Des exceptions opposables par la caution au créancier

Kouroch Bellis

▶ **To cite this version:**

Kouroch Bellis. Des exceptions opposables par la caution au créancier : Proposition d'explication et de disposition fondées sur la valeur civile du cautionnement de l'obligation naturelle. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2020, 2019-4 (179), pp.1461-1486. halshs-02943779

HAL Id: halshs-02943779
https://shs.hal.science/halshs-02943779

Submitted on 20 Sep 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Des exceptions opposables par la caution au créancier

Proposition d'explication et de disposition fondées sur la valeur civile du cautionnement de l'obligation naturelle

Kouroch Bellis

Docteur et chercheur en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif, 2019, pages 1461-1486
Paru en septembre 2020

La question des exceptions opposables par la caution au créancier est actuellement fondée sur une distinction entre celles qui sont inhérentes à la dette et celles qui sont purement personnelles au débiteur principal (art. 2289 et 2313). Cette distinction est issue d'une présentation incidente par Pothier de règles de droit romain et a abouti à des controverses. Un arrêt critiqué de la Cour de cassation a notamment fait du dol une exception purement personnelle. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés entend résoudre la difficulté en prévoyant que les deux types d'exceptions sont opposables, et

The question of exceptions that the surety may set up against the creditor is based, currently under French Law, on the distinction between those which are inherent to the debt and those which are purely personal to the principal debtor (Art. 2012 and 2036 French Civil Code of 1804, similar to Art. 1932 and 1958 Civil Code of Lower Canada, Art. 3036 and Art. 3060 Louisiana Civil Code of 1870). This distinction is based on an incidental presentation of Roman Law rules by Pothier (1699-1772) and has resulted currently in many controversies. Notably, a criticized decision of the *Cour de cassation* decided that

en procédant par exceptions spécifiques. Les articles proposés suscitent néanmoins à leur tour des difficultés et n'éclaircissent pas la matière. Pour ce faire, il faut tout d'abord prendre en compte la place centrale de la question de l'obligation naturelle et le fait que son cautionnement est civilement valable. Il faut ensuite constater que la distinction est fonctionnelle et que sa mention en législation fut une simple présentation de l'existence de deux catégories sans plus de précision. Sur cette base et sur celle du caractère accessoire du cautionnement, il conviendrait de supprimer la distinction de la loi – comme cela a été fait au Québec et en Louisiane – tout en la conservant en doctrine et d'adapter la rédaction du Code civil en conséquence.

fraud is a purely personal exception. The French preliminary project of reform of law of securities intends to resolve the issue by stating that both sorts of exceptions may be set up and by specifying some exceptions. However, the proposed provisions do not clarify the matter and give rise to some difficulties. To resolve the matter, the central place of natural obligations and the civil validity of its suretyship must be asserted. In addition, one should take into account that the Civil Code only mentions the existence of two categories without further detail. Therefore, on the basis of the accessory nature of the suretyship, the distinction should be removed from the law while being kept as legal doctrine and the provisions of the Civil Code should be adapted.

1. Le cautionnement ne peut aboutir à une obligation plus onéreuse que la dette principale (art. 2290 du Code civil), et, *a fortiori*, ne peut exister que si la dette principale est valable (art. 2289). Concernant cette dernière règle, le Code civil précise : « 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. » (art. 2289 al. 2). Il renforce cette idée en disposant de manière générale que les exceptions purement personnelles au débiteur principal peuvent être opposées, au contraire des exceptions inhérentes à la dette (art. 2313). Quels sont le sens et la portée de ces dispositions ? Quel doit être leur avenir ?

2. Ces questions ont fait l'objet de développements doctrinaux importants. De nombreux auteurs ont considéré que les exceptions personnelles devraient pouvoir être opposées par la caution[1]. On a aussi

---

* Nous remercions le professeur Laurent Leveneur de nous avoir orienté pour la publication de cette étude.

1 Par ex. : Philippe SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 2015, n^os^ 218 et s. et 229 et s. ; Philippe SIMLER, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », dans *Mélanges Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 497 ; Philippe SIMLER, « Démantèlement du caractère accessoire du cautionnement ? », JCP 2011, n^o^ 41, hors-série ; Damien GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2001, n^os^ 176 et s. ; Laurent AYNÈS et Pierre CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2006, n^o^ 129 ; Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Sûretés, Publicité foncière*, par Y. Picod, Montchrestien, 1999, n^o^ 36 ; Philippe THÉRY, *Sûretés et publicité foncière,* PUF, 1988, n^o^ 79. Voir Valérie AVENA-ROBARDET, « La caution ne peut se prévaloir du dol à l'égard du débiteur », D. 2007. 1782. Approuvant l'avant-projet

proposé d'abandonner la distinction[2]. D'autres encore ont justifié la distinction, en se fondant[3] ou au contraire en se détachant[4] de l'idée du caractère accessoire du cautionnement. Ce débat a été exacerbé par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 8 juin 2007[5], qui avait estimé que le dol allégué par la caution était une exception personnelle au débiteur principal, et, dès lors, ne pouvait libérer la caution. Cet arrêt a été très largement critiqué[6], bien que quelques voix l'aient vigoureusement

---

de réforme en ce sens : Jean-Jacques ANSAULT, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », RDA, déc. 2019. 106, n° 4.

2 André SCHNEIDER, « Des exceptions que la caution peut opposer au créancier – Pour un retour aux sources », JCP G, 20 mars 2002, doctr. 121 (implicitement). Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PÉTEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 2015, n° 68 utilisent ces mots mais estiment que c'est ce qui fait l'avant-projet Capitant.

3 S'appuyant notamment sur Troplong : Anne-Sophie BARTHEZ et Dimitri HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n°s 70 et s. V. aussi Dimitri HOUTCIEFF, « La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2013, 2012, 38.

4 S'appuyant notamment sur Marion COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. Rochfeld, LGDJ, 2013, n° 307 : Lionel ANDREU, « Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution », RDA, déc. 2019, pp. 138-145. Comp. avec la note du même auteur citée *infra*, expliquant l'arrêt appliquant la distinction par une théorie moderne de l'accessoire.

5 Cass. mixt., 8 juin 2007, 03-15.602, rej. ; BICC 15 sept. 2007, rapp. Pinot, avis de Gouttes ; RDC 2007. 702, obs. C. Grimaldi ; D. 2007. 2201, note D. Houtcieff ; D. AJ 1782, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2008. 514, note L. Andreu ; D. Pan. 881, obs. R. Martin ; D. Pan. 2111, obs. P. Crocq ; AJDI 2008. 699, obs. F. Cohet-Cordey ; JCP 2007.II.10138, note P. Simler ; D. Actu. 274, obs. J. Casey ; JCP E 2007.1861, note S. Piedelièvre ; Dr. et patr. 2007.9.85, obs. P. Stoffel-Munck ; RDBF 2007.7-8.16, obs. A. Cerles ; Banque et Dr. 2007.7-8.48, obs. F. Jacob ; RDC 2007. 1226, obs. D. Houtcieff ; RTD com. 2007. 585, obs. D. Legeais ; D. 835, obs. A. Martin-Serf ; RTD civ. 2008. 331, obs. P. Crocq ; Option Finance, n° 938, p. 30, note S. Vialar. V. *Code civil 2020*, Dalloz, ss art. 2289, n° 2.

6 V. notamment les notes précitées de Philippe Simler, Dimitri Houtcieff, Jérôme Casey, Stéphane Piedelièvre, Philippe Stoffel-Munck et Sébastien Vialar, la note

approuvé[7]. Cela n'a pas empêché la Cour de cassation d'estimer que la prescription biennale du Code de la consommation ne peut être invoquée par la caution dans un arrêt de 2019[8], lui aussi largement critiqué[9].

3. Le gouvernement, autorisé à réformer par voie d'ordonnance le droit des sûretés[10], et notamment le droit du cautionnement[11], s'inspirera pour ce faire de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de

---

citée ci-après de Marie Nicolle, et Frédéric DANOS, « La notion d'exception inhérente à la dette », D. 2017. 1319. V. aussi la note C. Grimaldi préc., approuvant l'arrêt mais en estimant qu'un recours subrogatoire est ouvert à la caution contre le débiteur principal. À ce sujet, v. *infra* note 100.

7 V. notamment les notes précitées de Didier R. Martin, Lionel Andreu et Frédérique Cohet-Cordey. Le premier auteur écrit : « Enfin ! le caractère accessoire du cautionnement ne sera plus compris, désormais, comme il le fut, jusque-là, sous l'empire d'une conception dogmatique et absolutiste. […] Par hypertrophie progressive, contaminatrice de la pensée commune, ledit caractère - à entendre, au plus, comme « secondaire » - tendait à désigner une quasi assimilation au principal ; […] la Cour de cassation consacre, par un arrêt fort, et injustement critiqué » une solution que « [l]e bon sens commande ». Le second auteur qualifie la décision de « remarquable ».

8 Cass. 1e civ, 11 déc. 2019, 18-16.147, rej. ; *D. actualités*, 6 janv. 2020, obs. J.-D. Pellier ; *Banque et droit*, janv.-fév. 2020. 30, chron. N. Kilgus ; *Rev. dr. banc. et fin.* 2020, comm. 3, note D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 2020, 369k4, obs. L. Vitale ; *ibid.* 370p0, obs. M.-P. Dumont ; *ibid.* 371 m 3, obs. M. Bourassin ; *ibid.* 376j5, obs. S. Piédelièvre ; D. 2020. 523, note M. Nicolle ; D. 2020. 624, obs. E. Poillot ; AJ Contrat 2020. 101, obs. D. Houtcieff ; Rev. prat. rec. 2020. 14, obs. M.-P. Mourre-Schreiber ; RTD Civ. 2020. 161, obs. C. Gijsbers ; *CCC*, mars 2020, comm. 55, note S. Bernheim-Desvaux ; JCP 2020, doctr. 436, 8.

9 V. les notes Sabine Bernheim-Desvaux, Charles Gijsbers, Dominique Legeais, Marie Nicolle, Stéphane Piédelièvre, Jean-Denis Pellier, Philippe Simler et Laura Vitale, préc. En faveur de la solution pour des raisons différentes, v. les notes Dimitri Houtcieff et Manuella Bourassin. V. *infra* no 34. V. aussi la note Marie-Pierre Dumont, estimant que l'arrêt est justifié en droit mais critiquable en opportunité et la note Nicolas Kilgus, approuvant l'avant-projet de réforme.

10 *Loi no 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, JORF 23 mai 2019, art. 60. V. Jean-Denis PELLIER, « La réforme du droit des sûretés est lancée », *Dalloz actualités*, 2 juil. 2019.

11 *Ibid.*, art. 60, 1o.

l'Association Henri Capitant[12]. Cet avant-projet, écrit en majorité par des professeurs ayant déjà critiqué la distinction ou l'arrêt de 2007[13], propose de revenir sur celui-ci. Selon ses auteurs, cette jurisprudence tranche avec ce qui avait été pratiqué jusque-là et fait à tort de la caution un codébiteur principal[14]. Voici la nouvelle rédaction proposée :

> Art. 2299, avant-projet Association Henri Capitant
>
> « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur.
>
> Celui qui, en connaissance de cause, se porte caution d'un incapable n'en est pas moins tenu de son engagement.
>
> Si elle n'y est autorisée par la loi, la caution ne peut se prévaloir des délais et remises, légaux ou judiciaires, accordés au débiteur. »

4. Quoi que l'on pense du débat général sous-jacent, cette rédaction apparaît comme problématique. En effet, les alinéas se succèdent sans continuité, ou idée générale. En d'autres termes, on ne perçoit pas le sens des règles des alinéas second et troisième. Surtout, si l'on applique littéralement le texte, si un incapable subit un dol, alors la caution ne pourrait invoquer ce dol ; or, tel n'était vraisemblablement pas la volonté des rédacteurs du texte. Ces deux problèmes sont liés, car c'est en trouvant la logique générale de la matière que l'on évitera les malfaçons légistiques.

5. Cette logique générale paraît pouvoir être expliquée par un concept incontournable du droit français des obligations : l'obligation

---

[12] « Projet de réforme du droit des sûretés », Ministère de la Justice, 13 juin 2019, http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-des-suretes-32476.html.

[13] Le groupe de travail était composé de Michel Grimaldi (président), Laurent Aynès, Pierre Crocq, Philippe Dupichot, Charles Gijsbers, Maxime Julienne, Philippe Simler, Hervé Synvet et Philippe Théry.

[14] *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, Association Henri Capitant, 2017, p. 55.

naturelle [15] **(I)**. L'obligation naturelle n'a pas seulement une portée explicative ; sa portée dispositive est tout à fait importante et permet de se passer de la mention législative de la distinction entre les exceptions opposables par la caution **(II)**.

I. La portée explicative de la validité du cautionnement de l'obligation naturelle

6. Le cautionnement de l'obligation mentionné dans le Code civil doit être entendu comme un cas particulier du cautionnement d'une obligation naturelle **(A)**. Il en va de même pour les remises et délais prévus par l'avant-projet **(B)**.

A. Le cautionnement de l'obligation du mineur, cas particulier du cautionnement d'une obligation naturelle

7. Nous connaissons la justification pratique de la règle selon laquelle le cautionnement de l'obligation d'un mineur est valable : lui donner un accès au crédit[16]. Cependant, on a du mal, *a priori*, à comprendre la logique technique de cette règle, dans le cadre du principe du caractère accessoire du cautionnement.

8. Pour comprendre cette logique, il faut revenir aux passages dont sont issus les articles 2289 alinéa 1 (= anc. art. 2012 al. 1) et 2290 (= anc. art. 2013) du Code civil. Il s'agit de certaines pages du *Traité des obligations* de Robert-Joseph Pothier (1699-1772). Dans le chapitre VI de ce traité,

---

[15] André SCHNEIDER, « Des exceptions que la caution peut opposer au créancier – Pour un retour aux sources », consacre des développements à cette question.

[16] A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, n° 79 ; P. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, n° 218.

dédié aux obligations accessoires et principalement au cautionnement[17], Pothier développe, en tant que quatrième corollaire de sa définition du cautionnement, l'idée que « la caution ne peut valablement s'obliger à plus qu'à ce à quoi le débiteur principal est obligé »[18]. À la fin de ces développements, il donne ces précisions, dont l'article 2289 alinéa 2 (= anc. art. 2012 al. 2) est la synthèse :

> « Le principe que nous avons établi, que le fidéjusseur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que ne l'est le débiteur principal, *in duriorem causam*, doit s'entendre par rapport à ce qui est dû, et à ce qui fait l'objet de l'obligation. Le fidéjusseur ne peut pas, à la vérité, devoir plus que le débiteur ne doit, *quantitate, die, loco, conditione, modo* ; mais quant à la qualité du lien, il peut être plus étroitement et plus durement obligé. »[19]

Il donne alors, pour finir, quatre exemples : l'obligation purement naturelle, le fils de famille, la minorité, les cas où la contrainte par corps n'est pas possible (prêtre, mineur, femme, septuagénaire…).

9. Nous voyons que tous les exemples donnés par Pothier renvoient à l'obligation naturelle : une obligation (potentielle[20]) valable, et par rapport à laquelle des opérations juridiques sont concevables, mais qui n'a pas de force civile et donc qu'on ne peut imposer à son éventuel débiteur. Seule la reconnaissance de celui-ci, notamment par le paiement, fera rentrer cette obligation, à titre principal et en ce qui concerne cet éventuel débiteur, dans la vie civile[21].

---

17 Robert-Joseph POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris, Debure et Orléans, Rouzeau-Montaut, nouv. éd., 1767, 2 t., chapitre VI. Nos citations modernisent la graphie de la langue de Pothier.

18 *Ibid.*, n^os^ 371 et s.

19 *Ibid.*, n^o^ 376.

20 Sous réserve de reconnaissance personnelle.

21 Voir Kouroch BELLIS, *Système de l'obligation naturelle*, thèse, dir. Laurent Leveneur. V. aussi Kouroch BELLIS, « Système de l'obligation naturelle », *Droits*, 2019, vol. 2,

10. Dans l'extrait, l'obligation naturelle apparaît être à côté des autres cas, mais il s'agit de faire un rappel général de droit romain et cela joue le rôle d'explication des autres cas[22]. Par exemple[23], il ne faisait aucun doute pour Pothier que l'obligation du mineur est une obligation naturelle[24] ; il s'agissait d'une exception extrêmement classique qui ne faisait l'objet d'aucune discussion.

La minorité était à cette époque un des deux exemples phares de l'obligation naturelle, avec la femme mariée. Ces deux exemples ont leur origine en droit romain et sont ceux que Domat donnait après avoir exprimé la règle de l'absence de répétition de l'obligation naturelle volontairement exécutée, dans le passage qui sera repris presque mot pour mot à l'ancien article 1235 du Code civil (≃ nouv. art. 1302)[25]. Ce sont, par conséquent, les deux exemples que le tribun Jaubert présente, dans les mêmes proportions de longueur que chez Domat, lorsqu'il présente cet article[26]. Or ce sont justement les deux cas qui avaient été donnés en exemple dans la première version de l'ancien article 2012 (= nouv. art. 2289) :

> « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.
>
> On peut néanmoins cautionner une obligation dont le débiteur principal pourrait se faire décharger par une exception purement personnelle, tel que celle du mineur ou de la femme mariée. »[27]

---

pp. 191-218, version auteur disponible sur https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02541370.

22 *Ibid.*

23 Au sujet des autres exemples, v. notamment *infra* n° 17.

24 V., par ex., R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 380.

25 Jean DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel,* Paris, Pierre Auboüin, Pierre Emery et Charles Clouzier, 1697, 2e éd., t. 2, p. 107. Voir K. BELLIS, *Système de l'obligation naturelle.*

26 Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. 13, p. 341. Voir K. BELLIS, *Système de l'obligation naturelle.*

27 Projet de l'an IX, titre *Du cautionnement,* art. 2. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, p. 206.

Par ailleurs, la première version de l'ancien article 1235 (≃ nouv. art. 1302) – qui mentionnera finalement l'obligation naturelle – ressemblait tout à fait à cela dans son deuxième alinéa :

> « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été payé pour une dette qui n'existait pas, est sujet à répétition.
>
> Cette règle reçoit exception à l'égard des dettes dont l'obligé pouvait refuser le paiement par une suite d'une exception personnelle, et qu'il a acquittée volontairement. »[28]

Puisque trois cours d'appel avaient demandé l'insertion (explicite) dans le Code civil de la règle du refus de répétition en cas de paiement d'une obligation naturelle, on a remplacé la seconde phrase par l'actuel article 1302 alinéa 2. Il aurait peut-être été judicieux de faire suivre à l'ancien article 2012 la même évolution, mais cela n'a pas été fait à l'époque.

D'ailleurs, le Code civil du Québec fait explicitement l'assimilation de la règle de notre article 2289 au cas de l'obligation naturelle[29].

11. Dans l'article 2289 alinéa 2, l'utilisation du mot « néanmoins » est donc tout à fait appropriée – par opposition au mot « cependant ». En effet, l'alinéa en question n'est pas une exception mais une précision du premier alinéa, afin de lever l'ambiguïté de ce que l'on entend par celui-ci.

L'utilisation du terme « annulée » dans cet alinéa peut par conséquent, quant à elle, être trompeuse. Cette « annulation » s'entend d'un point de vue civil et n'atteint pas l'obligation naturelle.

12. Dans l'article 2289 alinéa 2, inspiré de Pothier, l'obligation du mineur renvoie donc à l'obligation purement naturelle du mineur et

---

[28] Projet de l'an IX, titre *Des contrats et des obligations conventionnelles en général*, art. 130. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, p. 179. Voir K. BELLIS, *Système de l'obligation naturelle*.

[29] Art. 2340, Code civil du Québec : « [al. 1] Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. [al. 2] On peut cautionner l'obligation dont le débiteur principal peut se faire décharger en invoquant son incapacité, à la condition d'en avoir connaissance, ainsi que l'obligation naturelle. »

l'ensemble de l'alinéa renvoie aux obligations naturelles. Si l'on a mentionné le mineur plutôt que le cas général de l'obligation naturelle, c'est qu'on a voulu renvoyer au cas le plus prégnant[30].

13. Bien entendu, cette analyse implique que le cautionnement de l'obligation naturelle est valable à titre civil. Au nom du caractère accessoire du cautionnement, la doctrine contemporaine considère en général qu'elle ne l'est qu'à titre naturelle[31]. Nous avons vu, cependant, que l'obligation qui lie le mineur n'est qu'un exemple d'obligation naturelle et l'on s'accorde sur le fait que le Code civil prévoit bien un cautionnement à valeur civile dans ce cas. À défaut, l'intérêt pratique de la règle serait ruiné. Nous avons par ailleurs l'explication logique de cette règle, donnée notamment par Pothier, que l'on peut résumer ainsi : la règle de l'accessoire concerne la substance de la dette et non le mode par lequel les

---

[30] V. aussi *infra* n° 37. Cette référence implicite aux obligations naturelles n'a pas nécessairement été consciente de la part de tous, mais il s'agissait de faire une œuvre de législation et non de doctrine. Bigot de Préameneu oppose, à l'égard d'une question précise, l'obligation naturelle en droit romain et en droit français, mais il s'agit en réalité de développements reprenant Pothier de manière simplifiée : il ne s'agissait pas de s'en écarter ou de faire une œuvre créatrice originale en la matière, mais au contraire de faire siennes les explications et les règles dégagées par Pothier. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, pp. 263-264. Jean-Guillaume LOCRÉ, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*…, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, t. 12, pp. 364-365. Voir K. BELLIS, *Système de l'obligation naturelle*.

[31] P. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, n° 223 ; Philippe SIMLER, « Cautionnement. Conditions de validité. Conditions propres au cautionnement », *JurisClasseur*, 25, fév. 2013 (fév. 2015), n° 9 ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, n° 472 ; S. BECQUÉ-ICKOWICZ, « Obligations naturelles », n° 79 ; R. BOUT, « Obligation naturelle », n° 60 ; Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS et Yves PICOD, *Leçons de droit civil. t. 3.1. Sûretés. Publicité foncière*, Montchrestien, 1999, n° 21-1 ; Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN et Marc BILLIAU, *Traité de droit civil. Droit commun des sûretés réelles. Théorie générale*, LGDJ, 1996, n° 348.

différents protagonistes sont liés. Cette validité civile du cautionnement de l'obligation naturelle est reprise de Pothier, qui a lui-même repris une règle qui existe depuis Rome[32]. Cette règle est d'ailleurs conforme à ce que prévoient explicitement la plupart des codes du monde[33].

À ce titre, un problème logique doit être résolu. Lorsque l'obligation est à l'état purement naturel, elle est considérée comme virtuellement inexistante aux yeux du droit civil. Comment peut-on alors civilement cautionner une obligation civilement inexistante ? Concernant l'obligation du mineur, on peut estimer que la caution, en contractant, reconnaît en ce qui la concerne l'obligation purement naturelle de l'autre. Si le juge estime qu'il y a obligation naturelle potentielle, alors la reconnaissance pour soi sera valable et l'engagement de caution aura valeur civile. En pratique, le juge devra regarder si l'incapable n'est pas tenu civilement uniquement du fait d'une présomption générale le protégeant – auquel cas il y a une obligation naturelle potentielle – ou si une appréciation *in concreto* fait ressortir un vice de consentement avéré – auquel cas le cautionnement n'est pas valable.

14. On a pu qualifier le cautionnement de la dette du mineur de porte-fort[34]. Si l'on prend uniquement en compte l'aspect civil des choses, cette explication est tout à fait opérante. Cependant, l'idée d'obligation naturelle

---

[32] On retrouve aussi la règle, notamment, chez Guillaume D'ESPEISSES. *Les œuvres de M. Antoine D'Espeisses, advocat et jurisconsulte de Montpellier, ou toutes les plus importantes matières du Droict Romain sont Méthodiquement expliquées, et accommodées au Droit François ; confirmées par les arrests des cours souveraines*…, Lyon, Huguetan et Ravaud, 1660, 1e éd., t. 1 (Traité des contrats), Partie II, Titre II, Section III, no 17, p. 611.

[33] C'est le cas des codes civils du Québec (art. 2340), des Philippines (art. 2052), du Chili (art. 1472), de l'Équateur (art. 1487), de la Colombie (art. 1873), du Salvador (art. 1343), du Honduras (art. 1374), du Nicaragua (art. 1844), de l'Uruguay (art. 1146)… Seul le Code civil italien semble estimer, implicitement, qu'il ne peut y avoir de cautionnement d'obligation naturelle, puisqu'il n'accorde au devoir moral « aucun autre effet » que la *solutio retentio* (art. 2034). Voir K. BELLIS, *Système de l'obligation naturelle.*

[34] Jérôme FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, no 188. V. aussi *infra* no 37 *in fine.*

décrit la situation de manière plus complète, au moins dans un système juridique qui prend en compte l'aspect naturel du droit des obligations. Le mineur est bien potentiellement[35] obligé, mais, afin de protéger l'ensemble des mineurs, on établit une présomption générale[36] ; cette présomption ne vaut néanmoins que sur le plan civil et la technique civile de l'obligation naturelle sert, le cas échéant, à révéler l'obligation naturelle qui persiste. C'est, en tout cas, sans conteste comme une obligation naturelle que l'obligation du mineur a été envisagée par les codificateurs, qui reprenaient ici une position non discutée depuis, par équivalent, le droit romain.

15. Cette histoire n'a pas, cependant, empêché les hésitations actuelles. Afin que soit mieux compréhensible la règle du deuxième alinéa de l'article 2289 et celui de l'avant-projet d'article 2299, il faudrait donc prévoir explicitement que le cautionnement d'une obligation (purement) naturelle a valeur civile, et potentiellement mentionner à titre d'exemple l'incapacité, mais aussi les remises et délais imposés au créancier.

B. Les remises et délais imposés au créancier, sources d'une obligation purement naturelle

16. On s'entend, en général, sur le principe de morale et de justice selon lequel celui qui a des dettes doit les payer. Cependant, certaines circonstances font que, par considération pour la personne du débiteur, la loi lui accorde des remises ou délais, notamment en cas de procédure collective ou de rétablissement personnel. Il n'empêche que, dans ce cas, la dette naturelle subsiste[37]. Ceci à l'état de potentiel, certes, mais cela suffit, dans ce contexte, à servir d'assise à l'obligation accessoire qui perdure dans son état civil initial : l'examen de conscience du débiteur principal sera reporté et consistera à se demander s'il doit ou non, au cours du temps, rembourser la caution.

---

35 En fonction de son degré de discernement réel au moment de contracter.

36 Il s'agit d'une raison classique de l'utilisation de la technique de l'obligation naturelle.

37 Voir K. BELLIS, *Système de l'obligation naturelle*, à ce sujet.

17. Il s'agit ici, une fois encore, de revenir à Pothier. Celui-ci explique en effet que les exceptions personnelles sont fondées sur l'insolvabilité du débiteur et développe la question du « contrat d'atermoiement », qui est, selon lui, un contrat « auquel un créancier [est] obligé d'accéder, par lequel on accorde au débiteur remise d'une partie de la dette, et certains termes pour le paiement du surplus »[38]. Il s'agit, dans cette réflexion, de l'équivalent de nos procédures collectives[39]. Il estime qu'un tel contrat ne peut bénéficier à la caution. En effet, selon lui, puisque le contrat a été imposé et n'est pas le fruit d'une intention libérale, il ne porte « atteinte qu'à l'obligation civile : l'obligation naturelle, pour ce qui reste à payer, subsiste dans son intégralité, et sert d'un fondement suffisant à l'obligation des [cautions] »[40]. Il ajoute d'ailleurs que cette explication « sert de réponse » à ceux qui se fondent sur le caractère accessoire du cautionnement pour avoir un avis contraire.

Concernant les délais de paiement, Pothier est tout à fait convaincant lorsqu'il conclut ses développements en expliquant son assimilation de ce cas à celui des remises (il utilise trois fois le diptyque « les remises et les termes »)[41]. Il écrit en effet que « l'obligation naturelle demeure dans son entier »[42] dans ces cas et ce caractère total de la persistance de l'obligation naturelle – à l'état potentiel selon nous – est tout à fait logique. Il faut donc bien appliquer le même raisonnement aux délais.

---

38 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 380.

39 Il s'agissait primordialement de remises ou délais volontaires de l'assemblée de créanciers d'un débiteur insolvable, mais, en cas de désaccord, l'Ordonnance de commerce de 1673 (dit « Code Savary ») avait décidé que les créanciers des trois quarts des sommes dues pouvaient imposer leur volonté aux autres. Joseph-Nicolas GUYOT (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Visse, 1784, t. 7, « Faillite ». Philippe-Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 5e éd., t. 1, « atermoiement ». V. aussi Natacha COQUERY, « Les faillites boutiquières sous l'Ancien Régime », *Revue française de gestion*, 2008, pp. 341-358.

40 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 380.

41 *Ibid.*, *in fine.*

42 *Id.*

18. Concernant ces deux cas d'obligation naturelle que sont la minorité et les remises et délais, il est vrai que Pothier n'a pas traité l'ensemble de la question au même endroit. En effet, il traite du même sujet, d'une part lorsqu'il détaille ce que signifie que le cautionnement est accessoire[43], et d'autre part lorsqu'il disserte en termes d'exceptions que la caution peut évoquer[44]. Il faut cependant comprendre qu'il partait de sources extrêmement difficiles d'accès (droit romain vertigineux, jurisprudence éparse, etc.) pour aboutir à un résultat remarquable. À tel point que sa lecture reste tout à fait cruciale pour comprendre le droit applicable deux siècles et demi après lui. Il n'y a d'ailleurs rien de choquant à ce qu'un auteur précise deux fois la même idée, à propos de deux questions liées. Cette double présentation est en tout cas l'origine de la double mention dans le Code civil des exceptions : l'article 2289 reprend le premier passage, l'article 2313 reprend le second.

19. Néanmoins, il est désormais temps de passer outre cet accident de l'histoire et d'avoir une présentation unifiée en législation.

II. La portée dispositive de la validité du cautionnement de l'obligation naturelle

20. La disposition fondée sur une distinction entre exception personnelle et exception inhérente à la dette consiste en réalité en une tautologie. Cette distinction doit avoir sa place en doctrine mais pas en législation **(A)**. Sur cette base, une proposition de rédaction peut être faite **(B)**.

A. La distinction des exceptions opposables, valable en doctrine mais tautologique en législation

21. On a écrit que la distinction entre les exceptions est « suggestive », repose en doctrine sur des « notions cadres » et conduit nécessairement à

---

43 V. *supra* n° 8.

44 V. *supra* n° 17.

une « part d'empirisme »[45]. Il faut cependant aller encore plus loin : la distinction de l'article 2313 (= anc. art. 2036) ne fournit en réalité même pas un cadre pour savoir si la caution peut utiliser l'exception, elle consiste à cet égard en une tautologie[46]. En effet, une exception « purement personnelle » signifie… que l'exception n'est accordée qu'à la personne du débiteur[47] ; le fait que la caution ne puisse l'utiliser n'est pas une conséquence de cette catégorie, c'est la catégorie même. De même, une exception inhérente à la dette est une exception qui suit la dette et ses accessoires, elle affecte donc, par hypothèse, l'obligation de la caution.

22. C'est, *mutatis mutandis*, la même idée qui existait en droit romain. Le droit romain connaissait la distinction fondamentale entre les *actiones in rem* et les *actiones in personam*, tout au long de son histoire. Dans la période des actions de la loi (450 avant l'ère chrétienne – II^e^ siècle a.è.c), deux procédures différentes étaient ainsi prévues pour l'*actio sacramenti*, l'action de la loi de droit commun (« genera »)[48]. À l'époque classique, il s'agit déjà

---

[45] D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, n^o^ 176. Dans ce sens, notamment : A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, n^o^ 72 ; L. ANDREU, « Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution », note 32 (expliquant que la notion est fonctionnelle et non conceptuelle). En sens contraire : Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Les sûretés*, Dalloz, 2016, n^o^ 48.

[46] Rappr. : Georges MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière,* Sirey, 1987, n^o^ 592 et 596 ; Lionel ANDREU, *Du changement de débiteur*, préf. D. R. Martin, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 92, Dalloz, 2010, n^o^ 248, spéc. le second alinéa.

[47] Le « purement » correspond au « que ». Cet adverbe peut aussi être sous-entendu. Similairement, l'obligation purement naturelle est souvent désignée par l'expression « obligation naturelle », y compris dans cette étude.

[48] Gaius 4, 13-16. V. Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain,* [éd. et augm. F. SENN, Paris, A. Rousseau, 1929,] rééd. J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 1048. Pour l'anecdote, en matière réelle, il y avait notamment un simulacre de combat pour obtenir physiquement la chose ou quelque chose la représentant, l'intervention du préteur pour mettre fin au combat, puis une sorte de pari entre les parties au litige pour savoir ce que le préteur allait décider.

des deux genres d'actions existantes en général[49] et elle est présentée dans les Institutes comme la « summa divisio »[50]. L'*actio in personam* était relative à la matière obligationnelle et l'*actio in rem* à la matière réelle[51].

Cela a probablement influencé la division des (importants) pactes *de non petendo* (« de ne pas réclamer » la dette, remises de dette)[52] en *pacta in rem* et *pacta in personam*. Le premier était le cas par défaut (« generaliter »), et pouvait profiter à des tiers, alors que le second correspondait au cas dans lequel l'exception créée par le contrat profitait uniquement au débiteur contractant en particulier[53]. Même l'héritier du bénéficiaire du pacte n'en bénéficiait pas[54]. En quelque sorte, le *pacta in personam* créait un lien obligationnel supplémentaire *intuitu personae*, il confiait une réponse procédurale[55] uniquement à une personne déterminée. Quant au *pacta in rem*, les tiers bénéficiant de ce pacte par défaut avaient été déterminés par des jurisconsultes[56], mais elle pouvait varier selon la volonté des parties[57].

De manière plus générale, même en dehors de la matière contractuelle, l'exception consistant à pouvoir ne pas être poursuivi fut logiquement appelée par Paul[58] *in personam* lorsqu'elle était accordée qu'à une personne déterminée et donc ne profitait pas aux tiers (caution

---

49 Gaius 4, 1.

50 Inst., 4, 6, 1. Voir P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 1081.

51 Gaius 4, 2-3.

52 Voir P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, pp. 759-761.

53 En matière de cautionnement : Ulpianus, *libro 4 º ad edictum* = *D.*, 2, 14 *De pactis*, 7, 8. V. aussi : Paulus, *libro 3 º ad edictum* = *D.*, 2, 14 *De pactis*, 21, 5 ; Ulpianus, *libro 4 º ad edictum* = *D.*, 2, 14 *De pactis*, 22 ; Paulus, *libro 3 º ad Plautium* = *D.*, 2, 14 *De pactis*, 32. Pour une présentation très claire en français : Charles MAYNZ, *Cours de droit romain*, Bruylant, 1891, t. 1, § 295. V. aussi *infra* nº 28.

54 Paulus, *libro 3 º ad edictum* (reprenant Labéon) = *D.*, 2, 14 *De pactis*, 21, 5.

55 Décrite à Gaius 4, 126.

56 V. les fragments visés à P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 761, note 2.

57 Paulus, *libro 3 º ad edictum* (reprenant Julien) = *D.*, 2, 14 *De pactis*, 25, 2 et Ulpianus, *libro 4 º ad edictum* = *D.*, 2, 14 *De pactis*, 26.

58 Le Digeste a été composé plus de trois siècles après Paul et donc ce jurisconsulte, qui n'est pas assimilable à d'autres, n'écrivait pas « dans le Digeste ».

comprise) et *in rem* dans l'autre cas[59]. Dans le cas d'un contrat, c'était le créancier qui accordait une exception et déterminait sa délimitation (avec le débiteur cocontractant), dans le cas d'un litige, c'était le préteur qui accordait ou non cette exception et donc choisissait sa délimitation en fonction de son but. Le droit romain était très loin de distinguer aussi nettement le droit substantiel de la procédure, comme nous le faisons. Au contraire, l'équivalent de conférer un droit était placer l'autre dans une situation dans laquelle il aura le cas échéant une action en justice en vertu d'une loi ou de l'édit du préteur.

23. Bien entendu, le préteur attribuait un droit *in personam* (qualificatif) lorsque justement il l'accordait en considération de la personne (cause)[60]. Pothier simplifia sa proposition doctrinale en reprenant uniquement ce qui, du droit romain, était toujours applicable, mais il n'entendait visiblement pas s'en écarter quant au sens de cette distinction[61].

Concernant le Code civil, il n'y eut pas de discussion en séance concernant les anciens articles 2012 (= nouv. art. 2289) et 2036 (= nouv. art. 2313)[62]. On a visiblement voulu reprendre Pothier reprenant le droit romain, sans que cela ait soulevé de question particulière. Dans son exposé des motifs, Treilhard[63] reprend l'exemple du dol[64] donné par Pothier[65], tout comme le tribun Chabot dans son rapport[66]. Celui-ci fournit d'ailleurs une explication pertinente tenant à la finalité du cautionnement : la caution ne peut utiliser les exceptions du débiteur principal, qui lui sont par

---

59 Paulus, *libro 3 º ad Plautium* = *D.*, 44, 1 *De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*, 7, pr.-1.

60 Le « pour quoi » et le « pourquoi » sont souvent deux questions très liées.

61 Il s'autorise des divergences, mais de détail, mentionnées explicitement et justifiées substantiellement.

62 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, pp. 24 et 26.

63 Une des personnes ayant participé à l'élaboration du Code civil. V. la notice Universalis par Jean Tulard.

64 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, p. 45.

65 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, nos 380 et 381.

66 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, p. 59.

conséquent personnelles, lorsque le sens du cautionnement était de couvrir le risque en question.

De manière intéressante, Demolombe lie, à juste titre, le seul fragment du Digeste où on applique la distinction romaine à la matière du cautionnement (*D.*, 44, 1, 7) à un fragment, contenu dans un titre du Digeste contenant une série de principes généraux de droit, assez obscur, mais faisant vraisemblablement une distinction générale entre les moyens de droit personnels, qui meurent avec leur bénéficiaire, et les réels, qui passent aux héritiers (*D.*, 50, 17, 68)[67].

24. Cela signifie que, d'un point de vue substantiel, le début de l'article 2289 n'est rien de plus qu'une mention de l'existence d'exceptions personnelles, avec un exemple donné (le mineur). Il ne faut pas oublier, en effet, que le Code civil des Français a, certes, réformé certaines parties du droit français, il a tranché des oppositions internes aux différents droits qui existaient sur notre territoire, mais il a aussi très largement présenté et clarifié un droit qui existait déjà. L'idée générale était de créer une œuvre qui se suffise à elle-même, mais cela ne signifie pas qu'un tel objectif ait tout le temps été atteint de manière absolue[68], et cette disposition entendait visiblement faire perdurer ce qui était admis en doctrine et pratiqué dans les tribunaux jusque-là. Étant donné l'existence de l'article 2289, l'article 2313 n'est même pas une disposition à proprement parler et devient plutôt doctrinal.

25. De sorte qu'il est étrange d'être opposé dans les principes à la distinction en question, et plus encore d'être en faveur de l'oxymore que constitue une exception personnelle que pourrait utiliser une autre personne que celle à qui elle a été accordée. Il est possible de discuter de la légistique qui devrait être attachée à cette distinction, mais son existence logique ne peut être valablement contestée, à partir du moment où l'on

---

[67] Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon : Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, A. Durand et Hachette, 1868-1872, t. 1, n° 186.

[68] Une telle chose est-elle jamais possible ?

accepte l'idée qu'il y a des exceptions que seul le débiteur principal (voire seule la caution[69]) peut valablement utiliser.

Dès lors, le procédé légistique de l'avant-projet de réforme, consistant à encadrer l'invention judiciaire d'exceptions personnelles en prévoyant que ces exceptions ne le sont pas, est tout à fait étonnant. Cela oblige d'ailleurs l'avant-projet à tout de suite exclure les cas d'exceptions personnelles[70] dans les deux alinéas suivants de l'article, sans que l'on comprenne vraiment la logique générale[71]. En d'autres termes, pour revenir sur une application critiquable d'un bon principe, l'avant-projet prévoit le principe inverse et peu solide en logique, pour exclure immédiatement du nouveau principe contestable la bonne application du principe originel.

26. D'un point de vue doctrinal et pratique, néanmoins, la position doctrinale très majoritaire – consistant, sur le fond, à estimer que les exceptions personnelles au débiteur principal doivent être tout à fait limitées et que les inventions jurisprudentielles en la matière doivent être battues en brèche – nous semble tout à fait justifiée. Il en va du principe même du cautionnement, qui est une obligation accessoire, et donc qui ne peut être assimilée à une obligation solidaire à plusieurs débiteurs[72].

Les solutions proposées récemment au sein du courant doctrinal minoritaire n'emportent donc pas non plus la conviction. Un auteur propose en effet en substance de maintenir la tautologie de l'article 2313, mais de s'en remettre à des revirements de jurisprudence de la Cour de

---

69 Pothier parle d'une sorte d'exception personnelle à la caution dans le cas où le débiteur principal a obtenu un délai plus long, puis renonce à ce délai plus long par une nouvelle convention ; selon lui, la caution peut bénéficier du délai plus long. R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 380.

70 Listant notamment plus ou moins les deux cas prévus par l'article comme les cas uniques de réelles exceptions personnelles : A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, n^os^ 77 et s. (les remises et délais pouvant valoir mention des procédures collectives).

71 Rappr. : L. ANDREU, « Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution », n° 11.

72 V. par ex. F. DANOS, « La notion d'exception inhérente à la dette », II, A.

cassation pour les éventuelles jurisprudences critiquables en la matière[73]. Or, il est du ressort du législateur de fixer de réelles dispositions générales pour orienter les magistrats et, dans un contexte doctrinal très critique envers des solutions jurisprudentielles qui n'ont aucun réel encadrement législatif, de trancher la question.

Pour notre part, sur le fond, nous trancherions la question de la même manière que la doctrine majoritaire et que l'avant-projet de réforme. D'un point de vue substantiel, l'avant-projet est critiqué à ce sujet comme un « retour en arrière »[74], mais c'est bien ce qu'assume proposer le courant doctrinal en question, puisque la direction prise – très récemment sur l'échelle de notre histoire juridique – lui semble mauvaise. Quant aux trois exemples d'exceptions présentées comme personnelles et donc censées prouver les lacunes de l'avant-projet (clause abusive en matière de consommation, privilège de l'article 47 du Code de procédure civile et erreur entraînant la nullité)[75], toutes devraient selon nous pouvoir être invoquées par la caution, ainsi que le prévoient sur le fond l'avant-projet et au moins une partie de la doctrine[76]. Dans le cas de l'erreur du débiteur principal, le tribun Chabot la mentionnait d'ailleurs explicitement comme exception utilisable par la caution[77]. On nous dit que l'avant-projet « embarrassera assurément les magistrats » dans ces cas et qu'ils « ne tarderont pas à dépasser la lettre d'un texte mal équilibré »[78]. Cependant, appliquer autre chose que la réponse – enfin – claire sur le fond de la loi serait la violer, ce serait non pas dépasser uniquement sa lettre mais surtout son esprit, ce qui est absolument interdit aux magistrats.

27. Quant à la forme de la disposition, autant l'avant-projet que sa critique procèdent à notre avis du même écueil, qui consiste à trop orienter

---

73 L. ANDREU, « Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution », nº 13 et note 37.

74 *Ibid.*, nº 12.

75 *Ibid.*

76 Par ex. : Frédéric DANOS, « La notion d'exception inhérente à la dette », II, A, § 4.

77 P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, p. 58.

78 L. ANDREU, « Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution », nº 12.

le raisonnement autour d'une distinction fonctionnelle[79] et vide de portée dispositive. Le but de la loi ne doit pas être d'expliquer doctrinalement qu'il existe deux catégories d'exceptions, mais de disposer de quoi sont composées ces catégories virtuelles. En réalité, leur mention explicite peut être déléguée aux ouvrages de doctrine. À tout le moins, notamment dans le cas où l'on garde cette mention à des fins didactiques, elle devrait être mise en retrait.

Ce serait d'ailleurs revenir au statut historique de cette distinction en France avant les énoncés du Code civil : secondaire. C'est tout à fait visible chez Pothier. Au sein de développements relatifs au fait que, par principe, l'obligation accessoire s'éteint avec l'obligation principale, c'est dans un seul numéro[80], le quatrième sur les sept que contiennent ces développements précis[81], que le maître d'Orléans distingue entre ces deux types d'exceptions en s'appuyant sur un fragment de droit romain.

À Rome, la distinction avait son importance, mais dans le droit en général et, en ce qui concerne le cautionnement par rapport à la question de la portée du pacte *de non petendo*. On ne trouve, dans le Digeste, qu'un seul fragment où la distinction *in rem* / *in personam* est appliqué à la question des exceptions opposables par la caution en général, et ce fragment se trouve dans le même livre de Paul que celui où il parle des pactes *de non petendo in rem* / *in personam*. Cela suggère[82] donc une importance tout à fait relative de la distinction dans le cadre d'une réflexion centrée sur le cautionnement et sa portée.

28. En réalité, le véritable point de contention n'est pas l'existence ni la conséquence des exceptions purement personnelles, mais leur volume. À ce titre, ce qui a créé l'échappée jurisprudentielle récente est que la question est présentée, depuis Rome, en deux catégories et non en un principe assorti de tempéraments. Cela alors que, depuis Rome, la typologie et le régime de la question correspondraient typiquement à cette

---

79 *Ibid.*, note 32. V. *supra* note 45.

80 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 380.

81 *Ibid.*, n^{os} 377-383.

82 Ce n'est pas en soi déterminant, puisqu'un fragment peut être fondamental, mais cela contribue, avec d'autres facteurs, à le supposer.

seconde présentation du fait du déséquilibre qui a toujours existé entre les deux catégories, et auquel des juges semblent vouloir mettre fin en France de nos jours.

Il se trouve que la présentation en deux catégories est tout à fait logique pour le droit romain, en dépit du déséquilibre des cas d'application. En effet, à Rome, cette distinction se rapportait à une distinction fondamentale entre les *actio in rem* et les *actio in personam*[83] et surtout on raisonnait par action à accorder, et non par solution de fond : le droit s'exprimait positivement, par droit à une prétention et droit à émettre une exception. Il n'empêche qu'Ulpien précise que le cas des exceptions *in rem* était le cas général, par défaut (« generaliter »[84]), et qu'il était considéré comme existant « à moins que » l'intention des parties n'ait été qu'elle ne profite qu'au cocontractant[85].

La présentation en deux catégories paraît beaucoup moins appropriée chez Pothier et c'est pourquoi celui-ci les mentionne de manière très accessoire en mettant bien plus en avant dans ses développements sur la caution le principe de l'accessoire. Il est vrai qu'il présente les deux catégories de manière assez équivalente, sans jamais mentionner le déséquilibre. La raison est qu'il suit la structure du droit romain[86], assez logiquement puisque c'était une source directe de droit à son époque. Cependant, il le suit aussi dans son esprit sur le fond, en ne liant les exceptions personnelles au débiteur principal qu'à l'insolvabilité (pauvreté, vente des biens, atermoiement)[87].

---

[83] La distinction n'était pas doctrinale mais emportait des différences pratiques importantes du point de vue du formalisme procédural.

[84] Ulpianus, *libro 4 º ad edictum* = *D.*, 2, 14 *De pactis*, 7, 8.

[85] Ulpianus, *libro 4 º ad edictum* = *D.*, 2, 14 *De pactis*, 22. Nous inférons le début de la proposition (dans l'œuvre originale d'Ulpien) du fragment repris dans le Digeste.

[86] Néanmoins, Pothier n'est pas un auteur sur lequel on peut se fonder pour comprendre le droit romain, en tout cas de manière absolue, puisqu'il parlait à travers le prisme de son époque. Le fait de parler de « lois » (abrégé en « l. ») était un vocabulaire que Pothier utilisait légitimement mais on parle désormais de « fragments », puisque le droit romain n'a plus force de loi dans nos contrées.

[87] V. *supra* nº 17. On a estimé qu'après la présentation de la distinction, « suivent huit pages d'exposé de la distinction avec de multiples exemples d'exceptions

Les codificateurs ont uniquement entendu suivre cette tradition. Leur rédaction a cependant mis en avant la distinction en deux catégories. Ce fut vraisemblablement tout à fait involontaire et la faible prolixité des travaux préparatoires à ce sujet en atteste. C'est néanmoins ce qui semble avoir causé, plus de deux siècles plus tard, à une époque où l'on a oublié cette tradition, des lectures jurisprudentielles contraires à celle-ci.

D'un point de vue légistique, il est donc approprié de supprimer cette dichotomie et de présenter la matière avec un principe et un ou plusieurs tempéraments. Le principe est celui de l'accessoire [88] et le tempérament est l'obligation naturelle, à laquelle il peut être souhaitable de lier explicitement les deux cas d'exceptions personnelles : l'incapacité et les remises et délais.

29. Nous parlons ici de tempérament, puisque, comme Pothier l'explique très bien[89], le principe de l'accessoire n'est pas atteint par la validité civile du cautionnement de l'obligation naturelle. Il reste que la

---

personnelles » pour suggérer l'importance qu'aurait la question chez Pothier (L. ANDREU, « Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution », note 31). Cependant, les sept pages en question (dans l'édition utilisée par cet auteur) sont dues à la mise en page et sont principalement consacrées à des questions historiques à propos du contrat d'atermoiement, que Pothier devait expliquer dans le contexte dans son époque ; les exemples en question sont en réalité des exemples spécifiques d'insolvabilité.

Notons que l'édition de Dupin comporte en introduction une très belle dissertation sur la vie et l'œuvre de Pothier et semble être de qualité remarquable quant au texte repris. Néanmoins, le *Traité des obligations* comportait originellement deux numéros 285 et cette édition remplace la deuxième occurrence par un numéro 286 ce qui cause un décalage dans l'ensemble de la numérotation subséquente. L'édition scientifique de Buchet est fidèle dans la numérotation, mais semble l'être un peu moins dans le report du texte (ajouts de virgules et de guillemets…). C'est pourquoi nous avons choisi l'édition originelle en modernisant nous-même la graphie de la langue.

88 Rappr. : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière,* n° 596 ; F. DANOS, « La notion d'exception inhérente à la dette », II, A, § 5.

89 V. *supra* n° 8.

règle de l'accessoire aurait pu être conçue de manière plus extensive et donc expliciter le champ plus restreint qui est celui de la tradition juridique française est tout à fait utile.

30. D'ailleurs, un autre héritage de la technique du droit romain est celui en termes d'« exceptions » opposables ou non. Il s'agit ici de la traduction littérale d'un concept exprimé en latin (*exceptio*) qui avait en droit romain une signification et une portée qui ne sont pas directement transposables au sein du droit français. Il s'agit aussi de l'influence de la question des pactes *de non petendo* (*in rem* ou *in personam*), qui semble avoir été très importante à Rome mais qui a été tout à fait éclipsée par la question des procédures collectives. À Rome, du fait du caractère très important de cette question, il était logique de penser la matière comme une résolution de la question de savoir si l'intention des parties, et du créancier en particulier, était que l'*exceptio*, c'est-à-dire la remise[90], profite seulement au débiteur cocontractant ou aussi à la caution. De nos jours, le caractère formalisé, encadré, impératif des procédures collectives conduit au contraire à penser la matière de manière beaucoup plus objective et standardisée.

En somme, les textes doivent, de nos jours, refléter notre manière de penser le droit et non plus celle d'une époque révolue. D'ailleurs, cela permettrait en réalité, d'un point de vue substantiel, de suivre à l'extrême le droit romain sur le sujet.

31. Une autre manière encore d'analyser la matière est de partir du principe selon lequel l'accessoire est le produit de la volonté des cocontractants, qui créent une obligation calquée sur l'obligation principale[91]. La conséquence pourrait être qu'il faut rechercher la volonté présumée des parties au contrat de cautionnement, et donc avoir comme principe qu'il s'agit d'un décalque, sauf lorsque la finalité du cautionnement empêche ce décalque. Cette analyse est forte, mais, si on lui donne cette conséquence, elle ouvre la voie à des clauses contraires et donc à faire de toutes sortes de sûretés personnelles des cautionnements. Il nous semble

---

[90] C'est l'équivalent dans notre manière de penser le droit.

[91] F. DANOS, « La notion d'exception inhérente à la dette », II, A, § 2.

donc plus efficace de raisonner à titre principal dans la lignée de ce qui s'est fait historiquement : le caractère accessoire est de l'essence du cautionnement, il est total et déterminé comme tel par la loi, simplement il n'empêche pas qu'une obligation naturelle soit cautionnée civilement. Les deux approches ne sont cependant pas antithétiques : l'idée de finalité du cautionnement dans l'esprit des contractants est, quoi qu'il en soit, un support déterminant de la règle de fond [92] et, dans le cadre d'une codification jusnaturaliste, le tribun Chabot s'appuyait lui-même sur cet aspect des choses[93].

32. On constate d'ailleurs que des codes ayant repris à l'origine les articles 2012 (= nouv. art. 2289) et 2036 (= nouv. art. 2313) du Code civil des Français ont finalement abandonné cette distinction au gré de leur réforme. Ainsi, le *Code civil du Bas-Canada* de 1865 [94] reprenait les dispositions françaises dans ses articles 1932 et 1958, mais depuis, au moins, le Code civil du Québec de 1994[95], le droit civil codifié québécois ne contient plus ces dispositions et ne fait plus référence à l'idée d'exception purement personnelle ou inhérente à la dette ni d'exception en général. De même, on ne trouve plus, dans le Code civil de Louisiane, l'idée de ces d'exceptions depuis la réforme du droit des sûretés de 1987, alors que les dispositions françaises avaient été reprises aux articles 3005 et 3029 du Code civil de l'État de Louisiane de 1825 et aux articles 3036 et 3060 du Code de 1870[96].

B. Proposition de dispositions

33. D'un point de vue légistique, la solution consisterait donc à explicitement établir que le cautionnement de l'obligation naturelle est

---

92 V. par exemple *infra* n° 34.

93 V. *supra* n° 23.

94 Http://www.canadiana.ca/view/oocihm.9_01835.

95 Https://ccq.lexum.com.

96 *Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana,* Louisiana Legal Archives, Prepared by The Louisiana State Law Institutes, J. A. Gremillion (Secretary of State), Louisiana, Baton Rouge, 1940-1942, 2 parties, consulté sur https://digitalcommons.law.lsu.edu, et, pour le droit actuel, Louisiana State Legislature, www.legis.la.gov et https://sites.google.com/site/thelouisianacivilcode.

valable à titre civil, et à en tirer explicitement des conséquences. Du fait de la précision et de la technicité de la règle portant sur l'obligation naturelle, il nous semble que la précision à portée didactique peut expliquer que la caution ne peut « bénéficier » d'éléments déterminés. Le mot n'est pas très technique, mais, en plus d'être limpide, il désigne précisément ce qu'on entend : il y a des évènements qui favorisent le débiteur principal, mais n'apportent rien à la caution qui soit à son bénéfice.

D'une part, la caution ne peut bénéficier de l'incapacité du débiteur principal. Quant à la question de savoir si la caution doit avoir connu cet état d'incapacité, du fait du caractère spécial de cette matière, tout est possible. Il nous semble quant à nous logique de présumer que si une personne souscrit un contrat de « cautionnement », c'est que la capacité du débiteur principal est déterminante de son consentement. Il est donc probablement préférable d'exiger cette connaissance. Néanmoins, afin de prémunir le créancier contre la mauvaise foi de la caution, nous proposerons plutôt une formulation par exclusion du cas de l'absence de connaissance, afin que ce soit à la caution de prouver qu'il ne savait pas.

D'autre part, il y a les procédures collectives et le rétablissement personnel. L'avant-projet propose de disposer en termes de « des délais et remises, légaux ou judiciaires », sous réserve d'une « autoris[ation] légale » (av.-pr. d'art. 2299). Il se trouve que les juridictions appliquent la loi et que la construction pourrait être plus simple. L'idée de Pothier des « remises et termes » (prévus dans un contrat) « auquel un créancier [est] obligé d'accéder »[97] nous semble plus efficace. En termes plus modernes, il s'agirait de « délais et remises imposés au créancier »[98]. La précision selon laquelle l'acceptation du débiteur n'empêche pas qu'ils aient été « imposées » serait par ailleurs un ajout utile.

34. Quant aux autres cas potentiels d'obligation naturelle, on pense notamment à la question de la prescription réduite de l'obligation garantie. Pour notre part, nous n'approuvons pas l'arrêt du 11 décembre 2019[99].

---

[97] V. *supra* n° 17.

[98] Dans ce sens concernant les délais : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, n° 68.

[99] Cass. 1e civ, 11 déc. 2019, 18-16.147, préc. V. *supra* n° 2 *in fine*.

En opportunité, une telle solution n'est pas viable. Elle dénature le cautionnement en faisant d'elle une garantie de l'écoulement de la prescription, durant trois ans à compter de celui-ci, ce qui ferait du cautionnement un engagement plus fort que l'obligation conjointe[100]. On a estimé qu'elle incite les créanciers à faire preuve de « magnanimité » à l'égard des débiteurs consommateurs[101], mais le droit ne peut protéger un altruisme qui se ferait au détriment des intérêts légitimes d'un tiers.

En droit, en acceptant que le cautionnement de l'obligation naturelle, au moins potentielle, est valable, la solution semble justifiée à première vue. En réalité, il n'en est rien. Il est vrai que l'obligation prescrite laisse subsister une obligation naturelle potentielle, spécialement lorsque la prescription est courte. En l'occurrence, la prescription biennale a été mise en place eu égard à la personne du débiteur[102] et, à un détail près, la situation est la même que pour les procédures collectives. Ce détail est pourtant décisif : il s'agit du fait que la prescription biennale n'est pas un accident de parcours, mais un élément inhérent à l'obligation principale, *ab initio*. De sorte que nous ne sommes pas en face d'un retrait de force obligatoire dont il faut se demander s'il bénéficie à la caution ou non, il s'agit d'une substance qui n'a jamais été présente et qui ne peut donc s'étendre au cautionnement. Autrement dit, il s'agit d'une question de contenu de l'engagement initial de la caution : celui-ci s'est uniquement engagé à garantir la dette pendant deux ans, du fait de la règle de l'accessoire, qui est de l'essence du cautionnement.

Un second raisonnement aboutissant au même résultat peut être donné. Il s'agit d'estimer que le sens de la disposition prévoyant la

---

100 V. note Marie Nicolle, préc. Charles Gijsbers (note préc.) estime au contraire que la caution a un recours subrogatoire contre le débiteur principal, similairement à Cyril Grimaldi au sujet de l'arrêt du 8 juin 2007 (note préc.) Cependant, il est difficile de voir sur quel fondement le débiteur serait tenu à une obligation alors qu'il a été victime d'un dol ou qu'une loi à l'impérativité très forte dispose qu'elle est prescrite. En réalité, c'est le caractère illogique des arrêts de 2007 et 2020 qui force à trancher entre deux solutions qui ne conviennent ni l'une ni l'autre. V. *infra* n° 36 au sujet du cas où la question de l'éventuel effet trilatéral d'un bénéfice accordé en premier lieu au débiteur principal se pose à juste titre.

101 Note Manuella Bourassin, préc.

102 V. note Dimitri Houtcieff sous l'arrêt du 11 décembre 2019, préc.

prescription biennale veut qu'elle s'applique aussi à l'éventuel engagement de caution, notamment pour éviter un recours de la caution contre le débiteur principal, qui n'est pas expressément exclu par la loi et dont l'existence viderait de portée la règle principale.

Il faut aussi distinguer la question de la prescription de celle de l'incapacité. À la différence de la prescription, une incapacité n'est pas une situation qui peut être prévisible avec certitude lorsqu'elle est à venir. De sorte qu'il ne s'agit pas de connaître la portée *dans le temps* de l'obligation civile mais la *nature* de l'obligation. Nous revenons ici aux précisions de Pothier au sujet de ce sur quoi porte la règle de l'accessoire[103].

Le fait que le cautionnement se prescrit en même temps que l'obligation principale peut donc être déduit sans disposition supplémentaire. Une disposition précisant ce point peut néanmoins être fort utile du fait de la subtilité de la question.

35. Ici comme ailleurs, il y a un certain esprit, une certaine démarche à intégrer, afin de pouvoir utiliser la notion d'obligation naturelle. Du fait des incertitudes qui ont entouré cette notion au XX^e^ siècle, on a eu tendance à rendre absolu son régime. Or, ce n'est pas le cas. Par exemple, parfois, il y a obligation naturelle, et pourtant il y a répétition, pour des motifs d'ordre public[104]. Puisqu'on a eu tendance à penser l'obligation naturelle comme une notion non juridique, qui ne peut être systématisée et donc défie en quelque sorte toute logique, on a eu tendance, en présence de cette notion, à geler le raisonnement juridique habituel. Or, l'obligation naturelle est bien une notion juridique et participe d'un système[105]. Par conséquent, même en présence d'une obligation naturelle, il faut continuer, comme pour toute notion de notre droit systématisé, à articuler son régime avec les règles de droit et avec la logique des matières (très diverses) dans lesquelles elle intervient. En d'autres termes, la question de l'obligation naturelle ne résout pas tout à elle seule lorsqu'elle intervient dans une question. Par exemple, si le créancier ne déclare pas à temps sa

---

103 V. *supra* n^o^ 8.

104 V. l'article 1100-2 alinéa 3 de notre synthèse du système de l'obligation naturelle et ses commentaires.

105 V. notre thèse et son résumé.

créance à une procédure collective, il est logique que la caution en bénéficie ; mais cela n'a pas de rapport avec une obligation naturelle qui existerait ou non ou son régime, cela tient simplement au fait que le créancier est responsable de sa situation et ne peut faire assumer à la caution la charge de sa faute.

Cela explique aussi pourquoi notre théorie se fondant sur l'obligation naturelle, qui est une notion extrêmement riche et transversale, aboutit à des cas si restreints d'obligation de cautionnement civilement valable sur une obligation principale uniquement naturelle. C'est que nous sommes en droit du cautionnement, qui a sa logique et ses règles, et dont le principe de l'accessoire est une nécessité logique forte. Dans un tel contexte, l'effet à la fois limité mais fondamental de la notion d'obligation naturelle est tout à fait logique. Il s'agit d'une caractéristique générale et essentielle de la technique de l'obligation naturelle : dans tous les domaines juridiques, cette notion n'intervient que dans une mesure propre. Elle n'a pas vocation à déchirer les matières et leur structure, mais au contraire à les soutenir. Ce n'est pas une notion perturbatrice, mais au contraire stabilisatrice du droit.

36. Il reste la question qui a été historiquement le principal sujet de discussion, ou au moins l'un d'entre eux, en la matière : la remise de dette volontaire. Du fait de la supplantation des procédures obligatoires, cette question a beaucoup moins d'importance, mais elle n'est pas non plus purement théorique. Imaginons un créancier qui passe avec le débiteur principal un contrat prévoyant un changement de délai ou une remise partielle ou totale de la dette cautionnée, la caution peut-elle bénéficier de ce contrat ? En droit romain classique, la réponse de principe était positive (il y avait alors un *pacta in rem*), sauf si l'intention des cocontractants était que cela ne profite qu'à la personne du débiteur (*pacta in personam*)[106]. À côté du contrat d'atermoiement dans ce qu'il a d'obligatoire et donc similaire dans cet aspect à nos procédures collectives[107], Pothier traite des remises faites à titre de « gratification », c'est-à-dire des remises de dette volontaire. Selon lui, Cujas explique que le droit romain classique ne peut

[106] V. *supra* n^os^ 22 et 28.
[107] V. *supra* n^o^ 17.

plus avoir lieu depuis que Justinien a rendu obligatoire le bénéfice de discussion par la Novelle 4 de 535[108]. Sous l'empire de cette novelle, il n'y a, en effet, pas d'hésitation possible : si le créancier accorde un délai ou une remise au débiteur principal, cela bénéficiera nécessairement à la caution, de manière tout à fait mécanique. En effet, le créancier devant demander à la caution en premier et pour l'intégralité de la dette dont il demandera ensuite le paiement au débiteur, toute prétention en amont ou au-delà du montant de la dette principale sera nécessairement bloquée. Certes, le créancier peut toujours faire une action en justice inefficace contre le débiteur principal, mais l'esprit du bénéfice de discussion veut que cela ne fonctionne pas. À défaut, il suffirait d'agir en justice avant même le terme initial pour pouvoir exiger de la caution le paiement au terme.

En France, il y eut au XIIIe siècle des tentatives royales d'imposer ce bénéfice, mais la pratique les a contournées par des renonciations ; on a alors mis en place au XVIe siècle une sorte de formalisme informatif[109] pour, au moins, encadrer cette renonciation[110]. Le Code civil des Français (anc. art. 2021, anc. art. 1326), ses réformes (nouv. art. 2298, nouv. art. 1376) et l'avant-projet (av.-pr. d'art. 2307, av.-pr. d'art. 2298) reprennent ces principes. Dans le cas d'un cautionnement simple, le raisonnement est alors le même. En cas de cautionnement solidaire, il faut distinguer entre le cas où la nouvelle convention entre le créancier et le débiteur principal prévoit un délai et celui dans lequel une remise de dette est prévue. Dans le cas d'un délai, la caution solidaire ne peut en bénéficier car elle peut être actionnée avant, sauf si l'on estime que cela serait violer la nouvelle convention du fait du recours de la caution contre le débiteur principal. En effet, et dans tous les cas, l'effet relatif des contrats veut que la caution ne soit pas tenue par le délai conventionnel en question à l'égard du débiteur principal, lorsqu'il s'agit de lui demander un remboursement. Dans le cas d'une remise de dette, il serait *a priori* possible de reprendre le

---

[108] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, nº 380. Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, 2e éd., nº 748.

[109] Ce qui est tout à fait intéressant, puisque l'on considère habituellement cette technique légistique comme très récente.

[110] Voir J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, nº 751.

système romain classique (bénéfice à la caution, sauf volonté différente des parties). Cependant, la remise de dette ne peut se faire au préjudice de la caution, du fait encore de l'effet relatif des contrats. Dans le cas d'une renonciation purement personnelle, cela signifie que la caution pourrait toujours se retourner contre le débiteur principal, ce qui donne à la remise de dette une portée bien limitée. On peut alors estimer que, pour assurer qu'une telle remise de dette ait un sens, il faut en faire bénéficier la caution. On voit d'autant moins l'intérêt d'une telle remise purement personnelle que, justement, la caution est solidaire. En réalité, il pourrait y avoir un intérêt symbolique à dire à une personne qu'on n'agira pas en justice contre elle, et qu'on laisse à la caution le soin de le faire si elle l'ose. Mais alors, il faut que ce soit une renonciation à agir en justice, et non une remise de dette, qui serait une sorte de tromperie si on disait qu'elle ne peut « bénéficier »[111] à la caution. La remise de dette implique donc aussi la renonciation à poursuivre la caution solidaire[112], alors que la renonciation à poursuivre le débiteur principal ne l'implique pas.

Concernant la remise de dette (notamment en cas de cautionnement solidaire), ces principes correspondent au nouvel article 1350-2 alinéa 1 du Code civil. Concernant les délais (et la remise de dette en cas de

---

[111] En réalité, ce n'est pas tant que la caution bénéficie de la remise, mais que le créancier ne peut agir envers la caution sans bafouer son contrat initial. Dès lors, on pourrait imaginer la nécessité d'une tierce intervention, mais l'idée d'une stipulation pour autrui semble suffire.

[112] Si, néanmoins, sur la base d'une reconnaissance d'obligation naturelle subsistant à la remise de dette, le débiteur principal revient sur la remise de dette, il nous semble que la caution est de nouveau tenue (dans les conditions de son contrat initial). En effet, c'est au profit du débiteur et en vertu de son contrat avec lui que le créancier ne peut demander le paiement de la dette à la caution, puisqu'elle se retournerait contre le débiteur principal, et donc l'ancien créancier causerait un préjudice contractuel à son ancien créancier (on voit d'ailleurs ici un intérêt à avoir le concept de préjudice contractuel). Par conséquent, le contrat de cautionnement n'a jamais été atteint et reste toujours intact. La question du contrat revenant sur le contrat *de non petendo* qui lui-même était relatif à un contrat antérieur semble avoir été importante à Rome (v. par ex. Gaius 4, 126), du fait, semble-t-il, de la segmentation de la procédure romaine, qui rendait nécessaire la possibilité de revenir sur le contrat *de non petendo* (voir P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 761). Elle semble avoir suscité des débats importants à Rome et surtout par la suite, que mentionne Pothier et auxquels celui-ci prend part (*eod. loc.*).

cautionnement simple), le principe du bénéfice de discussion et celui de l'effet relatif des contrats suffisent à résoudre les difficultés. Il n'y a donc pas besoin de prévoir de nouvelle disposition explicitement relative à cette question.

37. Parmi les cas d'obligation naturelle, nous avons vu, d'une part, ceux dans lesquels l'obligation a un caractère civil puis le perd, que ce soit volontairement (remise de dette), par accident et de manière imposée (procédures collectives, insolvabilité) ou par l'écoulement du temps tel que prévu *ab initio* (prescription). Il y a aussi les cas où l'obligation est dès l'origine purement naturelle, et le cas historique est l'incapacité. Ce cas avait à Rome une importance immense du fait que les fils de famille pouvaient être juridiquement incapables à un âge encore très avancé, et pourtant ils devaient pouvoir participer à la vie économique. Ce souci de favoriser le crédit des incapables existe toujours[113].

Qu'en est-il de la myriade d'autres cas ? Peut-on imaginer le cautionnement de l'obligation naturelle de respecter les dernières volontés des défunts ne respectant pas les règles de forme (legs verbal) et pourtant éclairées, ou encore l'obligation naturelle de payer une dette qui n'est pas prouvée ? Rien ne semble l'empêcher et, sauf souci propre à la matière concernée ou ordre public, cela vaut probablement pour l'ensemble de la matière. C'est d'ailleurs probablement la solution qu'auraient apportée les jurisconsultes romains : toutes les obligations naturelles sont en principe[114] cautionnables.

Nous ne sommes pas certains, néanmoins, de l'intérêt pratique de ces autres cautionnements d'obligation naturelle, spécialement à partir du moment où le contrat de porte-fort existe. Le contrat de porte-fort se concentre sur l'aspect civil des choses, il ne fait donc pas de différence entre l'existence ou non d'une obligation naturelle (potentielle) sous-jacente[115]. En cas d'existence, la subtilité provient peut-être de l'intention des parties : considèrent-elles que la partie qui n'a pas vocation à bénéficier

---

113 V. *supra* n° 7.

114 C'est-à-dire du point de vue du droit de l'obligation naturelle. D'autres impératifs juridiques peuvent toujours intervenir. V. *supra* n° 35.

115 V. *supra* n° 14.

de l'exécution en question joue un simple rôle de solution de secours ou qu'elle a pour rôle principal de faire en sorte que le tiers s'exécute et que son éventuel paiement serait la conséquence de son échec ? On imagine que la configuration penchant pour la qualification de porte-fort correspond plus à la réalité. Quoi qu'il en soit, rien ne semble interdire la qualification de cautionnement si c'est celle que les parties ont choisie. Ce point nous paraît néanmoins trop anecdotique pour être mentionné en législation.

38. Quant à la rédaction législative, si l'on estime que la mention explicite de l'obligation naturelle peut être sujette à dérives, il est possible de directement prévoir les cas d'application et laisser l'explication à la doctrine. Nous proposons donc une telle rédaction à titre subsidiaire. Il nous semble néanmoins qu'exposer le principe permettrait une meilleure application de celui-ci dans les deux cas exposés dans la suite de l'article et un meilleur encadrement de la matière. En effet, nous sommes en présence d'une vive controverse doctrinale et l'on trouve déjà en doctrine une sorte de licence donnée aux juges de ne pas respecter les articles du Code civil relatifs à cette question s'ils reprenaient l'avant-projet de l'association Henri Capitant[116]. Donner un cadre logique explicite à ces dispositions et faire comprendre leur articulation systémique permettrait d'enserrer la matière dans cette logique. Il est vrai, néanmoins, qu'en l'absence de mention explicite concernant l'obligation prescrite, une mauvaise lecture du Code civil à ce sujet est un risque important. Par conséquent, bien que la mention explicite suggérée à ce sujet soit facultative en logique[117], sa présence serait très utile à éviter un tel écueil.

39. Il reste à savoir comment articuler la disposition que nous proposons – se fondant sur l'obligation naturelle –, avec les autres dispositions du Code. Comme nous l'avons vu, la validité civile de l'obligation purement naturelle est un tempérament au principe de

---

[116] L. ANDREU, « Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution », nº 11. V. *supra* nº 26 *in fine*.

[117] V. *supra* nº 34.

l'accessoire, une précision de son étendue, elle devrait donc suivre l'exposé de ce principe.

De manière étonnante, l'avant-projet éclate cet exposé. En effet, le principe de l'accessoire est relatif à deux choses : la validité et l'étendue des obligations. D'une part, l'obligation accessoire n'est valable que si la dette principale est valable : c'est l'actuel article 2289 alinéa 1. D'autre part, l'obligation accessoire n'est valable que dans la mesure où la dette principale l'est : c'est l'actuel article 2290, qui suit judicieusement le précédent. L'avant-projet reprend littéralement ces dispositions (av.-pr. d'art. 2294 al. 1 et av.-pr. d'art. 2297), mais les écarte en plaçant entre elles des éléments n'ayant pas trait à l'accessoire. Il nous semble plus approprié de structurer ces articles comme le fait actuellement le Code civil actuel et de placer la question de l'obligation naturelle (et des exceptions opposables) après celle de l'accessoire.

40. Voici donc les dispositions et l'architecture d'ensemble proposées, à la place des actuels articles 2294 et suivants de l'avant-projet. La proposition principale est contenue dans la disposition ayant le numéro 2296 et il y a une phrase supplémentaire dans la disposition numérotée 2295. Nous avons aussi proposé quelques reformulations[118].

Art. 2294 proposé

Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.

Il peut garantir une ou plusieurs obligations, présentes ou futures.

L'obligation garantie doit être déterminée ou déterminable.

[118] « Exister » nous semble préférable à « contracter » et la réductibilité du cautionnement implique sa validité.

Art. 2295 proposé

Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni exister sous des conditions plus onéreuses. Il se prescrit en même temps que l'obligation garantie.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement qui excède la dette, ou qui se présente sous des conditions plus onéreuses, est réductible à la mesure de l'obligation principale.

Art. 2296 proposé

Le cautionnement d'une obligation naturelle est valable à titre civil dans son intégralité. Ainsi, la caution ne peut bénéficier de l'incapacité du débiteur, à moins qu'il l'ignorât au moment de contracter, ni des délais et remises imposés au créancier, y compris lorsque celui-ci les accepte.

Art. 2296 proposé à titre subsidiaire

La caution ne peut bénéficier de l'incapacité du débiteur qu'il avait connue au moment de contracter ni des délais et remises imposés au créancier, y compris lorsque celui-ci les accepte.

Art. 2297 proposé

Sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.

Viendraient ensuite les articles 2295, 2296, 2298 et 2300 et suivants de l'avant-projet.