96] M. Mignot, « La distinction entre le cocontrat de cautionnement et la pluralité de cautionnements » (1ère partie), précité, n°12, p.28 : « un seul contrat de cautionnement est conclu par toutes les cautions réunies ».

Aussi, l'expression de cautionnement solidaire apparaît fortement critiquable car équivoque. Si la caution a renoncé au bénéfice de discussion, c'est qu'elle a seulement réduit le champ d'application de la subsidiarité. Si plusieurs cautions se sont toutes engagées sur le même modèle, ce n'est que la superposition de plusieurs cautionnements avec un champ réduit de subsidiarité : c'est un double cautionnement (ou pluralité de cautionnements). Enfin si les cautions se sont engagées en renonçant au bénéfice de discussion et de division, c'est une solidarité subsidiaire et non un cautionnement solidaire. En effet, la solidarité suppose une obligation pour le tout (unicité de la dette) et le cautionnement un caractère subsidiaire : il est alors plus rigoureux de parler de solidarité subsidiaire. L'expression de cautionnement solidaire en cas de pluralité de cautions laisse planer le doute sur le point de savoir si elles ont renoncé au bénéfice de discussion ou de division. En renonçant à la division, chaque caution peut être poursuivie pour le tout : cette hypothèse est bien une solidarité subsidiaire qui peut tout de même encore laisser demeurer le bénéfice de discussion découlant justement de la subsidiarité.

24. Exemples jurisprudentiels des divers « cautionnements solidaires » – Les différentes hypothèses décrites ci-dessus permettent d'affiner la présentation et la coordination de solutions jurisprudentielles qui sont volontiers présentées comme contradictoires.

En raison de la distinction entre solidarité et cautionnement, on comprend que la jurisprudence décide que le cautionnement solidaire n'est pas une solidarité[97] car le caractère subsidiaire demeure. Dès lors, les solutions applicables au cautionnement simple s'appliquent au cautionnement solidaire puisque la subsidiarité demeure. Ainsi, comme dans le cautionnement simple, la caution solidaire peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal[98]. En effet, la caution solidaire n'est pas un codébiteur solidaire engagé à titre principal[99] si bien que le régime du cautionnement continue à s'appliquer. Dans le même ordre d'idée, si les cautions sont engagées en vertu de contrats distincts, la part et portion payée par l'une ne se reporte pas sur la dette de l'autre car il y a trois dettes distinctes : la principale et les deux dettes subsidiaires indépendantes à la fois à l'égard de la dette principale mais encore entre elles[100]. Aussi, les autres cautions restent tenues de leur

---

[97] Req. 19 fev. 1908, S. 1911, 1, p.529, note Wahl. Selon l'arrêt, la clause de solidarité « ne change pas la nature du cautionnement, mais modifie seulement certains de ses effets ».

[98] Civ. 1ère, 1er juin 1983, Bull. I, n°165, n°89-10749, RTD civ. 1984, p.332, obs. Rémy.

[99] Argument déjà avancé par Aubry et Rau selon Ph. Rémy, obs. à la RTD civ. 1984, p.332.

[100] Com. 30 oct. 2000, Bull. IV, n°167, n°96-18163: « les époux avaient, chacun, pris un engagement de caution distinct envers la banque » ; Civ. 1ère 8 oct. 1996, Bull. I, n°341, n°94-19986: « chacun des époux avait pris un engagement de caution distinct » ;

part et portion même si le cofidéjusseur a payé la presque totalité de sa propre dette[101] sans bien sûr que le créancier ne puisse obtenir plus que le paiement de la dette principale en application de la subsidiarité.

En revanche, dans le cas d'une *solidarité subsidiaire*, il n'y a qu'un seul contrat de cautionnement donc une seule dette (unicité)[102] : le paiement partiel se reporte mécaniquement sur le montant dû par les autres cofidéjusseurs, parties à un même contrat de cautionnement[103]. La justification réside bien dans le caractère unique de la dette des cautions mais qui demeure elle-même distincte de la dette principale en raison de l'existence de la subsidiarité. La solidarité subsidiaire implique bien une absence de division comme dans toute solidarité[104].

Comme le terme de cautionnement solidaire est ambigu, la jurisprudence accepte parfois le cumul des paiements par les cautions solidaires, effet normalement contraire à l'unicité de la dette. Pourtant, il suffit de voir ici le cas d'un double cautionnement où chaque caution a renoncé au bénéfice de discussion pour comprendre que les dettes des cautions sont distinctes les unes des autres et donc ne sont pas solidaires au sens véritable du terme. Les dettes des cautions se cumulent à l'égard du créancier puisqu'elles sont alors distinctes les unes des autres[105], situation qui correspond seulement à la solidarité des cautions avec le débiteur principal.

La différenciation des hypothèses est importante pour comprendre les effets de l'extinction d'une dette d'une caution sur les autres dettes des cautions. En cas de double cautionnement, il n'y a aucun effet de l'extinction d'une dette sur l'autre car les deux sont indépendantes[106]. En revanche, dans le cas de la solidarité subsidiaire,

---

[101] Civ. 1ère 26 mai 1994, Bull. I, n°187, n°92-13435. Dans cette espèce, deux cautions avaient garanti une dette principale de 450 000, chacune pour ce montant. Or le créancier renonce aux poursuites contre la caution *primus* contre paiement de 400 000. Cette transaction ne concernant que l'extinction de la dette de la caution *primus*, la caution *secundus* demeure alors tenue au solde d'environ 230 000. On en déduit que la créance était en l'espèce augmentée des accessoires pour une somme de 180 000. Ainsi : dette principale (450 000) + accessoires (180 000) = 630 000. *Primus* paie : 630 000 - 400 000 = 230 000, somme demandée à *secundus* qui est inférieure au montant nominal de 450 000 de son cautionnement.

[102] M. Mignot, « La distinction entre le cocontrat de cautionnement et la pluralité de cautionnements » (1ère partie), précité, n°15, p.28 : « Les cautions ne peuvent être solidaires qu'à la condition qu'elles supportent ensemble une même dette ».

[103] Civ. 1ère 7 déc. 1999, Bull. I, n°335, n°97-22505: « chacune des cautions avait donné sa garantie en considération des trois autres, ce qui leur permettait d'étaler le risque et de limiter l'obligation éventuelle de chacune d'elles ».

[104] Civ. 1ère 27 juin 1984, Bull. I, n°213, n°83-12107 : « lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions solidaires d'un même débiteur pour une même dette, elles ne peuvent, sauf convention contraire, opposer au créancier qui les poursuit solidairement en paiement le bénéfice de division ».

[105] Civ. 1ère 1er juin 1999, Bull. I, n°181, n°90-18948.

[106] Com. 7 déc. 1999, Bull. IV, n°219, n°96-15915: «la novation opérée à l'égard de l'une des cautions n'a pas pour effet de libérer le débiteur principal et, par suite, pas davantage les autres cautions solidaires, sauf convention contraire ».

la solution inverse doit prévaloir car il n'y a qu'une dette unique entre les cautions[107]. L'apparente contradiction jurisprudentielle provient seulement du fait que ces deux situations juridiquement distinctes sont désignées par le même vocable de « cautionnement solidaire ». Un même terme ne devrait pas renvoyer à deux concepts différents, d'où la nécessité de rétablir une relation univoque entre une signification et un mot.

25. Liste des figures contractuelles possibles – Pour résumer, on peut dresser la liste des différentes figures contractuelles possibles en matière de cautionnement :

- (a) Le cautionnement avec bénéfice de discussion, dit « cautionnement simple » où la subsidiarité porte sur le paiement et les poursuites (bénéfice de discussion).
- (b) Le cautionnement simple avec renonciation au bénéfice de discussion, appelé improprement « solidarité entre la caution et le débiteur principal » alors qu'il y a simplement réduction du champ de la subsidiarité au paiement.
- (c) Le double cautionnement avec bénéfice de discussion qui n'est qu'une superposition de deux cautionnements simples (a)
- (d) Le double cautionnement avec renonciation au bénéfice de discussion, improprement désigné comme « cautionnement solidaire » entre les cautions alors même que chaque caution reste tenue d'une dette distincte subsidiaire à la dette principale. Ce n'est qu'une superposition de deux cautionnements simples avec renonciation au bénéfice de discussion (b).
- (e) La solidarité subsidiaire qui existe du moment qu'il y a pluralité de cautions (donc de débiteurs) et renonciation au bénéfice de division. En effet, la division est l'opposé de la solidarité. Encore une fois, le terme de cautionnement solidaire est inapproprié.
- (f) La solidarité subsidiaire avec renonciation au bénéfice de division (car c'est une solidarité) et de discussion car le champ de la subsidiarité peut être réduit. C'est un croisement du champ de la subsidiarité et de la qualification de solidarité, synthèse de (b) et (e)

[107] Civ. 1ère 18 mai 1978, Bull. I, n°195, n°76-14196 : « Lorsque le créancier a accordé une remise conventionnelle à l'une des cautions solidaires, les cofidéjusseurs qui restent tenus ne peuvent être poursuivis que déduction faite de la part de la caution bénéficiaire de la remise ». Egal. Com. 17 mars 1992, n°90-10389 (inédit au Bulletin) : « les cautions solidaires ne restent tenues que déduction faite du montant de la remise accordée au cofidéjusseur lorsque la somme excède sa part et portion ».

Cette liste fait apparaître que le terme « cautionnement solidaire » recouvre cinq cas distincts les uns des autres (b à f) qui s'opposent à la figure primaire du « cautionnement simple » (a). Cette variété n'est que la conséquence de la liberté contractuelle et il appartient au juge de rectifier la qualification en fonction de l'opération que les parties ont réellement conclue. Ainsi, la subsidiarité est bien un concept permettant des distinctions bien plus fines que le concept d'accessoire pour identifier les différentes formes de cautionnements.

26. Variations sur les figures du cautionnement sans solidarité – Pour être complet dans la distinction entre cautionnement et solidarité, il faut encore expliquer deux situations envisageables où il y a pluralité de cautions mais aucune solidarité.

Dans la première situation, il faut envisager une caution qui s'engage pour garantir ce que doit la caution elle-même[108]. Généralement nommé « certificat de caution »[109], cette hypothèse fait appel à une double subsidiarité. Autrement dit, il suffit de traiter le certificat de caution comme un engagement subsidiaire au regard du premier cautionnement, lui-même subsidiaire au regard de l'obligation principale. On peut encore présenter cette situation comme une hiérarchie contractuellement voulue entre les deux cautionnements.

Dans la seconde situation, une deuxième caution peut garantir le recours de la première caution contre le débiteur principal. Cette figure inconnue de la loi appelée sous-caution[110] est en réalité une nouvelle fois un cas de cautionnement subsidiaire à un autre cautionnement. La différence avec le premier cas tient alors à l'objet qui est limité au montant du recours personnel de la caution et non au montant de la dette principale. Cette précision est importante pour la sous-caution car sa dette est calculée en fonction de la dette du premier cautionnement qui peut par exemple ne prendre en charge qu'une partie de la dette principale.

Ainsi, la différence terminologique entre certificat de caution et sous-caution, si elle correspond bien à deux hypothèses distinctes, n'est guère éclairante en elle-même. Dans la continuité des idées ici développées, la dénomination de sous-caution pour les deux cas semble plus appropriée car il y a cautionnement d'un cautionnement c'est-à-dire inscription d'une obligation subsidiaire sur une obligation subsidiaire. Cette description correspond à la situation générale du sous-contrat. La seule différence tient moins à la technique mise en œuvre qu'à l'objet de chaque dette, calculé selon des référents distincts. Cela confirme d'ailleurs une nouvelle fois

---

[108] Art. 2291 al. 2 CCiv. : « On peut aussi se rendre caution, non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné ».

[109] Par ex. Cabrillac, Mouly, Pétel, n°61 ; Simler, Delebecque, n°77 ; Aynès, Crocq, n°151.

[110] Par ex. Cabrillac, Mouly, Pétel, n°62 ; Simler, Delebecque, n°78 ; Aynès, Crocq, n°152.

que les obligations assumées par chaque caution sont bien indépendantes les unes des autres.

B. Distinction entre cautionnement et autres sûretés personnelles

27. Typologie des sûretés personnelles – La pertinence de la définition du cautionnement comme sûreté subsidiaire doit encore être éprouvée en se demandant si elle permet de l'intégrer harmonieusement et efficacement dans le tableau plus vaste des sûretés personnelles. De cette manière, il sera possible d'établir que le caractère subsidiaire est au moins aussi efficace que le caractère accessoire[111] si ce n'est plus. Dans cette voie, il suffit de reprendre la liste légale : cautionnement, garantie autonome et lettre d'intention sans oublier la nouvelle figure jurisprudentielle du porte-fort d'exécution.

28. Cautionnement et garantie autonome – La garantie autonome est « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* »[112]. Selon le même article, le garant ne peut opposer les exceptions relevant de l'obligation principale. Avant cette définition légale de la garantie autonome, la jurisprudence avait déjà réglé le conflit de qualifications entre cautionnement et garantie à première demande en usant justement du critère de l'autonomie[113]. L'autonomie correspond à la situation d'un engagement régi par ses propres normes. L'indépendance de la garantie autonome est donc totale au regard de l'obligation principale. En cela, c'est une obligation distincte qui n'est pas subsidiaire et, partant, entièrement indépendante. Le cautionnement crée certes une obligation indépendante de l'obligation principale mais sa subsidiarité relativise cette indépendance. Or en supprimant le caractère subsidiaire au cautionnement, on le transforme en une obligation complètement indépendante et par là même son objet est défini de façon autonome au regard de celui de l'obligation principale[114].

29. Cautionnement et lettre d'intention – La lettre d'intention est certes définie par la loi 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* »[115]

---

[111] D. Legeais, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », précité, pp.72-75.

[112] Art. 2321 CCiv.

[113] Com. 20 décembre 1982, Bull. IV, n°417, n°81-12579, GAJC, 12ème éd., n°297-298.

[114] Simler, Delebecque, n°284.

[115] Art. 2322 CCiv.

mais cette définition ne supprime pas le problème juridique de la qualification. En effet, la lettre d'intention est censée être une véritable qualification si un régime défini lui correspond. Or tel n'est pas le cas et l'on est alors tenté soit de la ranger sous la catégorie du cautionnement soit sous celle de la garantie autonome. En effet, si une société promet de se substituer au débiteur défaillant, il s'agit en réalité d'un cautionnement, même si formellement les parties ont opté pour le nom de « lettre d'intention ». De même, en l'absence d'opposabilité des exceptions relevant de l'obligation principale, la lettre d'intention se rapproche de la garantie autonome sans exclure la diversité du contenu de la lettre : obligation de faire, obligation de moyens ou de résultat etc. Le rapprochement avec la possibilité de convenir des modalités dans la garantie autonome est inévitable et laisse à penser que la lettre d'intention est une garantie autonome avec un objet moins exigeant que celle-ci. Si elle n'est ni subsidiaire ni accessoire, cette lettre d'intention apparaît alors bel et bien comme autonome[116].

30. Cautionnement et porte-fort d'exécution – La loi traite la convention de porte-fort dans une section consacrée au consentement[117], laissant penser que l'opération de porte-fort ne peut porter que sur la formation du contrat. Pourtant la jurisprudence a reconnu la possibilité de se porter fort pour l'exécution d'un engagement[118] ce qui a conduit à se demander si cet engagement pouvait bien être distinct du cautionnement. L'épine dorsale de la difficulté réside dans le caractère accessoire reconnu au porte-fort d'exécution qui est celui reconnu normalement au contrat de cautionnement. Cette identité de caractères accessoires a conduit les auteurs à rechercher d'autres traits distinctifs assez subtils : le porte-fort d'exécution serait ainsi une garantie indemnitaire[119]. Pourtant, cette différence semble de peu de portée pratique quand on songe que le cautionnement porte en général sur une obligation de somme d'argent. Aussi, certains n'hésitent pas à nier que le porte-fort soit accessoire[120]. A rebours de cette voie, c'est une interversion paradoxale qui se fait jour. En effet, si les solutions jurisprudentielles et légales en matière de

---

[116] Com. 17 mai 2011, à paraître au bulletin, n°09-16186 : en raison de la qualification d'obligation de résultat, une lettre de confort est soumise à un régime similaire à celui d'une garantie autonome.

[117] Art. 1120 CCiv. : « Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci : sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ».

[118] Com. 13 déc. 2005, Bull. IV, n° 256, n°03-19217; R., p. 359; D. 2006, AJ 298, obs. Delpech; JCP 2006 II, 10021, note Simler; JCP E 2006, 1342, note Grosser; Defrénois 2006, p.414, note Savaux; CCC 2006, n° 63, note Leveneur; Petites Affiches 24 avr. 2006, note Prigent; RLDC 2006/26, n° 1096, note Riassetto; Banque et Droit, mars-avr. 2006, p.60, obs. Rontchevsky; RTD civ. 2006, p.305, obs. Mestre et Fages.

[119] Aynès, Crocq, n°325 ; Simler, Delebecque, n°336.

[120] Simler, Delebecque, n°336.

cautionnement sont justifiées par son caractère subsidiaire, cela signifie que les parties sont libres de créer une sûreté qui soit véritablement accessoire, à savoir le porte-fort d'exécution.

Ce curieux renversement des perspectives s'explique par le fait que le concept d'accessoire absorbait totalement celui de subsidiaire au point de ne lui laisser aucun rôle. La distinction entre l'accessoire et le subsidiaire permet non seulement de clarifier bien des points du régime du cautionnement mais encore de justifier en raison de cette différence de caractère, l'existence d'une sûreté conventionnelle accessoire librement créée par les parties, le porte-fort d'exécution. Cette remarque souligne la fertilité du concept de subsidiarité dans la classification des sûretés et garanties personnelles.

31. Classification des sûretés et garanties en raison de leur degré d'indépendance – Le degré de dépendance ou d'indépendance d'une garantie personnelle s'entend des rapports que celle-ci entretient avec l'obligation principale. A titre de synthèse, une classification des différentes obligations qui ont fonction de garantie en raison de leur degré d'indépendance peut être proposée:

- L'obligation souscrite est totalement *dépendante* de l'obligation principale et peut être activée sans défaillance du débiteur principal : c'est la solidarité, modalité faisant corps avec l'obligation principale.
- l'obligation souscrite est *dépendante* de l'obligation principale et ne peut être activée qu'en raison d'une défaillance du débiteur principal : c'est le porte-fort d'exécution, engagement accessoire.
- l'obligation souscrite est *indépendante* de l'obligation principale et ne peut être activée qu'en raison d'une défaillance du débiteur principal : c'est le cautionnement, engagement subsidiaire.
- l'obligation souscrite est *indépendante* de l'obligation principale et peut être activée sans défaillance de l'obligation principale : c'est la garantie autonome qui comme son nom l'indique est autonome.

Cette liste permet de relever un point commun rarement souligné entre la solidarité et la garantie autonome : leur mise en œuvre ne suppose pas de prouver la défaillance du débiteur principal. Pourtant, la différence est de taille entre les deux obligations puisque la solidarité est intégrée dans la structure même de l'obligation principale tandis que la garantie autonome en est totalement détachée, cette différence se retrouvant dans la possibilité d'opposer ou pas les exceptions issues de la dette principale. La liberté contractuelle laisse ainsi toute une gamme de choix dans les garanties, raison pour laquelle le droit des procédures collectives, conscient

de ce renouvellement continu, a pris des mesures très générales qui visent toutes les formes de sûretés et garanties.

* * *

32. En guise de conclusion : la cohérence du droit du cautionnement – La reconceptualisation du cautionnement autour de la subsidiarité permet non seulement d'expliquer les solutions qui l'étaient auparavant par le concept d'accessoire mais encore de justifier des solutions qui étaient hors de sa portée ce qui rehausse la cohérence de la description du droit du cautionnement. S'il est permis de parler de la sorte, le concept de subsidiarité apparaît à cet égard plus « performant ». Pourtant, cette façon de procéder a pu paraître curieuse aux lecteurs dans la mesure où la présente étude s'est plus attachée à rendre cohérent un ensemble de solutions qui à l'évidence ne l'étaient pas qu'à les dénoncer comme incohérentes. Il y a ici un débat d'une tout autre portée sur les fonctions de la doctrine et les rapports qu'elle entretient ou doit entretenir avec son objet d'étude, loi ou jurisprudence. Cet aspect théorique montre bien que l'analyse présentée soulève plus de questions qu'elle n'en résout. Et il en est de même sur le plan pratique : en effet, la reconnaissance du caractère subsidiaire du cautionnement pose la question de la justification de sa transmission, habituellement réglée par son caractère accessoire. L'affirmation de l'indépendance du cautionnement devrait alors conduire à réexaminer les justifications possibles dans le cas de sa transmission, toujours dans le même souci de coordination et d'harmonisation des différentes solutions. Voilà qui confirme une nouvelle fois que « *nul ne saurait douter de l'influence que la préoccupation de cohérence exerce sur la composition du savoir juridique* »[121].

[121] Ch. Atias, *Epistémologie juridique*, Précis Dalloz, 1ère éd., 2002, n°330, pp.195-196.