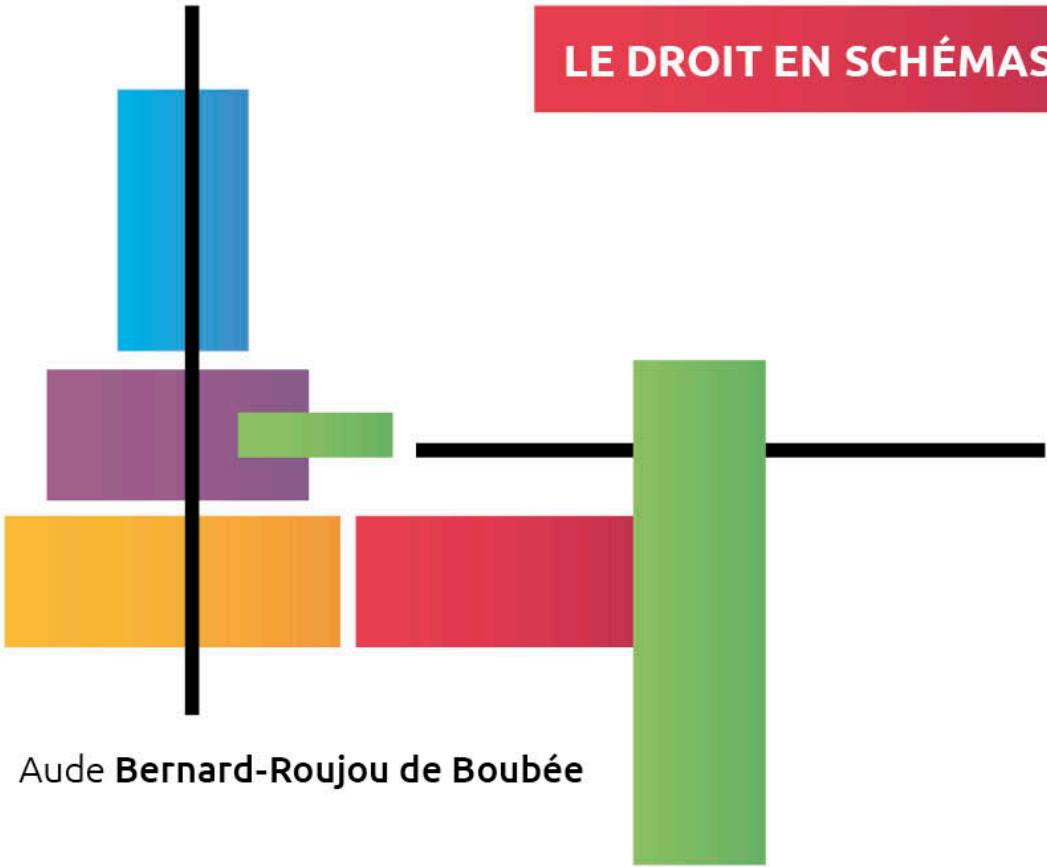


LE DROIT EN SCHÉMAS



Aude Bernard-Roujou de Boubée

Le droit des sûretés en schémas

ellipses

Titre 1. La sûreté personnelle accessoire : le cautionnement

Chapitre 1. Présentation

Section 1. Définition

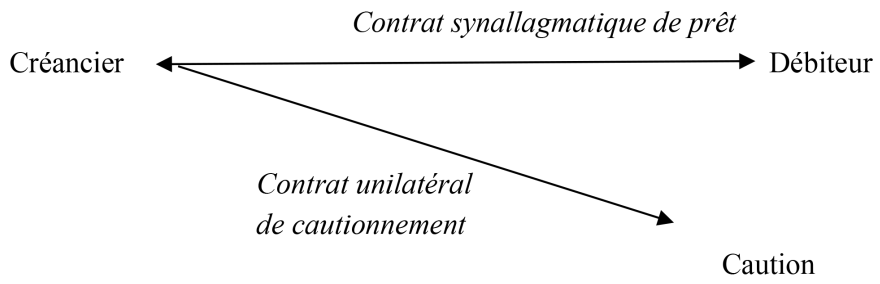
L'**article 2288** du Code civil définit le cautionnement comme « le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci ». **En d'autres termes**, lorsque le débiteur a besoin d'un crédit de la part d'un créancier et qu'il n'a pas les ressources suffisantes pour y faire face – ou du moins que le créancier n'a pas suffisamment confiance dans les capacités de remboursement du débiteur – le créancier peut exiger de soumettre l'obtention d'un prêt à l'adjonction d'une caution, qui interviendra si le débiteur est défaillant.

Il s'agit d'un contrat unilatéral. Cela emporte donc **deux conséquences** : d'une part, en tant que contrat, le cautionnement requiert les mêmes conditions pour être formé que tout contrat de droit commun prévu à l'article 1101 (et surtout 1128 du Code civil). Le consentement doit ainsi être échangé entre les parties (créancier et caution). Mais, d'autre part, comme il s'agit d'un contrat unilatéral, seule la caution s'engage.

Remarque : depuis plusieurs années, le créancier doit répondre à de multiples obligations. Celles-ci ne constituent pas pour autant un changement de nature du contrat de cautionnement. Le cautionnement est et reste un contrat unilatéral (en ce sens, v. M. Sejean, *La bilatéralisation du cautionnement*, Bibl. dr. privé, tome 528, LGDJ, 2011).

Exemple de situation : B, jeune étudiant de 20 ans, souhaite lancer son entreprise de création de sacs à main sur-mesure. Pour obtenir des fonds nécessaires à la création de son entreprise, il se rapproche de la banque A. Celle-ci accepte de lui prêter de l'argent, à condition qu'une personne se porte caution. C, la marraine de B, accepte de se porter caution de son filleul.

Présentation du cautionnement



Section 2. Les formes du cautionnement : simple ou solidaire

Le cautionnement peut être simple ou solidaire. Qu'est-ce que cela signifie ?

Lorsque le cautionnement est dit **simple**, la caution peut opposer au créancier deux bénéfices : un bénéfice de discussion et un bénéfice de division. Le bénéfice de discussion permet à la caution d'exiger du créancier, lorsqu'elle est appelée, d'engager d'abord toutes les procédures possibles contre le débiteur avant de la solliciter. Le bénéfice de division permet à la caution d'exiger du créancier, lors de l'appel, de diviser la dette due entre toutes les cautions qui n'ont bien sûr pas renoncé au bénéfice de division.

Lorsque le cautionnement est **solidaire**, la caution renonce à ces bénéfices. Attention, la solidarité doit être expresse. Elle ne se présume pas.

Exemple relatif au bénéfice de discussion : C, caution et marraine de B, indique dans l'acte de cautionnement qu'il s'agit d'un cautionnement simple. Si B est défaillant, le créancier A va se retourner contre C. C pourra alors demander à A d'aller rechercher dans les biens de B s'il peut payer (bénéfice de discussion).

Exemple relatif au bénéfice de division : imaginons que B ait deux cautions : C., sa marraine, et F., sa mère. Si B est défaillant, lorsqu'A, le créancier, appellera la caution C, celle-ci peut lui demander de se retourner d'abord contre F, la mère. Deux possibilités dans ce cas : soit les cautions se divisent la dette (C et F paient chacune une fraction de la dette) soit F peut s'acquitter de l'intégralité de la dette et se retourner ensuite contre C.

Toutefois, si C a renoncé dans l'acte de cautionnement aux deux bénéfices, elle ne pourra s'en prévaloir lors de l'appel. Elle sera donc tenue de payer immédiatement la portion de dette garantie dans l'acte de cautionnement.

Les formes du cautionnement

Cautionnement simple

- La caution peut soulever le ou les bénéficiaires
- Elle paie donc dans un second temps.

Cautionnement solidaire

- La caution doit s'exécuter à l'appel
- Elle paie donc immédiatement.

Section 3. Les sources du cautionnement

Le cautionnement peut être conventionnel, légal ou judiciaire. L'article 2289 du Code civil expose ainsi que : « lorsque la loi subordonne l'exercice d'un droit à la fourniture d'un cautionnement, il est dit légal. Lorsque la loi confère au juge le pouvoir de subordonner la satisfaction d'une demande à la fourniture d'un cautionnement, il est dit judiciaire ».

Attention, cet article n'indique que l'origine du cautionnement, qui peut provenir d'une obligation décidée par une décision de justice ou d'une obligation légale attachée à la validité de l'obligation principale (par exemple pour la loi du 6 juillet 1989 qui conditionne la souscription d'un bail à l'apport d'une caution). **Le cautionnement reste de nature conventionnelle** même s'il est parfois imposé par un juge ou la loi.

Section 4. Avantages et inconvénients du cautionnement

§ 1. Avantages

Le cautionnement existe depuis le droit romain, fondé sur l'idée du **service d'ami**, il est donc gratuit. En effet à l'époque, l'honorabilité et la réputation d'un tiers suffisaient à donner confiance à un créancier pour prêter de l'argent à un débiteur. Celui-ci savait qu'en cas de défaillance de son débiteur, le tiers caution préférerait s'acquitter d'une dette (qui certes n'est pas la sienne) plutôt que de passer pour une personne sans parole et/ou n'ayant pas assez de fonds pour faire face à l'engagement pris.

Consensuel, le contrat de cautionnement l'était en droit romain et l'est toujours encore aujourd'hui en droit français. Néanmoins, on observe une forte augmentation des mentions manuscrites exigées lors de la constitution du cautionnement (v. *infra*). Le consensualisme pur tel qu'il existait en droit romain se retrouve davantage dans les sûretés personnelles non accessoires, ce qui les rend d'ailleurs très attractives, notamment dans le milieu du droit international des affaires.

L'adjonction du patrimoine d'un tiers permet également au débiteur **de ne pas se soucier de sa condition de propriétaire**. Contrairement aux sûretés réelles qui nécessitent d'être propriétaire pour grever le bien et obtenir un crédit, dans le cas du cautionnement, cela n'est pas nécessaire.

Toutefois, on peut formuler deux remarques : d'une part la caution, si elle n'y a pas renoncé, peut opposer au créancier son bénéfice de discussion (v. *supra*). Ce bénéfice permet à la caution, lorsqu'elle est appelée, de demander au créancier de poursuivre d'abord les biens du débiteur avant qu'elle n'intervienne en paiement de son obligation. D'autre part, le cautionnement peut aussi être réel. Dans ce cas, le tiers caution devra être propriétaire du bien qui constitue l'objet du cautionnement.

Exemple : C, la marraine de B, accepte d'être la caution de B mais refuse de mettre dans l'assiette de la sûreté ses biens et revenus, seulement sa Porsche rouge. Il s'agit là d'un cautionnement réel.

Avantages et inconvénients du cautionnement

Avantages du cautionnement

- Constitution et mise en oeuvre non coûteuses
- Service d'ami possible par tout tiers
- Pas besoin d'être propriétaire
- Pas de gaspillage du crédit pour le débiteur
- Accessoire à l'obligation principale

Inconvénients du cautionnement

- Constitution compliquée
- Présence d'obligations importantes pour le créancier
- Une mise en oeuvre parfois complexe...
- Engendrant une efficacité relative

De plus, contrairement aux sûretés plus récentes (qui n'ont de récentes que le nom puisque certaines existaient déjà en droit romain), telles que la fiducie, la clause de réserve de propriété ou encore la cession de créances ou cession de somme d'argent, **le cautionnement ne nécessite pas de céder ou transférer la propriété.** Ainsi, le débiteur ne perd aucun bien et n'a besoin d'aucun bien pour obtenir un prêt. Idéal pour les débiteurs qui ne sont propriétaires d'aucun bien (ce qui est de plus en plus fréquent car l'on va vers un mouvement de société en défaveur de l'accession à la propriété, mobilière comme immobilière, il s'agit d'observer en ce sens le nombre croissant de LOA ou LDD sur des biens quotidiens) ou qui ne souhaitent se déposséder d'aucun bien ou enfin, qui ne souhaitent pas engager leurs biens, le cautionnement apporte cette souplesse rassurante qui peut permettre par exemple au jeune B de lancer son activité.

En outre, **le point fort du cautionnement est son lien accessoire avec l'obligation principale.** D'un point de vue juridique, cela signifie que la caution pourra – pour les cautionnements conclus à compter du 1^{er} janvier 2022 – opposer toutes les exceptions relevant de l'obligation principale, qu'elles soient inhérentes à la dette ou purement personnelles. Pour les cautionnements antérieurs à janvier 2022, la jurisprudence fait une distinction selon la nature de l'exception soulevée par la caution (v. § *supra*). La caution reste ainsi liée au débiteur par l'accessorité sans pour autant avoir conclu de contrat avec ce dernier : l'engagement de la caution suit ainsi fortement l'obligation principale du débiteur à l'égard du créancier. D'un point de vue plus psychologique, ce principe d'accessoire propre au cautionnement lie le créancier et le débiteur dans un projet commun. Dans la situation présentée en amont, C la marraine de B accepte de se porter caution de B car elle croit au projet de B et accepte de voir sa dette évoluer en fonction du remboursement du prêt par B. On notera toutefois que l'article 2288 du Code civil admet que la caution s'engage à l'insu du débiteur principal ou sans demande de sa part.

Enfin, **le cautionnement ne coûte pas grand-chose au débiteur et à la caution, l'acte est normalement gratuit.** Parfois des frais de dossier sont exigés mais ils ne sont pas importants (inférieurs à 50 €). L'absence d'acte notarié diminue de façon importante les coûts.

§ 2. Inconvénients

Le contrat de cautionnement reste consensuel et unilatéral mais **le créancier est de plus en plus sollicité lors de la formation du cautionnement**. Ainsi doit-il mettre en garde la caution ou encore vérifier si l'engagement n'est pas manifestement disproportionné aux capacités financières du débiteur (v. *supra*). **Également, durant l'exécution du cautionnement**, des obligations d'information annuelle et à défaillance lui incombent (v. § *supra*). Le créancier a donc un rôle à jouer qui n'est pas négligeable et qui peut mettre en péril la mise en œuvre du cautionnement s'il ne satisfait pas à ses devoirs et obligations.

La réforme est venue clarifier le régime du cautionnement qui était - est? - encore très jurisprudentiel. **La mise en œuvre du cautionnement est parfois difficile** en raison de l'interprétation casuistique des obligations du créancier lors de l'appel de la caution et/ou de la mauvaise foi éventuelle de cette dernière (v. § *supra*). Elle peut aussi être **longue** lorsque la caution, qui n'a pas renoncé à ses bénéfices de division et discussion, souhaite actionner ces deux prérogatives auxquelles elle a droit.

Conclusion : si le cautionnement est peu coûteux et tend à devenir une sûreté facilement constituable, il n'en reste pas moins une sûreté dont l'efficacité n'est pas absolue pour le créancier et dont la mise en œuvre est parfois plus complexe, plus longue qu'une sûreté fondée sur la propriété. La réforme du 15 septembre 2021 permettra peut-être une amélioration de ces points négatifs. Néanmoins, le cautionnement reste la reine des sûretés personnelles, la multiplication du nombre de cautionnements différents attestant de sa vitalité.