



LE DROIT **DES SÛRETÉS**

**EN CARTES
MENTALES**

Hugues Michelin-Brachet



Introduction

Condamné par la morale et sanctionné par le droit, l'impayé est un risque que le créancier doit prendre en compte au moment où se tisse le lien d'obligation avec son débiteur. Face au risque de ne pas recevoir son dû, le créancier n'est pas dépourvu de solutions.

Certaines d'entre elles lui sont offertes par le droit des obligations. Des techniques, comme l'exception d'inexécution ou la résolution pour inexécution, lui permettent de faire pression sur son débiteur pour qu'il paye. D'autres, comme la solidarité passive, l'indivisibilité conventionnelle ou la délégation simple, augmentent ses chances d'être payé, le créancier ayant alors plusieurs débiteurs. Dès lors, l'insolvabilité de l'un d'eux ne l'empêche pas d'être payé, car il peut s'adresser à un autre débiteur pour obtenir son dû. Le risque d'impayé ne disparaît pas. Il est simplement réduit.

Outre ces solutions, d'autres sont apportées par le droit des assurances. Un créancier peut chercher à échapper au risque d'impayé en exigeant de son débiteur la souscription d'une assurance. Celle-ci peut alors couvrir les causes d'impayé prévues par le contrat, telles le décès ou l'invalidité du débiteur. Elle peut aussi indemniser le créancier pour les pertes subies en raison de l'insolvabilité de celui qui doit payer. La survenance d'une des causes d'impayé prévues par le contrat d'assurance ou l'inexécution par le débiteur de son obligation réalisent le sinistre. L'assureur doit alors payer au créancier ce qui est prévu par le contrat d'assurance.

Si le droit des obligations et le droit des assurances sont d'un secours certain pour le créancier confronté au risque d'impayé, c'est surtout le droit des sûretés qui met à sa disposition un arsenal fourni de techniques lui permettant d'écarteler ou, au moins, de limiter le risque d'absence de paiement. Face à la crainte de ne pas recevoir son dû, le créancier s'évertue à rechercher la sûreté la mieux à même de répondre à ses besoins, autrement dit la sûreté qui serait pour lui idéale, c'est-à-dire une sûreté simple de constitution, peu coûteuse, efficace et simple de réalisation (*L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, Droit civil des sûretés, 17^e éd., LGDJ, 2024, n° 8*). Pour l'aider, le législateur offre un large éventail de techniques que l'ingéniosité du créancier permet d'adapter à sa situation.

La diversité des techniques contre le risque d’impayé est de nature à rassurer le créancier sur ses chances d’être payé. Les sûretés participent à l’instauration d’un rapport de confiance entre le créancier et son débiteur. Cette confiance est ce qui conduit le créancier à faire crédit à son débiteur. «*Sans sûreté, pas de crédit, sans crédit, pas d’économie moderne*» (L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *op. cit.*, n° 1). Dans l’économie d’aujourd’hui, le crédit est partout, pour le consommateur comme pour le professionnel. Crédit immobilier, crédit relais, crédit à la consommation, crédit revolving, contrat de leasing, micro-crédit, crédit interentreprise, crédit professionnel, etc. La liste est interminable. Si le crédit dépend de l’existence de sûretés, on peut donc dire que les sûretés sont les «auxiliaires du crédit» (P. Simler et P. Delebecque, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2023, n° 3). Tranquillisé quant à ses chances d’être payé, le créancier peut s’engager plus volontiers. Le droit des sûretés est donc un droit incitatif, car il encourage les échanges tant civils que commerciaux. Ses nombreuses applications, que ce soit en droit des régimes matrimoniaux, en droit des successions, en droit bancaire ou en droit des procédures collectives notamment, en font une discipline juridique majeure. Le droit des sûretés est, en outre, fortement imprégné par le droit des obligations et le droit des biens. La chose est logique. D’une part, les sûretés servent à garantir l’exécution des obligations. D’autre part, elles ont pour assiette les biens qui figurent dans le patrimoine du débiteur.

La diversité des sûretés et de leurs domaines d’application explique que les sûretés sont réglementées par des codes très divers, comme le Code civil, le Code de commerce, le Code monétaire et financier ou le Code des procédures civiles d’exécution. Depuis les premiers textes qui lui ont été consacrés dans le Code civil de 1804, le droit des sûretés a été modifié par touches successives mais pas toujours de manière coordonnée. La dispersion de ces règles, qui ont pu être considérées parfois comme étant inadaptées aux évolutions de l’économie et de la société contemporaine, a fait naître dans les années 2000 un besoin de moderniser la matière, de rendre le droit des sûretés plus lisible et de faciliter le recours au crédit. Une première réforme est intervenue par l’ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Si l’objectif du législateur est alors de réaliser une réforme d’ampleur du droit des sûretés, cette réforme s’est révélée incomplète, certaines sûretés, comme le cautionnement, entrant à droit constant dans le Code civil, tandis que d’autres sont ignorées, comme la fiducie-sûreté. La modernisation du droit des sûretés s’est poursuivie quinze ans plus tard avec l’ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021.

L’appréhension de ce nouveau droit des sûretés ne saurait se faire sans que ne soit étudiée la notion de sûretés (Section 1), sans que ne soit mesurée leur évolution (Section 2) et sans que ne soit dressée leur typologie (Section 3).

Section 1. Notion

Étudier une notion suppose de la définir (§1) et de la distinguer de celles qui lui sont voisines (§2).

§1. Définition

Dans le langage juridique, le terme de « sûreté » est envisagé dans un sens assez étroit, puisqu'il est classiquement entendu comme la garantie dont bénéficie le créancier contre l'inexécution par le débiteur de ses obligations. La sûreté protège le créancier contre le risque d'impayé et en particulier contre l'insolvabilité du débiteur. Elle désigne donc le moyen que le créancier emploie pour s'assurer du paiement de l'obligation ou d'une forme de satisfaction qui pourrait le désintéresser. En raison de la variété des moyens que le créancier peut mobiliser pour sécuriser le paiement de l'obligation, on parle de « sûretés » (au pluriel donc) et non de « sûreté » (au singulier). L'intérêt du recours aux sûretés s'explique par l'avantage procuré au créancier qui en est muni par rapport à ceux qui en sont dépourvus, à savoir les créanciers chirographaires.

L'intérêt du recours aux sûretés se mesure au regard de l'efficacité relative des moyens d'action octroyés à tout créancier, chirographaire ou non, contre son débiteur défaillant. Le fondement de ces moyens d'action est le droit de gage général que tout créancier a sur le patrimoine de son débiteur (C. civ., art. 2284 et 2285) et qui lui permet de saisir tous les biens qui y figurent au moment des poursuites afin de les faire vendre et de se faire payer sur le prix. Ainsi, en vertu de son droit de gage général, le créancier peut, d'une part, prendre des mesures conservatoires. Il peut, d'autre part, lorsque les conditions sont réunies, exercer des mesures d'exécution forcée afin de contraindre le débiteur à s'exécuter, donc à pratiquer les éventuelles saisies à même de le désintéresser. Cependant, ce droit de gage général serait vain si le débiteur pouvait négliger de faire entrer des valeurs dans son patrimoine ou pouvait en faire sortir par fraude. Aussi l'effectivité de l'exercice du droit de gage général est assurée par les actions oblique et paulienne qui protègent le créancier contre la négligence et la fraude du débiteur et qui tendent à permettre au créancier *in fine* d'exercer son droit de gage sur l'ensemble des actifs du patrimoine.

Malgré la mise en œuvre de ces moyens d'action, le patrimoine du débiteur n'est pas toujours suffisant pour satisfaire le créancier saisissant. En outre, il n'est pas rare que celui-ci se trouve en concours avec d'autres créanciers. La difficulté réside dans ce que ceux qui sont dépourvus de sûretés sont traités sur un pied d'égalité. La loi prévoit, en effet, que les biens du débiteur sont « *le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution* » (C. civ., art. 2285). Cela signifie que le premier saisissant est le premier

payé («*prix de la course*») et que si des créanciers saisissent en même temps, le prix se répartit proportionnellement au montant de la créance de chacun («*paiement au marc le franc*»). Pour échapper à ces problèmes, un créancier peut vouloir se doter de sûretés, et ainsi améliorer sa situation juridique.

Pour améliorer sa situation juridique, le créancier a plusieurs possibilités. La première consiste à exiger que le paiement soit sécurisé par l'intervention de garants. Le créancier sécurise sa situation en multipliant les patrimoines pouvant faire l'objet de son droit de gage général. Il bénéficie alors d'un droit de poursuite contre d'autres personnes que le débiteur principal, par exemple contre une caution. Ces sûretés qualifiées de «*personnelles*» ont donc pour spécificité d'adoindre au débiteur un garant qui s'est personnellement engagé, mais qui n'a pas à supporter la charge définitive de la dette. C'est la raison pour laquelle il dispose d'un recours contre le débiteur. Une autre possibilité est de demander qu'un ou plusieurs biens soient affectés à la garantie de la dette du débiteur. On parle alors de sûretés «*réelles*». Tel est le cas du gage, du nantissement ou de l'hypothèque. Le créancier bénéficie alors d'un droit de préférence lui permettant de se faire payer par priorité sur le ou les biens affectés en garantie, voire d'un droit de suite lui permettant de suivre l'assiette de la sûreté en quelques mains qu'elle se trouve. Il peut aussi bénéficier d'un droit exclusif lui permettant d'échapper au concours avec d'autres créanciers. En un sens technique, une sûreté s'analyse donc comme l'*« affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine»* (P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, n° 282).

Évidemment, la constitution de sûretés se fait en fonction des besoins du créancier et des ressources du débiteur. Certains créanciers privilégient le recours aux sûretés personnelles, estimant pouvoir obtenir plus rapidement et plus simplement leur dû. Dans d'autres cas, le recours à la sûreté réelle est préféré en raison du parti qui peut être tiré du ou des biens affectés en garantie. Quant aux débiteurs, ils ne jouissent pas tous du même crédit auprès de leurs créanciers. Certains, comme les banques ou les grands groupes de sociétés, ne laissent que peu de doutes sur leur solvabilité et sur le fait qu'ils exécuteront correctement leurs obligations le moment venu. D'autres, en revanche, inspirent plus d'inquiétudes au créancier, ce qui l'incitera alors, après s'être renseigné sur leur santé financière, à exiger la constitution de sûretés.

§2. Distinction avec les notions voisines

La notion de sûreté doit être distinguée de celle de garantie (A) et de celle de privilège (B).

A. Sûreté et garantie

Toutes les sûretés peuvent être qualifiées de garanties, mais toutes les garanties ne sont pas des sûretés. Autrement dit, les sûretés ne sont qu'une catégorie de garanties.

On entend par garantie, tout mécanisme qui prémunit une personne contre un risque spécifique. Le droit fourmille de garanties en tous genres : garantie des vices cachés, garantie d'éviction, garantie de bonne fin, garantie du fait personnel, etc. Certaines d'entre elles, tirées du régime général des obligations, comme la solidarité passive, l'indivisibilité conventionnelle ou la délégation simple, permettent au créancier de se protéger contre le risque d'impayé résultant de l'insolvabilité du débiteur. Ces garanties spécifiques relèvent des modalités de l'obligation. En d'autres termes, ces garanties sont inhérentes à l'opération juridique réalisée ou à la situation juridique considérée. Elles résultent du rapport d'obligation envisagé. Elles ne s'y ajoutent pas. Tel est le cas de la solidarité passive, que l'on rencontre notamment entre époux pour les dettes ménagères (C. civ., art. 220) ou entre partenaires à un pacte civil de solidarité pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante (C. civ., art. 515-4, al. 2). La solidarité, qui est une modalité de l'obligation, produit un effet de garantie au bénéfice du créancier. Parce qu'il est lié à plusieurs débiteurs à qui il peut demander à chacun la totalité de ce qui lui est dû, le créancier est garanti contre le risque de défaillance de l'un de ses débiteurs. L'idée est la même en matière d'indivisibilité conventionnelle, qui consiste pour les parties à écarter la division d'une obligation matériellement divisible, telle une obligation de payer une somme d'argent. En effet, en cas de pluralité de débiteurs, le créancier peut demander le paiement intégral à n'importe lequel de ses débiteurs (C. civ., art. 1320, al. 2). Chacun d'eux est alors le garant de l'insolvabilité des autres. La garantie joue donc en raison de la pluralité de liens d'obligation et de l'absence de divisibilité de l'obligation. L'intérêt majeur de l'indivisibilité, est que, à la différence de la solidarité passive, les héritiers d'un débiteur à prestation indivisible sont, au décès de celui-ci, tenus pour le tout (C. civ., art. 1320, al. 3), ce qui accroît pour le créancier la probabilité d'être payé. Quant à la délégation simple, la garantie résulte de l'adjonction d'un nouveau débiteur, lorsque le délégué est débiteur du déléguant, mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette (C. civ., art. 1338). L'effet de garantie procède de l'opération réalisée par la délégation.

À la différence de ces garanties, les sûretés ne sont pas inhérentes à l'opération juridique envisagée ou à la situation juridique considérée. Elles ne

découlent pas du rapport d'obligation. Elles s'y attachent par une source distincte, à savoir la loi, une décision de justice ou un contrat. Elles procurent au créancier un avantage dont il n'aurait pas bénéficié sans l'intervention du législateur, du juge ou sans un accord spécial des parties. L'avantage est procuré au créancier en considération du lien d'obligation tissé entre le créancier et le débiteur. Il en est ainsi du cautionnement, de la garantie autonome et de la lettre d'intention qui consistent toutes dans l'ajout à l'obligation principale d'un engagement pris par le garant. Cet engagement est toujours pris en considération de l'obligation principale, mais distinctement de celle-ci. Il s'agit alors de payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci (C. civ., art. 2288), de verser une somme d'argent à première demande ou suivant des modalités convenues (C. civ., art. 2321, al. 1) ou encore d'apporter son soutien au débiteur dans l'exécution de son obligation (C. civ., art. 2322). Il en va de même du gage, du nantissement ou de l'hypothèque qui consistent à affecter certains types de biens en garantie d'une dette en vue d'assurer le paiement du créancier, donc de faire en sorte que la relation nouée entre lui et le débiteur, trouve une issue positive au moyen d'une garantie distincte du lien d'obligation. Les sûretés ont donc toujours la même finalité : assurer la satisfaction du créancier en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation.

Ces sûretés, envisagées au sens technique du terme, doivent être distinguées des «sûretés négatives», dont l'appellation est trompeuse. Les «sûretés négatives» désignent les clauses contractuelles par lesquelles un créancier obtient de son débiteur qu'il limite sa liberté d'action ou qu'il s'astreigne à le renseigner sur sa situation patrimoniale. Le débiteur peut par exemple octroyer au créancier un droit de véto concernant la vente, la location ou la constitution d'un droit réel sur l'un de ses biens. Il peut aussi s'engager à domicilier ses salaires auprès d'une banque déterminée. Ces engagements ne sont pas à proprement parler des sûretés, car ils n'ont pas pour finalité la garantie du paiement de la dette principale. Ils ne protègent qu'indirectement le créancier contre l'insolvabilité de son débiteur.

B. Sûreté et privilège

Au sens large, «sûreté» et «privilège» peuvent être tenus pour synonymes. En effet, un créancier muni d'une ou de plusieurs sûretés est assurément placé dans une situation privilégiée par rapport aux créanciers chirographaires. Le terme de «privilège» désigne le droit qui appartient à un créancier d'être payé sur le prix de vente d'un ou de plusieurs biens du débiteur par préférence à d'autres créanciers (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, 14^e éd., Quadrige, 2022, V^o *privilège*, 1 a/). Sous cette acception large, le privilège renvoie à un droit d'être payé en priorité qui bénéficie aux créanciers muni de sûretés et qui peut avoir une origine légale, judiciaire ou conventionnelle.

Au sens strict, le privilège se définit comme la sûreté accordée par la loi à certains créanciers en raison de la qualité de leur créance. Il en est ainsi notamment du privilège des frais de justice, des priviléges des salaires, de celui du Trésor public et de la sécurité sociale, de celui du bailleur ou encore de celui du vendeur d'immeuble. La hiérarchie qu'établit le législateur entre ces sûretés, et plus généralement la préférence qu'il accorde à certains créanciers par rapport à d'autres, est la traduction de choix politiques montrant la volonté de privilégier certains créanciers par rapport à d'autres.

En définitive, on peut retenir que si tous les priviléges sont des sûretés, toutes les sûretés ne sont pas des priviléges au sens strict.

Section 2. Évolution

Le droit des sûretés est un droit qui s'est fortement enrichi par la pratique, en particulier celle des affaires. À la recherche de sûretés toujours plus efficaces, les créanciers ont déployé des trésors d'imagination afin de mettre en place des sûretés adaptées à leurs besoins. Des adaptations des sûretés ont donc pu être constatées (A) avant qu'une réforme de la matière ne soit rendue nécessaire (B).

§1. Des adaptations constatées

Les dispositions du Code civil n'ayant pas toujours été adaptées aux besoins des créanciers, ces derniers ont imaginé au fil du temps de nouvelles sûretés, contribuant à la diversification de la matière.

Le Code civil de 1804 connaissait le cautionnement comme seule sûreté personnelle, mais l'inventivité des créanciers a permis l'émergence de nouvelles sûretés personnelles, comme la garantie autonome ou la lettre d'intention. Née de la pratique bancaire étrangère, en particulier allemande, suisse et anglo-saxonne, la garantie autonome a intégré progressivement le droit positif sous l'impulsion d'abord de la jurisprudence puis de la loi. En raison de sa grande efficacité, cette sûreté s'est révélée très prisée dans les relations d'affaires internationales. Elle a ensuite été de plus en plus fréquemment utilisée dans les relations d'affaires internes. La lettre d'intention est, elle aussi, née de la pratique des affaires à l'étranger et s'est par la suite diffusée au niveau interne pour enfin être consacrée en 2006 par le législateur. Ces différents engagements peuvent s'analyser comme des alternatives au cautionnement, perçues comme étant moins contraignantes que celui-ci.

Le Code civil de 1804, rédigé en contemplation d'une France rurale, attachée à la propriété foncière, accordait une large place à l'hypothèque qui était

réputée procurer une sécurité quasi parfaite. L'antichrèse, le gage et les priviléges n'étaient pas non plus délaissés par le législateur qui leur accordait des développements relativement conséquents. Le développement de l'incorporel a favorisé l'émergence de nouveaux biens et donc la création de nouvelles sûretés réelles. Le nantissement de biens incorporels s'est ainsi considérablement développé, la pratique bancaire ayant créé notamment des modes simplifiés de nantissement de créances. Initialement, le nantissement de biens incorporels ne faisait pas l'objet d'une réglementation spécifique, hormis la présence de quelques textes épars dans les anciens articles 2075 et 2081 du Code civil. Son régime était aligné de manière générale sur celui du gage de meubles corporels. Depuis, ses applications sont très diverses (nantissement de créances de droit commun, nantissement de droits sociaux, nantissement de fonds de commerce, etc.) et les règles particulières se sont multipliées, ce qui n'aide pas toujours à la compréhension des mécanismes. Des techniques issues du droit des biens ont également été mobilisées pour sécuriser le paiement. La propriété peut effectivement être affectée en garantie du paiement comme le montre la clause de réserve de propriété, le crédit-bail ou la fiducie.

La diversification des sûretés, poussée par la pratique, et à laquelle s'ajoute la dispersion des textes réglementant la matière a pu donner l'impression d'un grand désordre requérant l'intervention du législateur. Une réforme d'ampleur était donc devenue nécessaire.

§2. Une réforme nécessaire

Afin de moderniser le droit des sûretés et de le rendre plus attractif, une première réforme a été entreprise.

En juillet 2003, un groupe de travail présidé par le Professeur Michel Grimaldi a été chargé par le garde des Sceaux de réfléchir à une refonte d'ensemble de la matière. Un rapport a été remis à ce dernier en mars 2005. Pour cette réforme, le Gouvernement n'a obtenu qu'une habilitation partielle l'autorisant uniquement à réformer les sûretés réelles et à introduire dans le Code civil la garantie autonome et la lettre d'intention. L'ordonnance est rendue le 23 mars 2006. Elle entre en vigueur deux jours plus tard et est ratifiée par la loi n° 2007-212 du 20 février 2007.

Les apports de cette réforme sont remarquables : création dans le Code civil d'un Livre IV dédié aux sûretés personnelles et réelles, intégration dans le code du droit de rétention, de la garantie autonome et de la lettre d'intention, admission du gage sans dépossession de droit commun, reconnaissance et généralisation du pacte commissoire, création de l'hypothèque rechargeable, intégration dans le code des dispositions relatives au régime de la clause de réserve de propriété, généralisation de la possibilité de nantir un meuble incorporel, modernisation du nantissement de créance, etc.

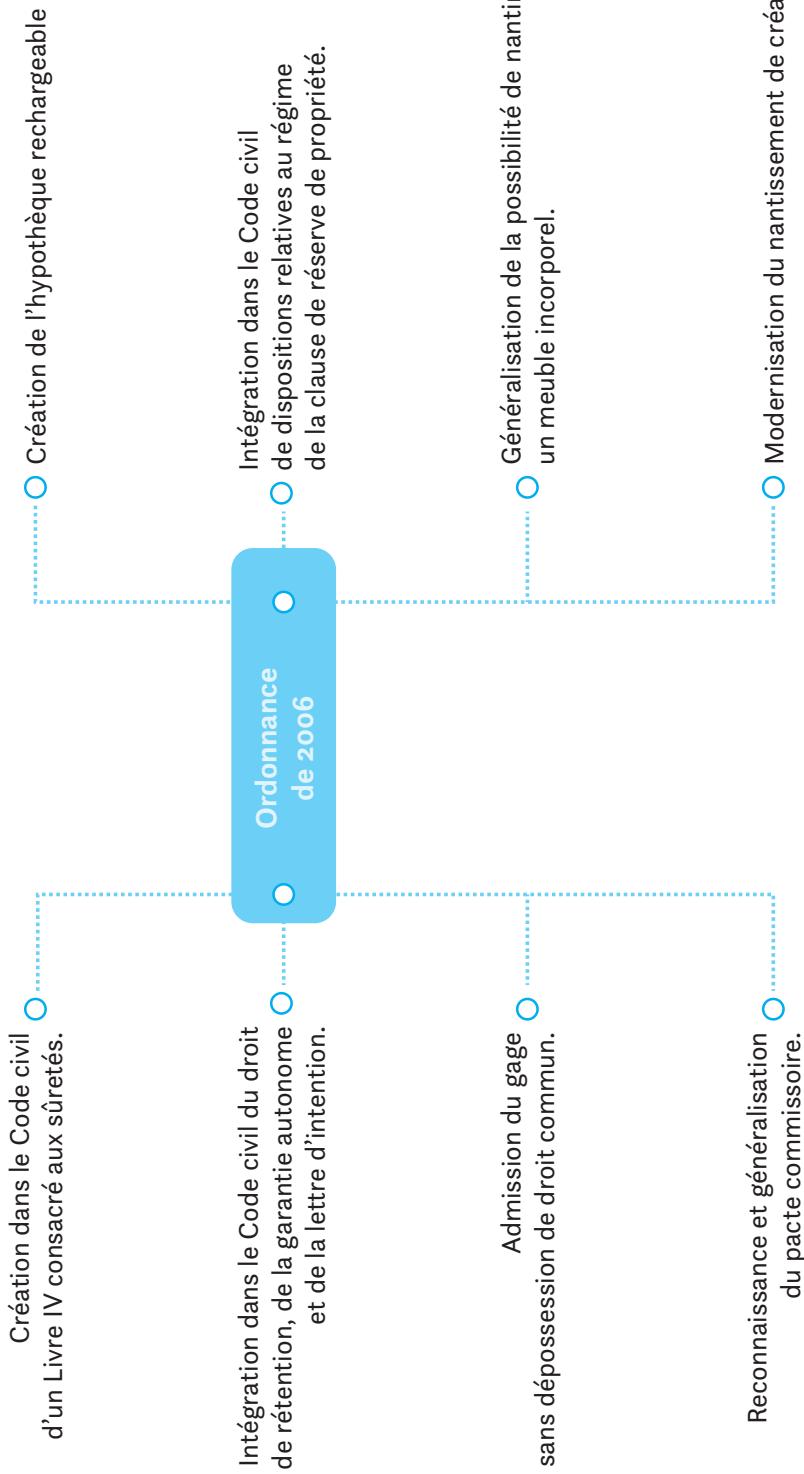
Cependant, aussi remarquable qu'a été cette réforme, elle s'est révélée incomplète et a manqué parfois de clarté. En effet, le cautionnement, les priviléges et la fiducie n'ont, à l'époque, pas été réformés. En ce qui concerne la fiducie, sa consécration vient de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 avant que l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 ne vienne préciser le régime juridique de la fiducie-sûreté. Quant au cautionnement et aux priviléges, ils ont longtemps été ignorés par le législateur. En outre, cette réforme de 2006 a laissé certaines zones d'ombre comme celle portant sur la nature du droit du créancier nanti.

Une seconde réforme a été entreprise afin de parachever le travail commencé quinze ans plus tôt, l'objectif étant de rendre le droit des sûretés plus simple, plus lisible, plus efficace et plus attractif.

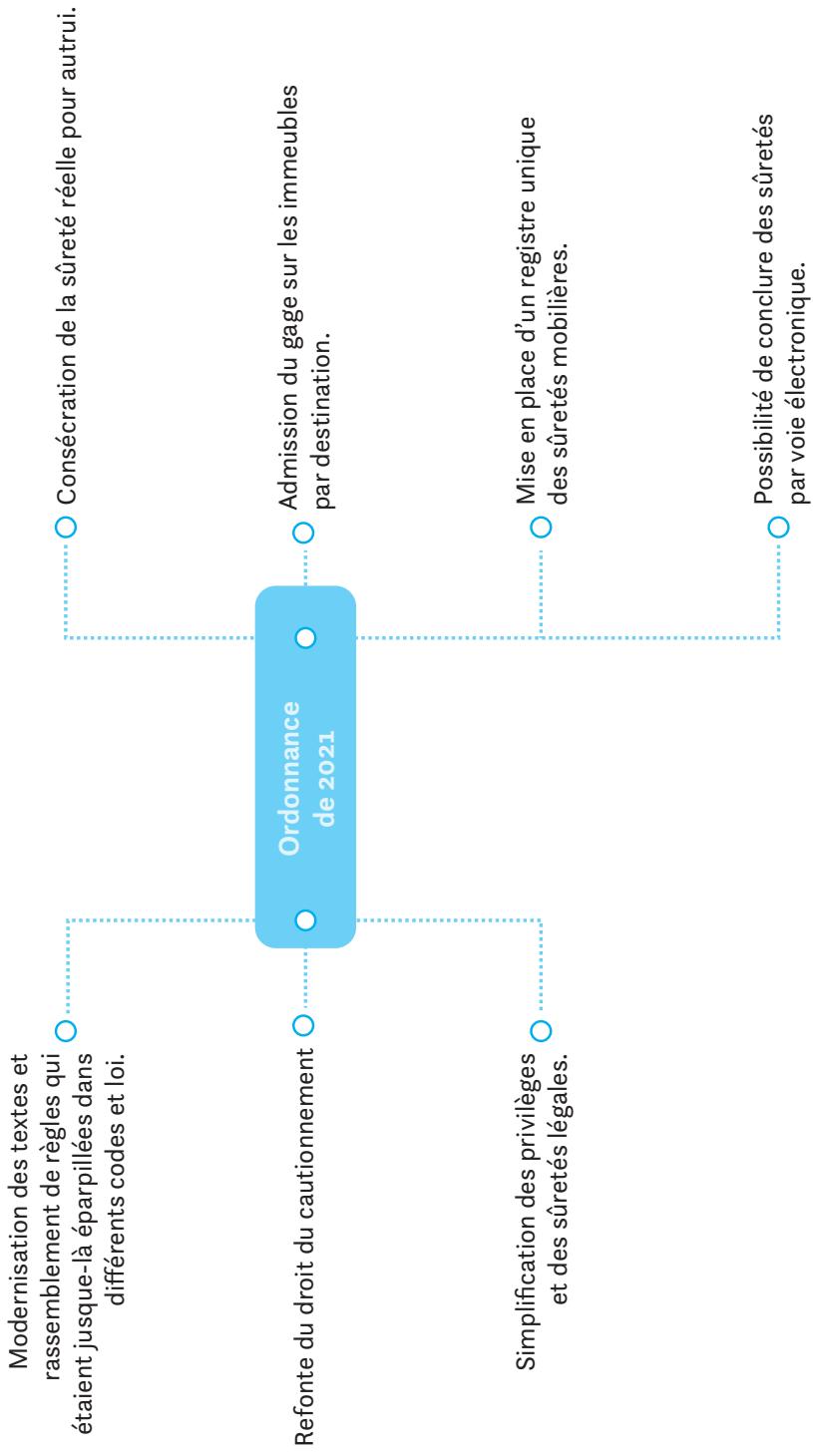
Un nouveau groupe de travail a ainsi été mis en place sous l'égide de l'Association Capitant et a été présidé, une nouvelle fois, par le Professeur Michel Grimaldi. Le groupe de travail a remis ses travaux au garde des Sceaux en septembre 2017. Deux consultations publiques se sont ensuite tenues, ce qui a permis d'enrichir le projet de texte pour finalement aboutir à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021. Pour que cette réforme puisse être menée à bien, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite «*loi Pacte*» avait habilité le Gouvernement à réformer largement le droit des sûretés par voie d'ordonnance.

Dans le cadre de cette seconde réforme, il a été procédé à une modernisation des textes et au rassemblement de règles qui étaient jusque-là éparpillées au sein de différents codes et lois. Il est par exemple prévu maintenant qu'un seul texte traite de l'information que le bénéficiaire d'un cautionnement peut être tenu de donner chaque année à la caution sur l'évolution de la dette principale, alors que trois textes différents coexistaient auparavant. Toujours dans ce mouvement de modernisation, le droit du cautionnement a été complètement refondu. Les priviléges et les sûretés légales ont, quant à elles, été simplifiées grâce notamment à l'abrogation de dispositions inutiles ou obsolètes. Le législateur a également procédé à plusieurs innovations. La première est sans doute celle tenant à la consécration de la sûreté réelle pour autrui, qui bien que n'étant pas formellement qualifiée de cautionnement pour autrui se voit appliquer certaines règles protectrices de la caution. Une autre innovation du législateur a été de prévoir que le gage peut désormais porter sur les immeubles par destination, ce qui est censé aider au financement des infrastructures. Dans un souci de simplification, est prévue la mise en place d'un registre unique des sûretés mobilières. Afin de permettre aux entreprises de poursuivre leur transformation numérique et de pouvoir réaliser d'importantes économies, la réforme prévoit encore que toutes les sûretés peuvent maintenant être conclues par voie électronique. Le législateur n'a pas ménagé ses efforts et la liste des apports de la réforme n'est pas exhaustive.

Carte mentale 1. De quelques grands apports de la réforme de 2006



Carte mentale 2. De quelques grands apports de la réforme de 2021



Section 3. Typologie

Les sûretés peuvent être classées selon leur source, qu'elle soit légale, judiciaire ou conventionnelle (A). Elles peuvent aussi être classées selon leur caractère personnel ou réel (B).

§1. Sûretés légales, judiciaires ou conventionnelles

Les sûretés légales sont celles que la loi reconnaît à certains créanciers. Il en est ainsi des priviléges et des hypothèques légales dont bénéficient certains créanciers, comme le Trésor public ou les salariés pour les premiers ou encore le vendeur d'immeuble ou le prêteur de deniers pour les secondes. Comme on l'a vu, ces sûretés révèlent un choix politique du législateur de privilégier des créanciers par rapport à d'autres, en instaurant une hiérarchie entre eux. La caractéristique des sûretés légales est d'être toujours des sûretés réelles préférentielles, à savoir des sûretés qui octroient à leur titulaire le droit d'être payé par priorité aux autres créanciers sur la valeur du bien. Les sûretés légales ne sont donc pas des sûretés exclusives, qui confèrent à leur titulaire une exclusivité sur un bien, comme cela est le cas de la propriété cédée ou retenue à titre de garantie, qui est censée éviter le concours avec d'autres créanciers. Cette distinction entre les sûretés préférentielles et les sûretés exclusives doit toutefois être relativisée. L'hypothèque légale, par exemple, qui est qualifiée de sûreté préférentielle, offre à son titulaire une faculté d'attribution judiciaire de l'immeuble qui en est grevé.

Les sûretés judiciaires sont celles qui sont issues d'une décision de justice. Elles s'analysent généralement en tant que mesures conservatoires, car elles tendent à protéger le créancier, qui n'a pas encore de titre exécutoire, du péril pesant sur le recouvrement de sa créance (CPCE, art. L. 531-1 et s.). Leur particularité est de faire bénéficier le créancier d'un droit de préférence et d'un droit de suite sur le bien du débiteur qui en est grevé. Elles peuvent porter sur un immeuble, un fonds de commerce, des parts sociales ou des valeurs mobilières (CPCE, art. L. 531-1).

Les sûretés conventionnelles, enfin, sont celles qui sont issues de la rencontre des volontés du créancier et du constituant. Le créancier peut, en effet, obtenir la constitution d'une sûreté par le débiteur lui-même ou par un tiers. Si les sûretés réelles peuvent trouver leur source dans la loi, une décision de justice ou une convention, tel n'est pas le cas des sûretés personnelles. En effet, le garant doit s'engager personnellement. La source de sûretés personnelles est donc conventionnelle.

§2. Sûretés personnelles et réelles

Une autre manière de présenter les sûretés est de les qualifier selon leur nature personnelle ou réelle, autrement dit selon qu'elles impliquent l'intervention d'un garant ou l'affectation d'un ou plusieurs biens en garantie d'une dette.

La liste des sûretés personnelles traitées par le Code civil est dressée par l'article 2287-1 de ce code. Le cautionnement est sans nul doute la première de ces sûretés, en raison de son ancienneté et des nombreux développements que lui consacre le législateur par rapport à ses deux petites sœurs que sont la garantie autonome et la lettre d'intention. Les sûretés personnelles peuvent être accessoires. Il en est ainsi du cautionnement. La caution doit, en effet, payer, en tout ou en partie, la dette du débiteur principal s'il ne paye pas lui-même. Les sûretés personnelles peuvent encore être autonomes. Tel est le cas, comme son nom l'indique, de la garantie autonome puisque le garant doit accomplir une prestation différente de l'obligation principale, ce garant n'ayant pas à exécuter l'obligation du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. Les sûretés personnelles peuvent enfin être indemnitaires. Elles tendent alors à réparer le préjudice qui est subi par le créancier et qui résulte de l'inexécution par le débiteur de ses obligations. Intègrent cette catégorie la lettre d'intention et le porte-fort d'exécution, ce dernier bien que relevant du Code civil n'est pas régi par des dispositions du Livre IV.

Les sûretés réelles sont, quant à elles, plus nombreuses que les sûretés personnelles et peuvent être classées en sous-catégories.

La première classification conduit à distinguer les sûretés mobilières et les sûretés immobilières, selon la nature du bien sur lesquelles elles portent. Cette classification permet de regrouper un maximum de sûretés réelles par rapport aux autres classifications envisagées. Les sûretés mobilières regroupent le gage de meubles corporels, le nantissement et les priviléges mobiliers. Les sûretés immobilières regroupent l'hypothèque, l'antichrèse renommée «*gage immobilier*» et les priviléges immobiliers. Pour ce qui est de la propriété cédée ou retenue à titre de garantie, bien que classée dans le Code civil parmi les sûretés sur les meubles, rien n'interdit que ce type de sûreté porte sur des immeubles.

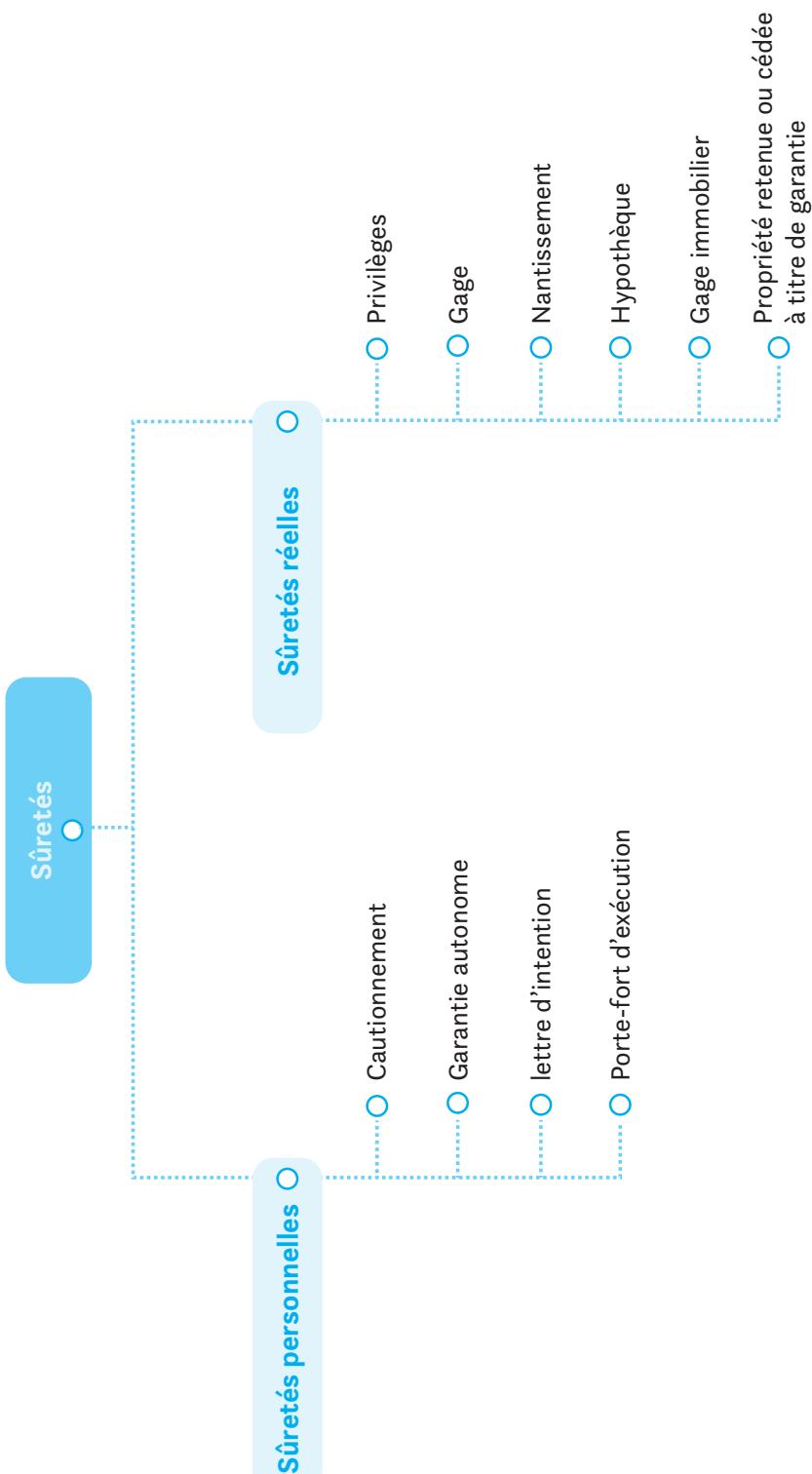
Une deuxième classification consiste à distinguer les sûretés réelles selon qu'elles sont avec ou sans dépossession. Le type même de sûreté réelle sans dépossession est l'hypothèque. Dans le Code civil de 1804, la sûreté réelle avec dépossession était le gage. Mais depuis la réforme de 2006, le législateur a admis que le gage de meubles pouvait se faire sans dépossession.

Une autre distinction oppose encore les sûretés générales et les sûretés spéciales, autrement dit les sûretés dont l'assiette porte sur un ensemble de

biens et celles qui portent sur des biens déterminés. Cette classification conduit à opposer en particulier les priviléges généraux et les priviléges spéciaux.

Une dernière classification peut enfin être faite. Elle oppose les sûretés constitutives d'un droit de préférence comme les priviléges et l'hypothèque et celles constitutives d'un droit exclusif sur le bien grevé par l'octroi au créancier d'un droit de propriété, comme la réserve de propriété, la fiducie-sûreté ou le crédit-bail.

Carte mentale 3. Sûretés personnelles et sûretés réelles dans le Code civil



Cette classification générale entre sûretés personnelles et sûretés réelles peut parfois poser question, car la différence n'est pas toujours très nette entre ces deux catégories. Il a été soutenu qu'existerait entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles, une troisième catégorie regroupant des sûretés mixtes ou hybrides. Le débat a porté sur le nantissement de créance qui a pour objet une créance qui est un droit personnel. La difficulté peut être contournée par la qualification de la créance comme bien. Plus vifs ont été les débats portant sur la qualification juridique à retenir lorsqu'une personne consent une sûreté réelle, non pour garantir sa propre dette, mais pour garantir celle d'un tiers. Si les termes de «*cautionnement réel*» et «*cautionnement hypothécaire*» ont pu être avancés, la Cour de cassation puis le législateur se sont refusés à retenir cette qualification pour désigner la sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers (Ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03.18.210), quand bien même cette sûreté se verrait appliquer certaines règles protectrices de la caution (C. civ., art. 2325). Il reste que cette classification a pour mérite de permettre une présentation et une étude claires et précises des sûretés. Il s'agit d'ailleurs de la présentation suivie par le Code civil dans son Livre IV. C'est cette présentation que nous suivrons dans le présent ouvrage, ce qui nous conduira à étudier successivement les sûretés personnelles (Partie 1), les sûretés réelles (Partie 2) mais aussi l'agent des sûretés qui fait l'objet de dispositions spécifiques (Partie 3).

Partie 1

Les sûretés personnelles

Les sûretés personnelles consistent à ajouter à l'engagement du débiteur principal, celui d'un garant, qui n'a pas à supporter définitivement le paiement de la dette. Plus précisément, on entend par sûreté personnelle l'engagement pris par un tiers à l'obligation principale offrant un droit de poursuite supplémentaire au créancier, qui pourra alors agir contre le débiteur, mais aussi, le cas échéant, contre le tiers garant, ce dernier disposant d'un recours contre le débiteur principal qui doit, à la fin, supporter seul la dette.

À partir de cette définition, plusieurs tentatives de classification des sûretés personnelles ont été entreprises sans qu'aucune de ces tentatives n'ait emporté l'adhésion unanime des auteurs. Si une classification bipartite opposant les sûretés personnelles accessoires aux sûretés personnelles indépendantes est parfois envisagée en doctrine, d'autres distinguent trois types de sûretés personnelles selon qu'elles ont un caractère accessoire, autonome ou indemnitaire. C'est le parti qui sera pris ici. Seront donc envisagés successivement le cautionnement (Chapitre 1), la garantie autonome (Chapitre 2) et les garanties indemnитaires (Chapitre 3).

Chapitre 1

Le cautionnement

Le cautionnement est actuellement défini à l'article 2288 du Code civil 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*». Le cautionnement est donc un contrat qui est conclu entre le créancier et la caution. Ce contrat s'inscrit dans une opération triangulaire où sont tissés au moins deux liens d'obligation. Dans la mesure où il ne saurait y avoir de cautionnement sans dette à garantir, il faut d'abord une «*dette du débiteur*». Autrement dit, ce dernier doit être tenu d'une obligation à l'égard d'un créancier. On parle alors d'*«obligation principale»*. C'est en considération de cette obligation principale que la caution s'engage, ensuite, à l'égard du créancier. La caution s'oblige, selon les termes de la loi, à payer le créancier si le débiteur n'exécute pas son obligation. Le terme «*payer*» employé à l'article 2288 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021 a été contesté en raison de sa connotation monétaire. La critique doit être surmontée, car le paiement est défini, techniquement, comme l'exécution d'une obligation, quel que soit l'objet de celle-ci (*G. Cornu, op. cit., V° paiement, 2*). Il peut donc s'appliquer à toutes sortes d'obligations, monétaires ou non. Enfin, un lien d'obligation peut exister entre la caution et le débiteur. Dans certains cas, la caution s'engage en raison de l'existence d'un contrat préalablement conclu avec le débiteur. Tel est le cas de la caution professionnelle (banque, compagnie d'assurances, société de caution mutuelle) qui est rémunérée pour le service fourni au débiteur. Dans d'autres cas, la caution s'engage sans qu'aucune obligation ne la lie au débiteur. Il en est ainsi du cautionnement conclu pour rendre un service d'ami au débiteur. Quelle que soit la raison pour laquelle la caution s'engage, cette dernière se voit offrir par la loi divers recours contre le débiteur qui doit supporter seul le poids définitif de la dette. De par sa position dans le livre du Code civil consacré aux sûretés, et la place qu'il occupe dans la littérature juridique, le cautionnement est classiquement présenté comme la reine des sûretés personnelles, ce que son histoire et son essor permettent de vérifier.

Le cautionnement puise ses racines dans le droit romain. À l'origine, un créancier pouvait garder en otage le débiteur défaillant ou récalcitrant jusqu'à ce qu'il soit payé de sa créance. Mais en raison de l'efficacité relative de cette forme de pression exercée sur le débiteur et ses proches, d'autres techniques ont vu le jour. Service rendu entre proches, c'est-à-dire entre personnes qui se connaissent et qui se font confiance, la *sponsio* permettait au créancier de demander au *sponsor* comme au débiteur principal la totalité du paiement. Par la suite, une autre technique a été inventée : la *fidejussio*. L'engagement du fidéjusseur avait pour particularité d'être accessoire à l'obligation principale. Le fidéjusseur garantissait au créancier le paiement de ce que le débiteur principal ne pouvait pas payer. Le fidéjusseur s'engageait donc en considération de l'obligation principale mais ne s'engageait pas au-delà. Une autre technique, le *mandatum creditae pecuniae*, a également vu le jour. Un mandant (la caution) donnait l'ordre au mandataire (le créancier) de faire crédit au débiteur principal. Ces techniques ont un temps été oubliées après la chute de l'Empire romain, pour être remplacées par d'autres comme la plègerie dont l'une des applications permettait au plège de s'engager à payer à la place du débiteur. Ces techniques romaines ont été plus tard redécouvertes sous l'Ancien droit et sous le droit canonique. Elles ont ensuite inspiré les rédacteurs du Code Napoléon.

Dans le Code civil de 1804, le cautionnement fait figure de « *petit contrat* » à côté de la vente ou du louage. À une époque où la richesse est avant tout foncière, ce sont surtout les sûretés réelles, et en particulier l'hypothèque, qui occupent une place centrale dans le droit des sûretés. Le cautionnement est alors envisagé avant tout comme un service d'ami ou un contrat de bienfaisance. Cela n'est plus le cas aujourd'hui. Le cautionnement, en effet, peut être intéressé. Tel est le cas du dirigeant d'une société qui se porte caution pour celle-ci, autrement dit qui garantit le paiement des dettes de la société afin d'obtenir un crédit de la part d'une banque. Le cautionnement peut aussi être professionnel. Tel est le cas d'une banque qui, contre rémunération, se porte caution pour l'un de ses clients vis-à-vis de l'un de ses créanciers. Cette diversification du recours au cautionnement, intervenue à partir des années 1950, a pour conséquence de faire du cautionnement une sûreté incontournable.

L'essor qu'a connu le cautionnement est tel qu'il s'est imposé comme un rouage de l'activité économique. Le crédit octroyé aux industriels, aux commerçants ou aux consommateurs passe par la constitution de sûretés. Par les avantages qu'il procure, le cautionnement est une sûreté attractive. Il est simple de constitution, non formaliste, peu coûteux. Il n'épuise pas le crédit du débiteur. Il protège efficacement le créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur, et en particulier contre les effets de l'ouverture éventuelle d'une procédure collective ou d'une procédure de surendettement des particuliers dont ce dernier pourrait être l'objet. Enfin, la nature des liens (familiaux,

amicaux ou d'affaires) existants entre la caution et le débiteur principal peut inciter ce dernier à s'exécuter afin d'éviter à la caution d'avoir à payer.

Depuis 1804 et jusqu'à l'ordonnance du 15 septembre 2021, les textes du Code civil relatifs au cautionnement ont, pour l'essentiel, assez peu changé. Le droit du cautionnement s'est, en revanche, déployé dans d'autres codes, en particulier dans le Code de la consommation, dans le Code de commerce et dans le Code monétaire et financier. Il s'est aussi déployé dans la jurisprudence où le contentieux est foisonnant. La conséquence est la constitution d'un droit complexe et éclaté. L'ordonnance du 15 septembre 2021 a donc eu pour objectif, notamment, de réformer le droit du cautionnement afin de rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique. La réécriture du chapitre du Code civil relatif au cautionnement aboutit à une refonte du droit commun du cautionnement. Toutefois, cette réécriture ne marque pas de rupture nette avec le droit antérieur. À ce titre, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 expose qu'il résulte de la réforme une simplification des règles du droit du cautionnement, une abrogation de dispositions qui figuraient jusque-là dans différents codes, leur insertion dans le Code civil, et plus généralement une clarification des notions et des précisions apportées aux textes en vigueur. La réforme réalise une cure d'aménagement du droit du cautionnement en réduisant le nombre de textes qui lui sont consacrés dans le Code civil et en dehors.

Le chapitre du Code civil sur le cautionnement a vu son plan remodelé avec la réforme de 2021. Celui-ci comprend aujourd'hui quatre sections. Une première est consacrée aux dispositions générales de la matière (Section 1), une deuxième traite de la formation du cautionnement (Section 2), une troisième est relative aux effets du cautionnement (Section 3) et une quatrième s'attache à l'extinction du cautionnement (Section 4).

Section 1. Dispositions générales

Les dispositions générales du Code civil relatives au cautionnement permettent d'en identifier les caractères (§1) et de dresser une typologie des cautionnements (§2).

§1. Caractères du cautionnement

Des articles 2288 et suivants du Code civil, peuvent être déduits le caractère accessoire du cautionnement (A) ainsi que ses autres caractères (B).

A. Le caractère accessoire

La grande particularité du cautionnement réside dans son caractère accessoire. Ce caractère peut être déduit de l'article 2288 du Code civil qui retient que la caution s'oblige à payer la dette d'un autre si cet autre est défaillant. Dans la mesure où la caution s'oblige à payer ce que doit le débiteur lorsque celui-ci n'exécute pas son obligation, l'engagement de la caution vis-à-vis du créancier est nécessairement pris en considération de l'obligation principale. Il permet au créancier de bénéficier d'un nouveau droit de poursuite distinct de celui qu'il a déjà contre le débiteur. Cet engagement de la caution a pour objet la dette du débiteur, car la caution s'oblige à payer tout ou partie de ce que le débiteur n'a pas payé. L'engagement de la caution vis-à-vis du créancier est donc étroitement lié à celui du débiteur principal à l'égard de ce même créancier. Plus encore, l'engagement de la caution, quoique distinct de celui du débiteur, est placé sous la dépendance de l'obligation principale.

Les manifestations du caractère accessoire du cautionnement sont nombreuses. Subordonné à l'obligation principale, le cautionnement voit son existence liée à elle. Ainsi, un cautionnement ne peut exister que si l'obligation principale est valable (C. civ., art. 2293, al. 1). L'inexistence, la nullité, la résolution ou l'extinction de l'obligation principale entraînent l'extinction du cautionnement et la libération de la caution. La Cour de cassation a jugé, à ce titre, que même après avoir été définitivement condamnée en justice, la caution peut opposer au créancier l'extinction de sa créance pour une cause postérieure à la décision de condamnation (Com., 5 déc. 1995, n° 94-14.793). Le caractère accessoire du cautionnement se manifeste également quant à l'étendue de l'engagement de la caution. L'engagement de la caution est pris en considération de l'obligation principale, ce qui signifie que la caution ne peut pas s'engager au-delà de ce que doit le débiteur. Cet engagement « *ne peut excéder ce que doit le débiteur, ni être contracté dans des conditions plus onéreuses* » (C. civ., art 2296, al. 1). En revanche, rien n'interdit à la caution de limiter son engagement par rapport à celui du débiteur. Le caractère accessoire du cautionnement se manifeste encore quant aux modalités de l'engagement de la caution. L'obligation de cette dernière est affectée par toutes les modalités de l'engagement du débiteur à l'égard du créancier. Le caractère accessoire du cautionnement exclut, par exemple, que la caution puisse être poursuivie par le créancier lorsque la dette n'est pas encore exigible. Enfin, parce que l'obligation de la caution dépend de l'obligation du débiteur, la caution peut, en principe, opposer au créancier toutes les exceptions que peut opposer le débiteur au créancier, que ces exceptions soient personnelles ou inhérentes à la dette (C. civ., art. 2298, al. 1).

L'unicité de la dette qu'implique le caractère accessoire du cautionnement ne veut pas dire que l'engagement de la caution est exactement le même que celui du débiteur. Certes l'objet de l'obligation de la caution correspond en tout

ou partie à celle du débiteur. Mais le cautionnement a une existence qui lui est propre. Dans la mesure où la caution s'engage personnellement à l'égard du créancier, ce dernier bénéficie d'un droit de poursuite supplémentaire, différent de celui qu'elle peut exercer contre le débiteur. La doctrine évoque à ce sujet l'autonomie du droit de poursuite du créancier contre la caution. Il en résulte que le cautionnement est soumis à des règles spécifiques, différentes de celles appliquées à l'obligation principale. L'article 2298, alinéa 2, du Code civil dispose, à ce titre, que «*la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire*». Par exemple, si un délai de grâce a été accordé au débiteur par le juge en vertu de l'article 1343-5 du Code civil, ce délai de grâce ne profite pas à la caution, sauf exception (par ex., C. com, art. L. 611-10-2). Dans un tel cas, la dette du débiteur est exigible et le débiteur est défaillant. Or, c'est la raison d'être de la caution de permettre, lorsque la dette est exigible, la satisfaction du créancier en cas de défaillance du débiteur. Le raisonnement peut s'appliquer dans d'autres hypothèses, comme en matière d'arrêt ou de suspension des poursuites contre le débiteur dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective. Dans la mesure où la caution s'est engagée à se substituer au débiteur défaillant, on peut logiquement penser que la caution ne peut pas se prévaloir de la suspension ou de l'arrêt des poursuites contre lui. La Cour de cassation a fait sienne cette analyse (par ex.: Com., 16 fevr. 1993, n° 90-19.979; Civ. 1^{re}, 31 mars 1998, n° 96-16.637), mais une loi du 10 juin 1994 puis une autre du 26 juillet 2005 sont venues protéger les cautions personnes physiques en alignant leur situation sur celle du débiteur (V. C. com., anc. art. L. 622-48 et art. L. 622-28 et L. 631-14). Par ailleurs, l'autonomie du droit de poursuite du créancier explique certaines spécificités affectant l'action que ce dernier exerce contre la caution. Si l'extinction de l'obligation principale emporte extinction de l'obligation de la caution, il est possible que l'action contre la caution soit prescrite, mais pas celle contre le débiteur. Tel est le cas lorsque la caution et le créancier se sont mis d'accord pour abréger le délai de prescription (C. civ., art. 2254) et ont fait en sorte que la caution soit tenue moins longtemps que le débiteur. Le fait que l'engagement de la caution soit distinct de celui du débiteur explique encore que le contrat de cautionnement puisse se voir appliquer des règles de compétence juridictionnelle différentes (par ex.: CA Paris, 10 nov. 1993, JCP G. 1994. II. 22314; Com., 15 mai 1984, n° 83-12.502, n° 164) ou être soumise à une autre loi applicable (par ex.: Civ. 1^{re}, 16 sept. 2015, n° 14-10.373).

Le caractère accessoire du cautionnement est classiquement présenté comme le critère distinguant le cautionnement des autres sûretés personnelles. La qualification de cautionnement sera ainsi retenue toutes les fois qu'un garant s'oblige à payer la dette du débiteur lorsque celui-ci est défaillant. La qualification retenue sera, en revanche, toute autre, si l'engagement du garant n'est pas accessoire à l'obligation du débiteur.

B. Les autres caractères

Si le cautionnement est accessoire à l'obligation principale, il est aussi subsidiaire (1), consensuel (2), unilatéral (3) et à titre onéreux (4).

1. Le caractère subsidiaire

Est subsidiaire ce qui est destiné à suppléer ce qui viendrait à faire défaut (*Trésor de la langue française informatisé*, V^e *subsidiaire*) ou encore «ce qui a vocation à venir en second lieu pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut» (G. Cornu, *op. cit.*, V^e *subsidiaire*, 1). Le cautionnement a un caractère subsidiaire puisqu'il tend à pallier l'insatisfaction du créancier imputable au débiteur. C'est précisément ce que dit l'article 2288 du Code civil : la caution s'engage à payer ce que doit le débiteur, en cas de «*défaillance de celui-ci*». Dans l'ordre normal des choses, il revient au débiteur de payer le créancier et ce n'est qu'en cas d'inexécution par le débiteur de l'obligation principale que la caution est amenée à intervenir. Cette dernière n'est donc pas placée au même niveau que le débiteur. Elle ne doit payer que si le débiteur ne le fait pas. L'hypothèse du cautionnement simple montre également le caractère subsidiaire de l'engagement de la caution, car la caution peut alors opposer au créancier le bénéfice de discussion, qui lui permet de le forcer à essayer de se faire payer d'abord par le débiteur avant de s'adresser à elle. Il est aussi parfois soutenu que le cautionnement a un caractère subsidiaire dans la mesure où la caution n'a pas à supporter définitivement la dette. Celle-ci ne s'est engagée qu'en soutien du débiteur de l'obligation principale. Enfin, un argument d'ordre psychologique a aussi pu être avancé. Le caractère subsidiaire du cautionnement serait présent dans l'esprit de chacun des protagonistes du cautionnement. La caution est généralement considérée par le créancier comme un débiteur de secours ; la caution, elle, s'engage sans nécessairement avoir nécessairement à l'esprit qu'elle s'expose à des poursuites de la part du créancier ; le débiteur principal, quant à lui, fournit une caution parce que le créancier l'exige, mais espère éviter les difficultés et s'acquitter lui-même de sa dette.

En dépit de ces arguments, certains auteurs estiment que le cautionnement n'est pas subsidiaire. Selon eux, le créancier peut toujours poursuivre la caution en premier ou en même temps que le débiteur et ce n'est finalement que dans le cautionnement simple que la caution dispose du bénéfice de discussion (M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Péteil, *Droit des sûretés*, 11^e éd., LexisNexis, 2022, n° 77). Mais que la caution soit poursuivie en premier ou en même temps que le débiteur principal n'est pas, il nous semble, contradictoire avec le fait qu'elle ne doit payer que si le débiteur est défaillant. Certes le caractère subsidiaire du cautionnement peut paraître atténué lorsque la caution est privée du bénéfice de discussion, mais il ne disparaît pas. En effet, en matière de cautionnement solidaire entre un débiteur et une caution, le créancier peut

demander à la caution de payer la totalité de la dette, sous réserve de l'étendue de son engagement, sans qu'elle ne puisse opposer le bénéfice de discussion. Néanmoins, que la caution soit solidaire ou non, elle n'est censée payer le créancier qu'en cas de défaillance du débiteur. Retenir le contraire revient à méconnaître la définition que le législateur donne de cette sûreté (C. civ., art. 2288). En outre, en pratique, le créancier attend la défaillance de son débiteur avant d'engager les poursuites contre lui, la caution ou les deux. On ajoute que la caution *solvens*, qu'elle soit solidaire ou non, n'a pas à supporter définitivement la dette. Elle dispose d'un recours intégral pour ce qu'elle a payé, de sorte qu'elle ne peut pas être considérée comme un codébiteur de l'obligation principale. La caution est certes débitrice, mais elle est débitrice de son propre engagement qui n'a à être exécuté qu'en second lieu, dans l'hypothèse où le « *débiteur principal* », comme le désigne la doctrine, n'exécute pas le sien. Cette expression de « *débiteur principal* » montre bien que la caution n'intervient qu'en second rang, donc à titre subsidiaire.

2. Le caractère consensuel

Par principe, le cautionnement est consensuel. Cela veut dire qu'il est conclu par le seul échange des consentements des parties au contrat, à savoir le créancier et la caution. Le débiteur est tiers au contrat. Plus précisément, pour qu'il y ait cautionnement, il faut que la caution s'engage envers le créancier et que ce dernier accepte l'engagement. En vertu du principe du consensualisme, l'extériorisation de l'accord des volontés peut prendre des formes très diverses : un écrit, une parole, un geste ou un signe qui manifestent clairement une volonté de contracter. L'exigence posée à l'article 2294, alinéa 1, du Code civil selon laquelle le cautionnement « *doit être exprès* » signifie que la volonté de s'engager doit être établie avec certitude. La volonté de s'engager ne saurait donc être établie de manière tacite ou implicite.

Si aucun formalisme particulier n'est imposé par principe en matière de cautionnement, la protection de la caution a justifié une montée du formalisme. D'abord, la Cour de cassation a un temps jugé sous l'empire des anciens articles 1326 et 2015 du Code civil que le cautionnement dépourvu de mention manuscrite était nul (Civ. 1^{re}, 22 février 1984, n° 82-17.077). Le législateur est par la suite intervenu à plusieurs reprises pour imposer le recours à la mention manuscrite, vu comme un moyen de protéger la caution. Une montée du formalisme a ainsi été constatée en matière de cautionnement avec la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, avec la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat et avec la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique. Ces lois ont prévu chacune dans des domaines particuliers le recours à un formalisme *ad validitatem*. Avec l'ordonnance du 15 septembre 2021, le législateur est allé encore plus loin encore. L'article 2297 du Code civil prévoit désormais qu'à peine de nullité du cautionnement, la

caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. Par conséquent, est désormais imposé le recours à la mention manuscrite lorsque le contrat concerne une caution personne physique, le législateur ne distinguant pas selon qu'elle est professionnelle ou non.

3. Le caractère unilatéral

Par principe, le cautionnement est unilatéral, car seule la caution s'engage (C. civ., art. 2288). Le créancier doit simplement manifester son accord, exprimant son consentement au cautionnement. Il ne s'engage à rien vis-à-vis de la caution. Il en résulte que si seule une personne s'engage, deux volontés sont à l'œuvre, celle de la caution qui s'engage et celle du créancier qui accepte l'engagement. C'est la raison pour laquelle on est en présence d'un contrat unilatéral et non d'un acte juridique unilatéral.

Le caractère unilatéral du cautionnement n'est pas remis en cause par les liens d'obligation qui existent entre le créancier et la caution ou qui peuvent exister entre le débiteur principal et la caution. Certes, la loi met à la charge du créancier diverses obligations, comme ceux de mise en garde ou d'information de la caution, mais ces obligations ne font pas du cautionnement un contrat synallagmatique. Un contrat est synallagmatique «*lorsque les contractants s'obligent réciproquement, les uns envers les autres*» (C. civ., art. 1106, al. 1). Concrètement, dans un contrat synallagmatique, une partie s'engage car elle sait que réciproquement son cocontractant s'engage lui aussi, l'obligation de chacun étant regardée comme la contrepartie de l'obligation de l'autre (V. G. Cornu, *op. cit.*, *V° réciproque*, 2). Or, les obligations que la loi met à la charge du créancier ne sauraient s'analyser comme la contrepartie des obligations de la caution. Certains auteurs considèrent quant à eux que certaines de ces obligations, à savoir les obligations légales d'information, sont des sortes d'incombances, ce qui ne saurait conduire à mettre en question le caractère unilatéral du cautionnement (V. Y. Picod et J.-J. Ansault, *Droit des sûretés*, 4^e éd., PUF, 2022, n° 37). Au soutien de cette analyse, on peut noter qu'en cas de défaut ou d'insuffisance d'information portant sur le montant des encours, le créancier n'est pas déchu de son droit de poursuivre la caution, mais il est déchu de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à la communication de la nouvelle information et les paiements effectués pendant cette période s'imputent sur le principal de la dette (C. civ., art. 2302). De la même manière, les liens d'obligation qui peuvent exister entre la caution et le débiteur principal ne sont pas susceptibles de remettre en cause le caractère unilatéral du cautionnement. Si le cautionnement est rémunéré, il reste unilatéral. Le créancier ne doit rien. La rémunération est versée par le débiteur qui n'est pas partie au contrat de cautionnement.

Que le cautionnement soit qualifié de contrat unilatéral n'est pas sans conséquences. Le cautionnement ne saurait se voir appliquer les règles relatives aux contrats synallagmatiques. Il n'est donc pas soumis à l'article 1375 du Code civil qui prévoit la formalité dite du « *double probatoire* ». En revanche, le cautionnement se voit appliquer les règles propres aux contrats unilatéraux. L'acte matérialisant le cautionnement doit ainsi comporter la signature de la caution et la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres conformément à l'article 1376 du Code civil.

Par exception, le cautionnement peut être synallagmatique. Rien n'interdit au créancier de s'obliger envers la caution, l'engagement du créancier s'analy-
sant alors comme la contrepartie de celui de la caution. Le créancier peut, dans ce cadre, s'engager à réduire le montant de la dette ou du taux d'intérêt applicable ou encore procéder à la mainlevée d'une autre sûreté constituée en garantie de la même dette. Le caractère synallagmatique du cautionnement entraîne l'application du régime juridique correspondant à cette qualification.

4. Le caractère onéreux

La doctrine s'est divisée sur la question de savoir si le cautionnement a un caractère gratuit ou onéreux. Répondre à cette question n'est pas sans intérêt car selon la qualification retenue le régime juridique varie. L'acte à titre gratuit est soumis à un formalisme qui tend à protéger celui qui s'engage ainsi qu'à des règles particulières relevant du droit des régimes matrimoniaux, du droit des successions et des libéralités ou encore du droit des personnes protégées.

Pour certains auteurs, le cautionnement s'analyse avant tout comme un service rendu entre parents ou amis, ce qui en fait un contrat à titre gratuit (par ex. : *M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. XI, Cautionnement, par R. Savatier, 2^e éd., 1954, n° 1512*). Dès lors, le cautionnement devient à titre onéreux toutes les fois où la caution s'engage contre rémunération comme dans le cadre d'un cautionnement bancaire ou d'un cautionnement d'affaires. Une telle analyse repose sur une confusion, car elle conduit à tirer des relations de la caution avec un tiers au contrat de cautionnement le critère de qualification dudit contrat. Cette analyse contrevient à l'article 1107 du Code civil.

Selon l'article 1107 du Code civil, un contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure et il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie. Pour déterminer si le cautionnement est à titre gratuit ou onéreux, il faut donc considérer les relations qui existent entre la caution et le créancier, qui sont les seules parties au contrat de cautionnement. Une partie de la doctrine estime que le cautionnement est à titre gratuit puisque l'engagement de la caution intervient en l'absence de contrepartie du créancier (par ex. : *P. Théry et C. Gijsbers, Droit des sûretés,*

LGDJ, 2022, n° 26). Cependant, différents arguments militent en faveur du caractère onéreux du cautionnement (V. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *op. cit.*, n° 79). D'abord, la définition du contrat à titre onéreux donné par l'article 1107, alinéa 2, du Code civil permet d'inclure dans cette catégorie juridique certains contrats unilatéraux, le terme d'« *avantage* » étant plus évasif que celui d'obligation auquel renvoyait l'ancien article 1106 (O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 70). Ensuite, lorsque la caution s'engage envers le créancier, même si elle ne se fait pas rémunérer, elle ne s'engage pas pour lui rendre service ou encore dans un esprit de bienfaisance ou de libéralité. Elle s'engage pour que le débiteur principal puisse bénéficier d'un crédit de la part du créancier. Par ailleurs, le cautionnement n'emporte aucun dessaisissement immédiat et définitif, ce qui exclut la qualification de libéralité (par ex. : Cass., civ. 1^{re}, du 27 janvier 1982, n° 80-17.124). En outre, le caractère accessoire du cautionnement conduit à lui appliquer le même régime juridique que le contrat principal. Enfin, la qualification d'acte à titre onéreux permet d'éviter que le cautionnement ne soit soumis au lourd formalisme des actes à titre gratuit, qui viendrait complexifier et alourdir la constitution de cette sûreté. Pour ces différentes raisons, le cautionnement nous semble devoir être qualifié, par principe, de contrat unilatéral à titre onéreux. La conséquence est l'inapplication de certaines règles applicables aux actes à titre gratuit. C'est la position adoptée par la Cour de cassation qui a refusé d'appliquer l'article 1422 du Code civil au cautionnement (Civ. 1^{re}, 21 nov. 1973, n° 71-12.662 ; Civ. 1^{re}, 27 janv. 1982, n° 80-17.124).

Il est parfois soutenu que le cautionnement réalise exceptionnellement une libéralité (V. P. Simler et P. Delebecque, *op. cit.*, n° 58). Tel serait le cas lorsque la caution s'engage, dans un esprit de bienfaisance, à l'égard du créancier, à garantir une dette irrécouvrable ou lorsque la caution s'engage vis-à-vis du débiteur à renoncer à ses recours contre le débiteur principal. Une telle opération serait alors constitutive d'une donation indirecte ou déguisée et se verrait appliquer le régime juridique adéquat.

§2. Typologie

Au sein du Code civil, les dispositions générales relatives au cautionnement permettent de constater combien il en existe de nombreux types. Le cautionnement peut être légal, judiciaire ou conventionnel (A), simple ou solidaire (B), civil ou commercial (C). D'autres types de cautionnements existent encore et manifestent certaines particularités (D).

A. Cautionnement légal, judiciaire ou conventionnel

Selon l'article 2288 du Code civil, le cautionnement est un contrat. Dès lors, il peut paraître étonnant, de prime abord, de voir le législateur viser le cautionnement légal et le cautionnement judiciaire à l'article 2289 du Code civil. À y regarder de plus près, ces textes conduisent à distinguer le cautionnement lui-même, qui a toujours une nature contractuelle, de sa source, qui peut être conventionnelle, légale ou judiciaire.

Le cautionnement peut avoir une source conventionnelle. Dans une telle hypothèse, le créancier accepte de contracter avec le débiteur principal à la condition que celui-ci lui fournisse une caution. On a donc d'abord un accord sur la fourniture d'une caution entre le créancier et le débiteur principal et ensuite un contrat de cautionnement qui est conclu entre le créancier et la caution. Le cautionnement peut aussi avoir une source légale. Tel est le cas lorsque la loi subordonne l'exercice d'un droit à la fourniture d'un cautionnement (C. civ., art. 2289, al. 1). Par exemple, lors de son entrée en jouissance, l'usufruitier donne caution de jouir raisonnablement au nu-propriétaire (C. civ., art. 601). Le cautionnement peut encore avoir une source judiciaire. Tel est le cas lorsque la loi confère au juge le pouvoir de subordonner la satisfaction d'une demande à la fourniture d'un cautionnement (C. civ., art. 2289, al. 2). Par exemple, le président du tribunal judiciaire peut désigner un indivisaire comme administrateur de l'indivision et l'obliger s'il y a lieu à fournir une caution (C. civ., art. 815-6, al. 3). Dans le cadre d'un cautionnement légal ou judiciaire, le cautionnement conserve sa nature contractuelle. Il y a toujours un contrat qui est conclu entre le créancier et la caution. La particularité alors est que le débiteur est obligé soit par la loi, soit par le juge, de fournir une caution.

Outre les règles relatives au cautionnement conventionnel, le cautionnement légal et le cautionnement judiciaire se voient appliquer certaines règles spécifiques posées à l'article 2301 du Code civil. Dans de telles hypothèses, la caution doit avoir une solvabilité suffisante pour répondre à l'obligation. Si elle devient insolvable, une autre caution doit lui être substituée par le débiteur principal. À défaut, ce dernier encourt la déchéance du terme et la perte de l'avantage subordonné à la fourniture du cautionnement. En outre, la loi prévoit que le débiteur principal peut remplacer le cautionnement légal ou judiciaire par une sûreté réelle suffisante. L'article 2305 ajoute que la caution judiciaire ne peut se prévaloir du bénéfice de discussion, ce qui la place dans une position différente de la caution simple qui peut, sous certaines conditions, opposer au créancier les bénéfices de discussion et de division, et de la caution solidaire, qui, elle, ne peut opposer au créancier aucun de ces bénéfices. En pratique, le cautionnement conventionnel est souvent solidaire, le créancier cherchant logiquement à renforcer au maximum ses chances d'être payé. Le cautionnement légal ou judiciaire, quant à eux, sont généralement simples.

B. Cautionnement simple ou solidaire

Jusqu'à l'ordonnance du 15 septembre 2021, la distinction entre cautionnement simple et cautionnement solidaire n'était pas formellement exprimée par le législateur, seuls certains textes y faisaient référence. Désormais, l'article 2290, alinéa 1, du Code civil retient que le cautionnement est simple (1) ou solidaire (2).

1. Le cautionnement simple

Le cautionnement simple n'est guère avantageux pour le créancier. La raison en est que la caution, dans ce cas, peut opposer au créancier les bénéfices de discussion et de division qui lui permettent de retarder les poursuites dirigées contre elle et de limiter ce qu'elle devra payer au créancier.

Le bénéfice de discussion permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal (C. civ., art. 2305). De la sorte les poursuites contre la caution sont suspendues jusqu'à la fin de la saisie réalisée sur les biens du débiteur. Ce n'est alors que dans le cas où le créancier n'a pas obtenu ce qu'il était en droit de réclamer, soit en totalité, soit en partie, que les poursuites peuvent reprendre contre la caution. Afin d'éviter les manœuvres dilatoires, le législateur prévoit l'obligation pour la caution d'indiquer au créancier les biens du débiteur susceptibles d'être saisis, ces biens ne pouvant pas être des biens litigieux ou grevés d'une sûreté spéciale au profit d'un tiers (C. civ., art. 2305-1, al. 2). Le bénéfice de discussion ne peut donc pas être invoqué efficacement lorsque la caution ignore la composition du patrimoine du débiteur au moment où elle est poursuivie par le créancier. Afin encore d'éviter les manœuvres dilatoires, le bénéfice de discussion doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées contre elle (C. civ., art. 2305-1, al. 2), ce qui veut dire que le bénéfice de discussion prend la forme d'une exception et que la caution ne peut pas l'invoquer pour la première fois en cause d'appel. Le bénéfice de discussion ne s'applique pas à la caution qui y a renoncé, à la caution solidaire avec le débiteur et à la caution judiciaire (C. civ., art. 2305, al. 2).

Le bénéfice de division, quant à lui, permet à la caution d'obliger le créancier à ne la poursuivre que pour sa part dans la dette (C. civ., art. 2306, al. 2). Ce bénéfice ne peut être invoqué qu'en cas de pluralité de cautions d'une même dette, le créancier devant alors diviser les poursuites. L'article 2306, alinéa 1, vise le cas de cautions «*de la même dette*», et non de cautions «*d'un même débiteur pour une même dette*» comme le prévoyait l'ancien article 2302 du Code civil. On comprend donc que le bénéfice de division peut désormais être invoqué par les cautions de différents codébiteurs solidaires d'une même dette. Par ailleurs, la division ne peut intervenir qu'entre cautions solvables, l'insolvabilité de l'une d'elles au jour où le bénéfice est invoqué devant être supporté par celles qui sont solvables (C. civ., art. 2306-1, al. 2). La raison est

que le cautionnement est une sûreté. Elle doit donc jouer son rôle. Quant à la caution qui a demandé la division, la loi prévoit qu'elle « *ne peut plus être recherchée à raison de l'insolvabilité d'une autre, survenue postérieurement* » (C. civ., art. 2306-1, al. 2). Par ailleurs, lorsque le créancier décide de lui-même de diviser les poursuites, il ne peut plus revenir en arrière (C. civ., art. 2306-2). Enfin, à l'instar du bénéfice de discussion, le bénéfice de division doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées contre elles (C. civ., art. 2306-1, al. 1).

2. Le cautionnement solidaire

À la différence du cautionnement simple, le cautionnement solidaire est assez recherché par les créanciers. La combinaison du cautionnement et de la solidarité leur permet d'avoir une sûreté avantageuse. Le créancier bénéficie alors d'un garant qui pourra pallier la défaillance du débiteur, ce garant ne pouvant pas lui opposer, selon les types de cautionnement solidaire, le bénéfice de discussion, le bénéfice de division ou encore les bénéfices de discussion et de division.

L'article 2290, alinéa 2, du Code civil distingue plusieurs types de cautionnement solidaire. La solidarité peut être prévue « *entre la caution et le débiteur principal, entre les cautions ou entre tous* ». Selon le rapport remis au Président de la République, on a donc une solidarité « *verticale* » qui existe entre la caution et le débiteur principal, une solidarité « *horizontale* » qui existe entre les différentes cautions et une solidarité à la fois « *verticale* » et « *horizontale* » qui existe entre eux tous. Le premier type de cautionnement solidaire envisagé par le législateur est celui où la solidarité se déploie dans les relations entre la ou des cautions et le débiteur principal, mais pas dans les relations des cautions entre elles. Autrement dit, une ou plusieurs cautions s'engagent solidairement avec le débiteur principal, indépendamment les unes des autres. Il n'y a donc pas de lien juridique entre les cautions. Le deuxième type de cautionnement solidaire envisagé par le législateur est celui où la solidarité joue entre les cautions uniquement. Une telle configuration est assez rare en pratique. Le troisième type de cautionnement solidaire est celui qui existe entre tous, c'est-à-dire entre les cautions et le débiteur principal et entre les cautions. C'est là le type de cautionnement solidaire le plus recherché par les créanciers dans la mesure où ce cautionnement leur apporte une grande sécurité. Plus généralement, la solidarité qui est établie entre une caution et le débiteur principal tend à rapprocher, dans l'esprit du créancier, la caution d'un codébiteur solidaire. Mais, dans la réalité, la caution reste une caution, car même si le créancier agit directement contre elle, elle est censée payer en cas de défaillance du débiteur et n'a pas à supporter le poids définitif de la dette.

En ce qui concerne les sources de la solidarité, l'article 2290, alinéa 2, indique que la solidarité peut être « *stipulée* », ce qui laisse entendre que la

solidarité peut avoir une source contractuelle. Cela est largement le cas en pratique, même si la solidarité peut aussi être légale. En effet, l'article 1310 du Code civil, siège du droit commun de la solidarité, dispose que « *la solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se presume pas* ». La solidarité doit donc être prévue, soit par une clause contractuelle, soit par la loi. La règle ne joue toutefois pas en matière commerciale où la solidarité est présumée. Cela n'empêche pas les praticiens attentifs de veiller à ce que la solidarité soit expressément stipulée. La fréquence du recours à la clause de solidarité en matière civile et commerciale a poussé le législateur à protéger la caution personne physique dont l'engagement peut avoir de lourdes conséquences sur sa situation patrimoniale. Ainsi, l'article 2297, alinéa 2, du Code civil prévoit que la caution solidaire doit reconnaître dans la mention manuscrite figurant dans son acte d'engagement qu'elle ne peut pas exiger du créancier, selon le type de solidarité, qu'il poursuive d'abord le débiteur et/ou qu'il divise les poursuites entre les cautions. En l'absence d'une telle mention, la caution solidaire peut se prévaloir du ou des bénéfices dont elle est normalement privée en vertu de la solidarité.

Les effets du cautionnement solidaire diffèrent selon le type de solidarité envisagé.

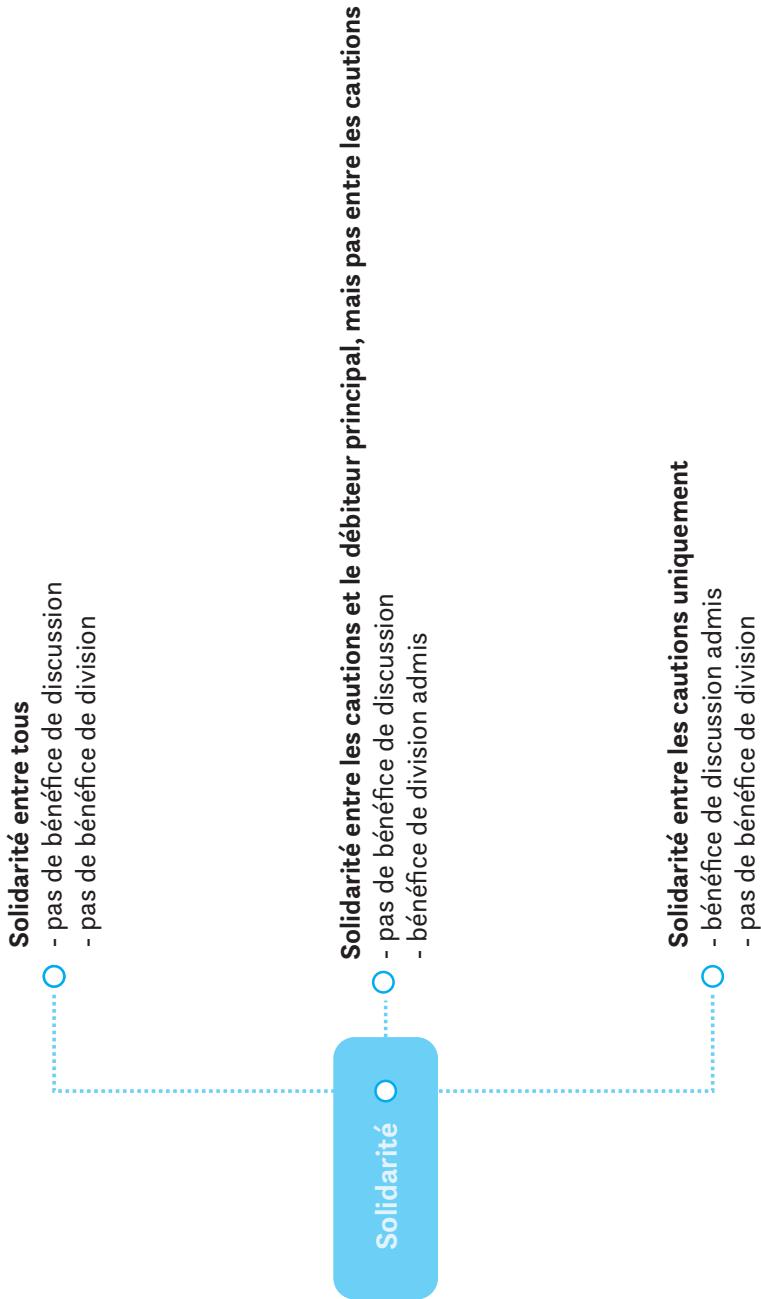
Lorsque la solidarité existe entre une ou plusieurs cautions et le débiteur principal, mais pas entre les cautions, le bénéfice de discussion ne peut pas être opposé au créancier par la caution actionnée en raison de la solidarité qui existe entre elle et le débiteur principal. En revanche, la caution poursuivie peut invoquer le bénéfice de division conformément à une lecture *a contrario* de l'article 2306, alinéa 3, du Code civil. Celui-ci retient que les cautions solidaires entre elles ne peuvent pas se prévaloir du bénéfice de division. On en déduit que les cautions qui ne sont pas solidaires entre elles, elles, le peuvent.

Lorsque la solidarité joue entre les cautions uniquement, celles-ci sont privées du bénéfice de division, en raison de la solidarité qui existe entre elles, mais pas du bénéfice de discussion, car la solidarité ne se déploie pas dans leurs relations avec le débiteur principal. Par ailleurs, les cautions sont engagées vis-à-vis du créancier de manière autonome. En d'autres termes, elles ne cautionnent pas l'engagement des autres cofidéjusseurs. La conséquence est que les cautions peuvent toutes opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, mais pas celles qui sont personnelles aux autres cautions.

Lorsque la solidarité existe entre tous, c'est-à-dire entre les cautions et le débiteur principal et entre les cautions, elle produit des effets principaux et des effets secondaires. Au titre des effets principaux, le créancier peut demander à la caution qu'il poursuit de payer la totalité de la dette. Celle-ci est alors tenue de s'exécuter dans la limite de son engagement. Elle ne peut alors opposer ni le bénéfice de discussion ni celui de division. L'exclusion du bénéfice de division,

en particulier, est avantageuse pour le créancier. En effet, si le débiteur ou une des cautions est insolvable, les autres supportent la charge de cette insolubilité. Si les bénéfices de discussion et de division sont exclus, la caution poursuivie peut, en revanche, depuis la réforme de 2021, opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293 (C. civ., art. 2298, al. 1). Le législateur ne distingue pas dans ce texte suivant le type de caution. Lorsque la caution poursuivie paye, son paiement libère le débiteur principal vis-à-vis du créancier à due concurrence. Quant aux effets secondaires de la solidarité en la matière, ils sont traditionnellement fondés sur l'idée de représentation mutuelle entre coobligées solidaires. Ceux-ci se seraient donné mandat de se représenter dans leurs rapports avec le créancier. Cette analyse n'est guère convaincante. Elle est d'ailleurs vivement critiquée en doctrine (V. not. *H. Roland, Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, 1968, n° 96 et s. ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *op. cit.*, n° 405). Il reste qu'au titre des effets secondaires, il est classiquement enseigné que la mise en demeure faite à une caution ou au débiteur produit effet à l'égard de tous. Le raisonnement est le même en matière d'interruption de la prescription qui vaut à l'égard de l'un comme à l'égard de l'autre ou des autres ou de la demande d'intérêt formée contre l'un qui fait courir les intérêts à l'égard de tous. Il est également considéré que l'autorité de la chose jugée prononcée à l'égard de l'un joue à l'égard de tous (par ex. : Com., 22 avr. 1997, n° 95-11.532 ; Civ. 1^{re}, 20 janv. 1993, n° 91-13.012). Ces effets de la solidarité simplifient l'exercice par le créancier de son droit de poursuite.

Carte mentale 4. Les bénéfices de discussion et de division en matière de cautionnement solidaire



C. Cautionnement civil ou commercial

Le cautionnement est classiquement présenté comme un contrat civil (Com., 24 nov. 1966, Bull. civ. III, n° 456). Mais il est des hypothèses où le cautionnement devient commercial. Déterminer si un cautionnement est civil ou commercial n'est pas sans enjeu. De la qualification retenue découle l'application de règles spécifiques. Seront donc exposés les critères permettant de qualifier un cautionnement de commercial puis les règles spécifiques qui s'y appliquent.

Il existe plusieurs critères de commercialité du cautionnement, à savoir la commercialité par nature, par la forme et par accessoire.

Certains cautionnements sont commerciaux par nature. Lorsque l'opération réalisée est par nature commerciale, le cautionnement est qualifié de commercial. L'illustration classiquement donnée en la matière est celle du cautionnement bancaire. Le cautionnement bancaire est, comme son nom l'indique, une opération de banque qui est qualifiée par la loi de commerce (C. com., art. L. 110-1, 7°).

D'autres cautionnements sont commerciaux par leur forme. Le cautionnement est alors un acte de commerce par la forme qu'il prend. Une illustration habituelle est l'aval qui est traditionnellement défini comme le cautionnement d'un effet de commerce (V. not. : G. Cornu, *op. cit.*, V^e *aval*; Y. Picod et J.-J. Ansault, *op. cit.*, n° 39), bien que des hésitations se soient faites jour sur le rapprochement à faire entre l'aval et le cautionnement (V. not. : P. Simler et P. Delebecque, *op. cit.*, n° 69). Un autre exemple de cautionnement commercial par la forme est celui donné par une société commerciale par la forme (par ex. une société en nom collectif, une société en commandite simple, une société à responsabilité limitée ou une société par actions).

D'autres cautionnements, encore, sont commerciaux par accessoire. Cela veut dire que dans ces situations, le cautionnement est accessoire à une opération commerciale. Ce critère a été ajouté par la réforme de 2021 à l'article L. 110-1 du Code de commerce qui retient désormais, dans un 11°, que la loi répute acte de commerce «*entre toutes personnes, les cautionnements de dettes commerciales*». Ce nouveau critère légal vient balayer un ancien critère dégagé par la jurisprudence (Req. 31 janv. 1872, DP 1872. 1. 252). Selon cet ancien critère, un cautionnement pouvait être qualifié de commercial si l'intérêt patrimonial de la caution était établi. Dès lors, a été considéré comme commercial le cautionnement de dettes d'une société par ses dirigeants ou associés majoritaires. Ce critère a été très critiqué en raison des difficultés auxquelles sa mise en œuvre aboutissait. Il n'était guère aisément déterminer si des associés non dirigeants, des conjoints de dirigeants sociaux ou encore le concubin du débiteur principal sont des cautions ayant un intérêt patrimonial dans l'opération principale commerciale. Beaucoup ici est fonction des faits de l'espèce.

La subjectivité du critère a conduit à nourrir un abondant contentieux où les solutions ont souvent été divergentes. Aussi, le nouveau critère dégagé en 2021 se voulait plus simple. L'idée était de soumettre le contrat accessoire qu'est le cautionnement aux mêmes règles que le contrat principal. Ce nouveau critère n'échappe pas non plus à la critique. D'abord, à rebours de l'objectif annoncé par le législateur en 2021 et de l'effort qu'il a fourni en ce sens, l'article L. 110-1, 11°, du Code de commerce entretient une dispersion des règles relatives au cautionnement entre différents codes. Ensuite, le critère risque de conduire à des solutions discutables. Par exemple, un parent qui n'a pas la qualité de commerçant mais qui cautionne une dette commerciale de son enfant sera poursuivi devant le tribunal de commerce, alors même qu'il n'avait pas conscience lors de son engagement de garantir une dette commerciale. Ce critère risque encore multiplier les hypothèses où le cautionnement pourra être qualifié d'acte mixte, c'est-à-dire d'acte qui est simultanément civil pour l'une des parties et commercial pour l'autre, ce qui conduit à une application distributive des règles de droit civil et de droit commercial.

Selon que le cautionnement est qualifié de civil ou de commercial, des règles spécifiques en matière procédurale, de fond ou de preuve sont amenées à s'appliquer. La compétence juridictionnelle n'est pas la même lorsque le cautionnement est civil et lorsqu'il est commercial. Dans le premier cas, le juge compétent est le tribunal judiciaire et dans le second, le juge compétent est le tribunal de commerce. Par ailleurs, le cautionnement commercial peut donner lieu, par exemple, à une clause compromissoire (C. com., art. L. 721-3) ou à une clause attributive de compétence territoriale (CPC, art. 48). Sur le fond, le cautionnement commercial est présumé solidaire alors que la solidarité en droit civil ne se présume pas (C. civ., art. 1310), de sorte que la solidarité en matière de cautionnement civil doit être prévue. Enfin, en matière commerciale, est consacré de longue date le principe de liberté probatoire qui ne s'applique qu'à l'égard des commerçants (C. com., art. L. 110-3) alors que si le cautionnement est civil, il devra être prouvé par écrit lorsqu'il dépasse 1 500 euros (C. civ., art. 1359).

La distinction entre cautionnement civil et cautionnement commercial tend de plus en plus à être relativisée. Déjà la loi du 17 juin 2008 a uniformisé les délais de prescription applicables à ces deux matières qui n'était pas les mêmes sous l'empire du droit antérieur. En outre, que le cautionnement soit civil ou commercial, on observe en pratique que la solidarité est presque toujours stipulée. Plus encore, lorsque la caution est une personne physique, commerçante ou non, les règles légales qui la protègent privent la présomption de solidarité de portée concrète. La caution doit en effet mentionner dans son acte d'engagement qu'elle a bien conscience que le cautionnement est solidaire et que, selon les cas, elle renonce à pouvoir opposer le bénéfice de discussion ou de division (C. civ., art. 2297, al. 2). En l'absence d'une telle mention, le cautionnement est requalifié en cautionnement simple (C. civ.,

art. 2297, al. 2). La montée du formalisme *ad validitatem* en matière de cautionnement civil et commercial réduit l'intérêt de la distinction entre ces types de cautionnements.

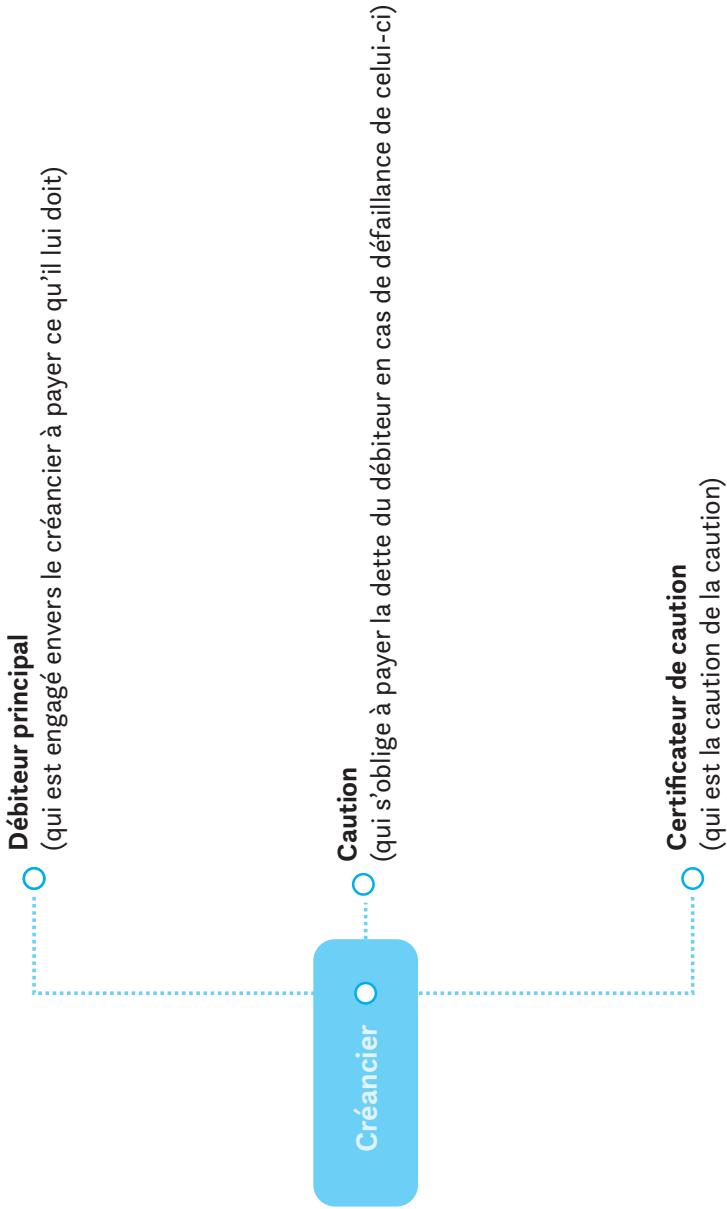
D. Cautionnements particuliers

La pratique a conduit à révéler certains cautionnements particuliers dont les principaux sont la certification de caution (1) ou le sous-cautionnement (2).

1. La certification de caution

Envisagée au titre des dispositions générales du Code civil sur le cautionnement, la certification de caution s'analyse comme un cautionnement de la caution. L'article 2291 prévoit, en effet, qu'une personne « *peut se porter caution envers le créancier de la personne qui a cautionné le débiteur principal* ». Le certificateur de caution s'engage donc vis-à-vis du créancier pour garantir, non pas l'obligation principale, mais celle de la caution. Il s'engage à payer le créancier à la place de la caution si celle-ci est défaillante. La certification de caution réalise donc des cautionnements à la chaîne et permet au créancier de se protéger non seulement contre le risque d'insolvabilité de son débiteur mais aussi contre le risque d'insolvabilité de la caution.

Carte mentale 5. La certification de caution



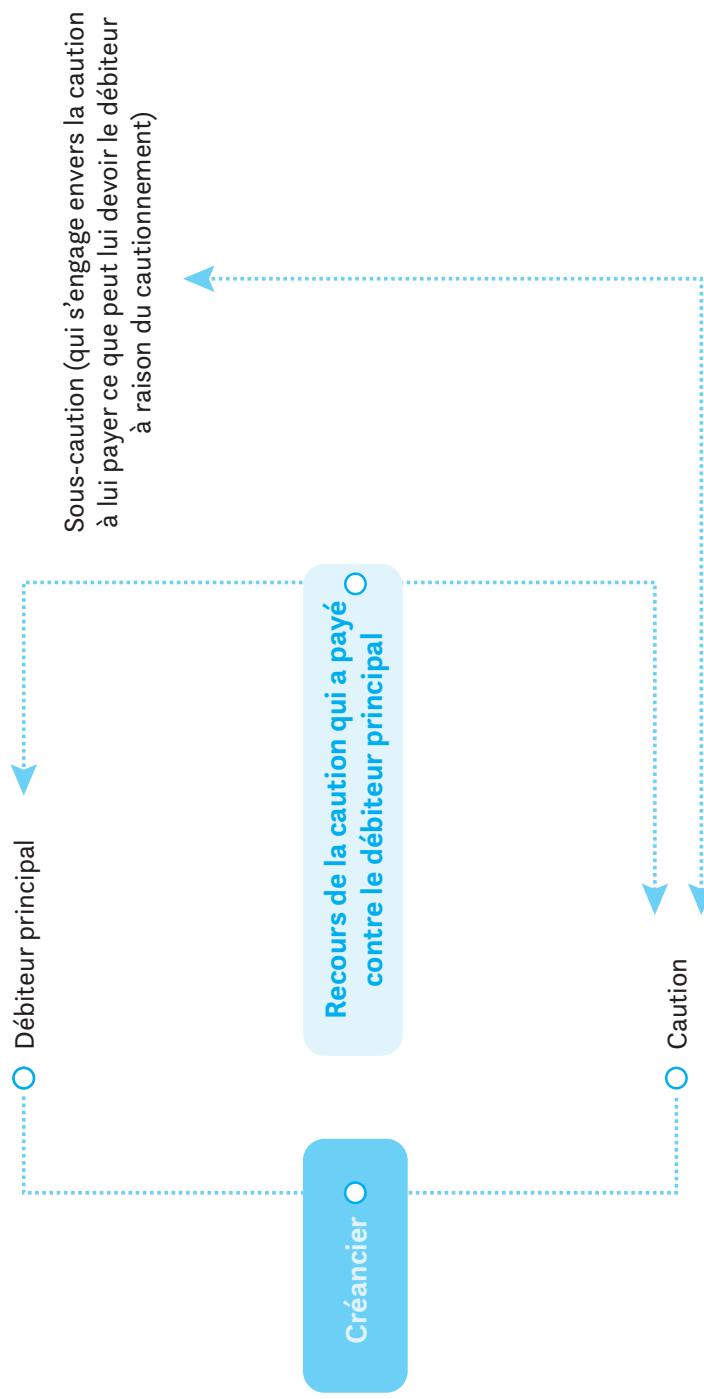
2. Le sous-cautionnement

Le sous-cautionnement est défini à l'article 2291-1 du Code civil comme «*le contrat par lequel une personne s'oblige envers la caution à lui payer ce que peut lui devoir le débiteur à raison du cautionnement*». Contrairement à la certification de caution, le sous-cautionnement ne vise pas à protéger le créancier contre une éventuelle insolvabilité de la caution. Le sous-cautionnement garantit à la caution qu'elle sera remboursée du paiement qu'elle aura pu faire au créancier. On parle de contre-garantie ou encore de contre-caution. On note que le législateur ne distingue pas ce qui est dû au titre du recours personnel ou du recours subrogatoire. Cela conduit à penser que le législateur autorise ici les parties à protéger le garant dans l'exercice de tous ses recours.

Le sous-cautionnement rencontre un grand succès dans la pratique. Les créanciers, en effet, sont généralement rassurés lorsque la caution qui s'engage est un établissement de crédit tant sa solvabilité et l'exécution de ses engagements semblent peu douteux. Généralement, l'établissement de crédit n'accepte de s'engager comme caution qu'à condition de bénéficier de contre-garanties réelles ou personnelles, par exemple un sous-cautionnement. Une illustration commune est celle d'une banque qui se porte caution d'une société mais qui se fait contre-garantir par le dirigeant de ladite société.

Le régime juridique du sous-cautionnement n'est précisé par aucun texte, sauf par l'article 2304 du Code civil qui met à la charge de la caution une obligation d'information de la sous-caution. Malgré ce silence, les grandes lignes de ce régime juridique peuvent être dégagées. D'abord, aucun lien n'est établi entre le créancier et la sous-caution. La conséquence est que le créancier ne peut pas demander, à quelque moment que ce soit, à la sous-caution de payer. Ensuite, les relations entre la caution et la sous-caution sont les mêmes que celles qui existent entre un créancier et une caution. La caution de premier rang est traitée comme un créancier, la sous-caution comme une caution et le débiteur principal conserve sa position. La conséquence est l'application des règles relatives au cautionnement, sous quelques exceptions, ce qui s'explique par l'originalité de cette figure juridique. Par exemple, la sous-caution ne peut pas opposer à son créancier les exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal car la sous-caution garantit la créance de la caution à l'égard du débiteur principal et non celle du créancier vis-à-vis du débiteur principal. La sous-caution peut, en revanche, reprocher à la caution de ne pas avoir soulevé de telles exceptions. Rien n'empêche évidemment la sous-caution d'opposer à la caution l'extinction de la dette du débiteur à l'égard de la caution ou encore, plus généralement, de contester le recours exercé contre elle.

Carte mentale 6. Le sous-cautionnement



Carte mentale 7. Les types de cautionnements

