

A propos du degré de subsidiarité du cautionnement

Didier Arlie

▶ **To cite this version:**

Didier Arlie. A propos du degré de subsidiarité du cautionnement. Les Petites Affiches, 2018, 191, pp.5-12. hal-03813325

HAL Id: hal-03813325
https://univ-pau.hal.science/hal-03813325

Submitted on 13 Oct 2022

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

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

À propos du degré de subsidiarité du cautionnement

SÛRETÉS / GARANTIES

Publié le 24/09/2018

Didier Arlie

Maître de conférences en droit privé à l'université de Pau et des pays de l'Adour

S'il est juste de dire que le cautionnement a un caractère subsidiaire au regard de la définition de la subsidiarité, ce n'est en revanche que par exception ou consentement en ce sens de la part du créancier que celle-ci s'exprime pour ce dernier sous la forme d'un ordre à respecter pour obtenir le paiement des créances garanties. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés proposé par l'association Henri Capitant participe avec d'autres arguments à la résolution de la controverse qui existe sur le sujet.

Si la subsidiarité est un principe bien connu de la science politique[1] et est au cœur de la construction européenne[2], les références pourtant nombreuses au subsidiaire dans le champ du droit privé n'ont en comparaison fait l'objet que de rares et récentes études[3], comme en témoigne le cas du cautionnement [4].

Affirmer que le cautionnement présente un caractère subsidiaire ne devrait pas surprendre si l'on se reporte à la définition de l'adjectif subsidiaire par le *Vocabulaire juridique association Henri Capitant*[5], à savoir : « Qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation), pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut (...) ». Le cautionnement répond à cette définition parce qu'il garantit le créancier contre le risque de non-paiement de la dette par son débiteur à qui la caution a consenti à rendre service.

L'une des difficultés que suscite la notion de subsidiarité en matière de cautionnement, c'est l'utilisation qui en est parfois faite pour décrire certaines règles de protection de la caution. Il arrive en effet que l'on voie dans une faveur accordée à la caution la marque du caractère subsidiaire du cautionnement[6], non seulement avec le bénéfice de discussion, mais aussi au regard de l'existence d'un recours anticipé et de l'exception de subrogation. Or *stricto sensu*, appliquée au cautionnement, la notion de subsidiarité renvoie à l'idée de suppléance dans le paiement d'une dette. Comme l'affirme le professeur Jacques Raynard[7], « La subsidiarité assume la défaillance de l'essentiel ». Fidèle à la définition du concept de subsidiarité, cette assertion conduit à envisager celui-ci en matière de cautionnement en se plaçant du point de vue du créancier. Cette sûreté constitue en effet pour ce dernier une solution pour obtenir le paiement de sa créance.

Il arrive aussi que l'on justifie les recours de la caution *solvens* contre le débiteur au regard du caractère subsidiaire du cautionnement[8]. Cependant, comme l'observe justement un auteur[9], « la subsidiarité relève de l'obligation à la dette : il s'agit de se placer du point de vue du créancier... ». Certains auteurs justifient les recours du débiteur à l'aune du caractère accessoire du cautionnement[10]. Mais c'est à notre sens plutôt le caractère adjoint du cautionnement qui permet d'expliquer que la caution soit dispensée d'une contribution définitive à la dette[11] : en tant que garant de la dette d'autrui, il est juste que la caution *solvens* dispose d'un recours contre celui à qui elle a rendu service[12].

Dans une étude récente[13], une nouvelle interprétation du cautionnement et de solutions relatives à son régime a été proposée en voyant dans le caractère subsidiaire de cette sûreté l'expression de son indépendance par rapport à l'obligation principale. L'analyse est audacieuse car elle reconsidère ce qui est traditionnellement décrit à travers le caractère accessoire du cautionnement et ce qui, dans les règles ou les décisions judiciaires, apparaît comme une limite. L'absence de satisfaction du créancier ferait naître l'obligation de la caution et inversement. Cependant, il est à notre sens peu probable que l'on assiste avant longtemps à un tel changement de perception du cautionnement, tant la règle de l'accessoire le caractérise et constitue un critère de catégorisation des sûretés personnelles. Du reste, l'auteur reconnaît lui-même que la démonstration n'est pas toujours simple et peut prêter à discussion.

Notre propos n'est pas de revenir sur cette analyse novatrice, mais seulement de porter la réflexion sur le « degré de subsidiarité du cautionnement »[14] : le créancier impayé à l'échéance peut-il se retourner directement contre la caution ? La consultation des ouvrages consacrés au droit des sûretés montre qu'une divergence d'opinions existe toujours sur le principe de la hiérarchisation du paiement par le créancier[15]. Celle-ci surprend dès lors, non seulement, que le cautionnement est une institution ancienne mais aussi qu'il est vraisemblablement la sûreté la plus utilisée. Mais le sujet impose de ne pas cantonner la réflexion à cette controverse. Pour le traiter dans ses différents aspects, nous procéderons tout d'abord à la comparaison des deux figures du cautionnement conventionnel (I) et ensuite nous dépasserons celle-ci (II).

I – La comparaison des deux figures du cautionnement conventionnel

Il convient de s'intéresser à la demande en paiement dans le cas du cautionnement simple et dans celui du cautionnement solidaire. Une fois la dette parvenue à échéance, le créancier peut-il ou non s'adresser directement à la caution ? Nous nous attacherons tout d'abord à mettre en évidence la controverse qui existe sur cette question (**A**), et ensuite nous rechercherons les éléments qui permettent de la trancher (**B**).

A – La controverse sur l'existence d'un ordre à respecter pour le paiement

Le cautionnement simple est aujourd'hui une figure exceptionnelle par rapport au cautionnement solidaire parce que la stipulation de solidarité s'est généralisée[16]. Il a néanmoins constitué le modèle pour le législateur de 1804. Les deux cautionnements conventionnels se différencient notamment par le fait que seule la caution simple peut opposer au créancier le bénéfice de discussion. La controverse est extérieure à cette prérogative. Elle porte sur la nécessité pour le créancier de faire une demande préalable de paiement auprès du débiteur.

1 – Une controverse extérieure au bénéfice de discussion.

Les articles 2298 et suivants du Code civil ouvrent à la caution simple la faculté d'opposer aux premières poursuites du créancier une exception dilatoire destinée à amener ce dernier à obtenir satisfaction en procédant à l'exécution forcée de sa créance sur les biens du débiteur. Le législateur impose à la caution d'indiquer au créancier les biens qu'il pourra faire vendre (sachant qu'ils doivent être situés dans le ressort de la cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait), et il lui fait supporter le coût des poursuites.

Lorsque le bénéfice de discussion est correctement opposé au créancier, les poursuites à l'encontre de la caution ne pourront reprendre que si la dette n'a pas été intégralement payée par le produit de la vente des biens qui ont été discutés. Le législateur prévoit aussi que l'inaction du créancier à l'encontre du débiteur le rend responsable à l'égard de la caution de l'insolvabilité ultérieure de celui-ci. Autant dire que lorsque la caution simple discute dans les règles les biens du débiteur, son créancier est incité à agir immédiatement contre celui-ci.

La caution simple se voit ainsi reconnaître la faculté d'imposer au créancier son débiteur « naturel » en lui montrant que ce dernier peut surmonter lui-même sa défaillance parce que la consistance de son patrimoine le lui permet. La demande en paiement contre la caution sera dans cette occurrence gelée jusqu'à l'issue des poursuites engagées contre les biens discutés appartenant au débiteur. Cependant les conditions posées pour l'exercice de l'exception de discussion sont telles qu'elles peuvent dissuader les cautions d'opposer celle-ci au créancier ou amener le juge à les en priver.

Le bénéfice de discussion traduit bien la subsidiarité du cautionnement simple. Mais la subsidiarité du cautionnement se réduit-elle à cela ? C'est là qu'apparaît la controverse.

2 – La controverse sur la nécessité de faire une demande préalable de paiement auprès du débiteur.

Dans les deux figures du cautionnement conventionnel, le créancier impayé doit-il d'abord chercher à obtenir satisfaction auprès du débiteur principal avant d'agir contre la caution ? Dans l'affirmative, un auteur[17] expose comment il conviendrait alors de différencier la caution simple de la caution solidaire : « Pour la caution simple, la subsidiarité s'exprimerait ainsi en deux temps : d'abord le créancier devrait adresser une demande en paiement au débiteur principal ; à défaut d'exécution, il serait autorisé à poursuivre la caution. Mais cette dernière pourrait ensuite s'y opposer en invoquant le bénéfice de discussion, qui va beaucoup plus loin en obligeant le créancier à saisir les biens du débiteur principal. Dans le cas de la caution solidaire, le second temps serait supprimé, mais le premier demeurerait ».

La doctrine est divisée sur la nécessité pour le créancier de hiérarchiser sa demande en paiement sans y être contraint par la caution dans le cadre du bénéfice de discussion. Pour certains[18], elle n'a pas lieu d'être au regard de la nature des sûretés : « comme le titulaire d'une sûreté réelle peut choisir le bien grevé qu'il poursuivra, le titulaire d'une sûreté personnelle peut choisir le *solvens* qu'il poursuivra ». D'autres auteurs[19] pensent le contraire en insistant sur le fait que l'article 2288 du Code civil énonce que la caution se soumet à satisfaire à l'obligation du débiteur s'il « n'y satisfait pas lui-même », ou en faisant observer que la demande préalable de paiement auprès du débiteur constitue une exigence pertinente parce que conforme à l'éthique contractuelle[20]. La position doctrinale est parfois aussi prudente : « En réalité, on peut douter que la subsidiarité relève aujourd'hui de l'essence même du cautionnement »[21]. La controverse existait déjà au XIX^{e} siècle[22].

La divergence d'opinions résulte des interprétations qui ont été faites des dispositions du Code civil définissant le cautionnement et présentant le bénéfice de discussion. La définition du cautionnement par l'article 2288 du Code civil a conduit une frange de la doctrine à penser que l'absence de paiement du débiteur à l'échéance ne suffisait pas pour agir contre la caution[23]. S'agissant des articles 2298 et suivants du Code civil régissant le bénéfice de discussion, ils ont pu faire naître la conviction qu'une hiérarchie dans le paiement de la dette n'existait que lorsque la caution faisait jouer cette protection[24], sans toutefois que cette interprétation fasse l'unanimité[25].

Nous devons désormais rechercher les éléments permettant de trancher la controverse.

B – La recherche des éléments permettant de trancher la controverse

Il convient de se pencher sur le droit positif mais aussi de s'intéresser à l'avant-projet de réforme du droit des sûretés proposé par l'association Henri Capitant en septembre 2017[26].

1 – Les éléments tirés du droit positif.

À notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas eu à répondre directement à la question de savoir si le créancier devait d'abord rechercher son paiement auprès du débiteur. Cependant, sa position se devine dans plusieurs décisions. C'est ainsi qu'elle apparaît dans des affaires relatives aux effets de l'engagement solidaire ou au bénéfice de subrogation. Un arrêt du 6 janvier 1919[27] énonce par exemple que « lorsque la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur principal, son engagement se règle par les principes établis pour les dettes solidaires, et le créancier peut poursuivre indifféremment pour la totalité de la dette, le débiteur principal ou la caution solidaire ». De même, une décision rendue le 24 février 1987[28] affirme que « la valeur du droit pouvant être transmis par subrogation doit s'apprécier à la date de l'exigibilité de l'obligation de la caution, c'est-à-dire à la date de la défaillance du débiteur principal, qui en l'espèce, est celle de l'échéance impayée… ».

Dans une décision plus récente, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé[29] que la remise des poursuites consentie au débiteur défaillant dans un protocole d'accord n'affecte pas l'obligation de la caution solidaire. En l'espèce, la caution dirigeait la société débitrice et avait donc participé à la conclusion dudit protocole. La solution a été rendue sous le visa de l'article 1134 du Code civil (devenu **C. civ., art. 1103**), qui pose le principe de la force obligatoire des contrats et l'attendu par lequel l'arrêt de la cour d'appel est cassé met en évidence à la fois la distinction entre le *debitum* et *l'obligatio* et l'indépendance des actions contre la caution et le débiteur. L'hypothèse de la caution simple doit néanmoins constituer une limite à la renonciation par le créancier au droit d'agir contre le débiteur parce que l'on ne peut pas priver une telle caution du bénéfice de discussion sans son consentement exprès[30]. Le créancier qui s'est ménagé un cautionnement est donc en principe libre de recouvrer sa créance auprès du débiteur ou de la caution et cette liberté justifie que dès le jour de la défaillance du premier, il puisse solliciter directement auprès de la seconde la mise à exécution de son engagement.

Un autre élément du droit positif doit être pris en considération, à savoir l'article L. 331-2 du Code de la consommation issu de la loi *Dutreil* n° 2003-721 du 1er août 2003 relative à l'initiative économique. Cette disposition précise que : « Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil (**C. civ., art. 2298**) et en m'obligeant solidairement avec X je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X » ». Il nous paraît curieux que les auteurs contemporains n'aient pas intégré ce texte au débat alors qu'au regard de la portée des règles que contient la loi précitée de 2003, l'on peut considérer que le Code de la consommation est devenu le siège d'un nouveau droit commun du cautionnement[31]. L'article L. 331-2 du Code de la consommation n'est peut-être tout simplement pas de nature à trancher la controverse.

D'un côté, cette disposition peut donner à penser que la caution qui souscrit un engagement solidaire est censée seulement prendre conscience qu'elle ne pourra plus opposer au créancier le bénéfice de discussion et qu'elle peut encore attendre de lui qu'il s'adresse d'abord au débiteur pour se faire payer. Mais cette analyse peut, nous semble-t-il, être contestée en considération de la combinaison de deux observations : la mention qui doit être reproduite par la caution fait état de son obligation solidaire et elle l'informe de l'empêchement qui lui est fait de demander la poursuite préalable du débiteur, ce qui est une expression très générale. Dans l'esprit de la caution sollicitée pour un cautionnement solidaire et ayant reproduit ladite mention, il y a en définitive fort peu de chances qu'elle considère malgré tout qu'elle n'est pas placée sur le même plan que le débiteur principal. À elle seule déjà, la notion de solidarité a conduit certains auteurs[32] à faire cette analyse.

Pour trancher le débat dans le sens de l'absence de hiérarchie entre le débiteur et la caution, l'on doit, à notre sens, également relire la définition du cautionnement (**C. civ., art. 2288**) en ayant à l'esprit cette affirmation du professeur Christian Mouly[33] : « La garantie de l'échéance fait partie de la garantie procurée par le cautionnement ». Le créancier bénéficiaire d'un cautionnement compte en effet sur cette garantie pour obtenir l'exécution du paiement à la date convenue, sans avoir à justifier auprès de la caution d'une mise en demeure adressée au débiteur[34] Cette solution est respectueuse de la finalité de cette sûreté.

Il convient d'ajouter que si les rédacteurs du Code civil ont indéniablement œuvré à la protection de la caution, ils n'ont pas non plus ignoré l'intérêt du créancier. Les conditions posées à l'exercice du bénéfice de discussion en témoignent[35] C'est pourquoi, il est en réalité difficile d'admettre que les rédacteurs du Code civil ont sous-entendu que le créancier impayé ne pouvait pas agir contre la caution s'il n'avait pas recherché d'abord à obtenir satisfaction auprès du débiteur. Pour que le recouvrement de la créance soit conforme à l'attente du créancier, il doit rester simple. Il n'en reste pas moins que comme cela a été observé[36], le paiement par le débiteur est la meilleure des solutions parce qu'il éteint l'ensemble des rapports contractuels et écarte le risque de contentieux avec la caution dont les moyens de défense sont nombreux. Aussi, il n'est pas rare en pratique que le créancier interpelle d'abord son débiteur pour se faire payer[37].

2 – Les éléments tirés de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés.

L'avant-projet de réforme du droit des sûretés proposé en septembre 2017 par l'association Henri Capitant[38] opère des clarifications qui nous paraissent corroborer l'absence de hiérarchisation du paiement de la dette entre le débiteur et la caution. Il est tout d'abord suggéré de donner une définition plus claire du cautionnement. L'article 2288-1 de l'avant-projet énonce en effet que « le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers un créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci ». L'expression « si le débiteur n'y satisfait pas lui-même » de l'actuel article 2288 du Code civil disparaît.

Ensuite, dans ce même souci de clarification du droit du cautionnement, l'article 2305 de l'avant-projet de réforme renouvelle la présentation du bénéfice de discussion. Il est précisé à cette fin que cette prérogative « permet à la caution d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal ». Il est donc permis de considérer que si la caution ne se prévaut pas de l'exception qui lui est conférée, elle peut être poursuivie en première ligne par le créancier[39].

Enfin, il y a lieu d'observer que l'avant-projet de réforme soumet le cautionnement solidaire consenti par une personne physique à la mention par laquelle « elle reconnaît être tenue solidairement et ne pouvoir exiger du créancier ni qu'il poursuive d'abord le débiteur, ni le cas échéant, qu'il divise ses poursuites entre les cautions ». Les rédacteurs de l'avant-projet se sont inspirés de l'article L. 331-2 du Code de la consommation qui est issu de la loi *Dutreil* de 2003. Cependant, la rédaction diffère : non seulement la disposition proposée[40] se montre indifférente à la personne du créancier bénéficiaire du cautionnement, mais aussi la formulation utilisée montre mieux que la caution est sur le même plan que le débiteur.

L'existence d'un ordre de poursuite ne devrait donc plus à notre sens poser problème à la lecture de ces probables futures dispositions du Code civil relatives au cautionnement[41]. Le degré de subsidiarité du cautionnement mérite désormais d'être apprécié par-delà la comparaison du cautionnement simple et du cautionnement solidaire.

II – La subsidiarité par-delà la comparaison des cautionnements conventionnels

Il peut tout d'abord arriver que la subsidiarité dans le paiement de la dette ait été consentie à la caution par le créancier (**A**). Mais l'examen de la jurisprudence montre aussi que de façon plus originale, la subsidiarité du cautionnement au sens d'un ordre à respecter par le créancier pour obtenir son paiement peut procéder d'une règle particulière et lui être par conséquent imposée (**B**).

A – La subsidiarité consentie par le créancier

La subsidiarité peut parfaitement entrer dans le champ contractuel de la caution. Une clause de subsidiarité n'est cependant vraisemblablement pas souvent stipulée en pratique au regard du faible contentieux qui s'y rapporte. Il est vrai que le créancier n'y a pas intérêt. Mais elle peut constituer pour lui un élément intéressant pour convaincre la caution à donner son consentement.

Un tel aménagement contractuel confère à la caution une meilleure protection de ses intérêts que le bénéfice de discussion dans la mesure où les conditions posées pour l'exercice de ce dernier ne jouent pas. Ainsi a été rejeté[42] le pourvoi d'une banque qui cherchait à faire valoir que les stipulations du cautionnement prévoyant qu'elle ne pourrait exercer son recours contre la caution qu'après avoir épuisé d'autres garanties énumérées dans l'acte constituaient un bénéfice de discussion contractuel et impliquait par conséquent, pour être valablement opposé au créancier, que la caution fasse l'avance des frais de discussion. De plus, le fait pour la caution d'avoir expressément renoncé à l'exception de discussion prévue par la loi ne doit pas l'empêcher d'invoquer la stipulation de subsidiarité.

La Cour de cassation veille au respect de cette clause. Elle a[43] ainsi à juste titre cassé sur le fondement de l'article 1134 du Code civil[44], une décision qui avait fait prévaloir le caractère solidaire du cautionnement sur l'engagement pris par écrit par une banque de mettre en œuvre un gage en cas de non-remboursement du solde d'un compte courant et d'exécuter le cautionnement en cas de défaut de règlement de la totalité du solde débiteur restant dû. L'aménagement licite que les parties avaient apporté aux effets de la solidarité devait être mis à exécution. La décision est également intéressante parce que les juges d'appel avaient considéré que l'arrêt des poursuites individuelles consécutif à l'ouverture de la procédure collective avait empêché la banque de demander la réalisation de son gage. La Cour de cassation n'a pas entériné ce raisonnement en relevant que le créancier gagiste pouvait demander l'attribution judiciaire du gage puisqu'un jugement de liquidation judiciaire avait été prononcé contre le débiteur.

Un arrêt rendu le 26 mars 2015 par la cour d'appel de Paris[45] mérite aussi d'être rapporté. Il fait produire effet à une clause de subsidiarité d'un cautionnement consenti par le principal associé de la société débitrice alors qu'elle s'évince d'un accord de restructuration de la dette de celle-ci et de l'acte de prêt qui lui a été accordé moyennant la constitution de garanties. Autrement dit, la caution a pu se prévaloir d'une clause de subsidiarité intégrée au contrat de base dont elle a eu connaissance et qui consistait dans la cession préalable du fonds de commerce nanti au profit du prêteur. Les juges parisiens ont par ailleurs refusé d'admettre que la clause de subsidiarité était devenue caduque parce que le plan de redressement homologué par le tribunal n'en faisait pas mention et qu'il avait rendu inaliénable le fonds de commerce. Ils ont considéré que le jugement arrêtant le plan n'avait pas à statuer sur la subsidiarité du cautionnement consenti par le principal associé de la société débitrice qui était un tiers par rapport à la procédure collective, et que l'inaliénabilité du fonds de commerce n'était que temporaire parce qu'étant étalonnée à la durée du plan.

C'est parfois en procédant à une lecture attentive de l'acte de prêt ou du contrat de cautionnement que les juges seront convaincus du consentement du créancier à la subsidiarité. Par exemple, si un emprunt est garanti à la fois par une cession de loyers échus ou à échoir et par un cautionnement, mais que l'acte de prêt prévoit la cession conditionnelle des loyers dus à l'emprunteur à compter du non-paiement d'une seule échéance, les juges peuvent être amenés à considérer que le créancier a implicitement consenti à ne faire intervenir la caution que subsidiairement. La prudence est cependant de mise car il est de principe que le simple fait pour un créancier de s'être ménagé plusieurs sûretés dont un cautionnement, n'autorise pas la caution à lui opposer qu'elle ne sera tenue qu'après la mise en œuvre des autres sûretés. Le droit au recouvrement des créanciers passe en effet non seulement par le libre recours aux sûretés, mais aussi par le droit de choisir l'ordre des sûretés[46]. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés préparé au sein de l'association Henri Capitant propose d'ailleurs de consacrer cette liberté dans le Code civil, en la faisant apparaître parmi les dispositions du chapitre préliminaire du futur *Livre IV* dédié aux sûretés[47].

La Cour de cassation[48] a eu par ailleurs à trancher la question de savoir si une clause de conciliation stipulée dans un acte de prêt pouvait être opposée par la caution au créancier afin d'empêcher ce dernier d'obtenir satisfaction auprès d'elle. La fin de non-recevoir soulevée par la caution a été admise par les juges de la cour d'appel qui ont vu dans la procédure préalable de conciliation une exception inhérente à la dette. La Cour de cassation a cependant considéré que les articles 2313 du Code civil et 122 du Code de procédure civile avaient été violés parce que cette fin de non-recevoir « ne concerne lorsqu'une telle clause figure dans un contrat de prêt, que les modalités d'exercice de l'action du créancier contre le débiteur principal et non la dette de remboursement elle-même dont la caution est également tenue, de sorte qu'elle ne constitue pas une exception inhérente à la dette ». Cet attendu laisse clairement entendre que la solution aurait été différente si la clause avait été stipulée dans l'acte de cautionnement parce qu'elle aurait alors fixé les modalités d'exercice de l'action du créancier contre la caution.

Cette décision a divisé la doctrine. Certains auteurs l'ont approuvée à l'aune de la distinction du *debitum* et de *l'obligatio*[49] ou pour la bonne application qu'elle fait de l'article 2313 du Code civil qui permet seulement à la caution d'exciper des exceptions inhérentes à la dette[50]. D'autres ont au contraire critiqué la position de la Cour de cassation soit parce que l'analyse qu'elle consacre du cautionnement au regard de l'approche dualiste de l'obligation est parfaitement réfutable[51], soit parce que la distinction entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles au débiteur pose un problème[52]. Il nous semble, quant à nous, que la clause de conciliation renforce la subsidiarité du cautionnement. Les parties au contrat de prêt se sont entendues pour réaliser cette procédure amiable en cas de défaillance du débiteur et comme elles connaissent l'existence du cautionnement, elles souhaitent implicitement que celui-ci ne soit mis en œuvre qu'une fois que ladite procédure aura été respectée. Le juge du cautionnement saisi par le créancier sans que cette étape préalable n'ait été organisée devrait surseoir à statuer dans l'attente d'un éventuel accord dont l'objet ne peut être que la dette garantie.

Il n'en va pas seulement de l'intérêt d'une bonne administration de la justice. En effet, le cautionnement ne saurait légitimer le non-respect par le créancier d'un engagement contractuel dont le débiteur et la caution peuvent tirer profit parce qu'il peut déboucher sur une transaction. Comme le fait observer le professeur Philippe Théry[53] : « La tentative de conciliation entre créancier et débiteur trouve sa raison d'être dans un possible aménagement de l'exécution de l'obligation qui affecte nécessairement la situation de la caution... [elle] n'est pas une faveur que le créancier consent au débiteur, mais une manière de régler un litige dont l'objet ne peut être que la dette ». Le créancier ne devrait pas pouvoir rester le maître de la mise en œuvre de la clause de conciliation parce qu'il dispose d'un cautionnement. Au contraire, l'existence de celui-ci rend encore plus nécessaire l'accomplissement de cette démarche. La position adoptée par la Cour de cassation est d'autant plus critiquable que la caution était en l'espèce gérante de la société débitrice et que le prêt consenti à cette dernière avait fait l'objet d'un acte notarié[54] . La gérante s'était vue ainsi expliquer par le notaire qu'en cas de déchéance du terme pour cause d'incident de paiement du débiteur, le différend entre la banque et l'emprunteur ferait l'objet d'une procédure de conciliation avant toute instance judiciaire.

La subsidiarité dont est susceptible de se prévaloir la caution à l'égard du créancier ne résulte pas toujours des conditions dans lesquelles le cautionnement a été consenti. L'examen de la jurisprudence montre en effet qu'une subsidiarité peut être imposée au créancier par une règle particulière.

B – La subsidiarité imposée au créancier

Le cas de figure particulier qui mérite d'être exposé est celui du cautionnement solidaire des dettes d'une société souscrit au profit d'une banque auprès de laquelle l'emprunteur cède ensuite des créances professionnelles au moyen d'un bordereau Dailly.

Les dispositions du Code monétaire et financier régissant cette cession prévoient que lorsque le cessionnaire la notifie aux débiteurs cédés, ces derniers ne doivent plus effectuer leur paiement entre les mains du signataire du bordereau[55] et que le cédant est garant solidaire du paiement des créances cédées[56] . Cependant, par faveur pour ce dernier, la jurisprudence[57] a soumis le recours du cessionnaire contre le cédant-garant à la justification d'une demande amiable en paiement contre le débiteur cédé à moins de justifier de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement.

Dans une affaire où la société cédante avait été mise en liquidation judiciaire, la Cour de cassation[58] a considéré que sa caution pouvait se prévaloir à l'encontre de la banque cessionnaire du non-respect de cette démarche préalable. Il doit être en premier lieu remarqué que cette dernière est attachée à une modalité de la cession de créances par bordereau Dailly. On se rend compte ensuite que la décision ne fait pas de la demande amiable à justifier une exception personnelle au cédant et que le non-paiement du cessionnaire à l'échéance de la créance cédée ne suffit pas pour agir contre la caution.

La décision fait apparaître la volonté des juges de faire respecter les conséquences du choix de l'option de notification de la cession aux débiteurs cédés offerte à l'établissement de crédit. Celui-ci décide par là-même que le recouvrement des créances se fera désormais entre ses mains et pour la jurisprudence, la mise à exécution de la garantie dont il dispose implique de sa part qu'il démontre qu'il ne lui a pas été possible d'obtenir le paiement auprès du débiteur cédé[59]. Cette règle apporte une restriction à la liberté qui est par principe reconnue au créancier dans la mise en œuvre de ses droits accessoires pour obtenir le paiement de sa créance. En l'espèce, on peut cependant considérer que la Cour de cassation s'est montrée très sévère envers le cessionnaire parce qu'elle a refusé de tenir compte de la mise en demeure de payer qui avait été adressée au débiteur cédé après l'assignation de la caution.

Conclusion. Un certain nombre d'arguments permettent selon nous d'avoir la conviction qu'en matière de cautionnement, la subsidiarité ne s'exprime pas, sauf exception, sous la forme d'une hiérarchie à respecter pour le paiement à l'échéance. Même dans la figure du cautionnement simple que les rédacteurs du Code civil ont considérée comme un modèle, elle n'est pas automatique puisqu'elle est entre les mains de la caution (elle prend la forme d'une exception) et est soumise à certaines conditions. Sans qu'elle apparaisse toujours avec la netteté qui lui éviterait d'être discutée ou non reconnue, une clause particulière du contrat de cautionnement et même parfois du contrat de base peut en revanche imposer au créancier une démarche préalable contre le débiteur dont la caution est alors en droit d'attendre le respect. À défaut de stipulation l'organisant ou de hiérarchisation volontaire du paiement par le créancier estimant que pour lui la meilleure des solutions est de rechercher d'abord à obtenir satisfaction auprès du débiteur, l'on doit considérer que la subsidiarité se réduit au seul constat du non-paiement de la dette à l'échéance par ce dernier, et donc dans l'interdiction d'agir contre la caution avant cet événement[60]. Le cantonnement du degré supplémentaire de subsidiarité au bénéfice de discussion apparaîtra mieux dans le prochain *Livre IV* du Code civil si la réforme annoncée du droit des sûretés s'opère sur la base des propositions faites par la commission établie sous l'égide de l'association Henri Capitant[61].

Notes de bas de pages

1.

V. la synthèse de Millon-Delsol C., Le principe de subsidiarité, 1993, PUF, Que sais-je. Selon l'auteur, ce principe exprime l'idée que « chaque autorité a pour mission d'inciter, de soutenir, et en dernier lieu, de suppléer s'il le faut, les acteurs insuffisants » (p. 7).

2.

TUE , version consolidée 2016/C 202/01, art. 5, § 3 (compétences partagées), JOUE du 7 juin 2016.

3.

V. Raynard J., « À propos de la subsidiarité en droit privé », in Mélanges Mouly, t. 1, 1998, Litec, p. 131 ; « Casson P., Le subsidiaire et le droit privé », RRJ 2001, p. 143 ; Gouëzel A., La subsidiarité en droit privé, 2013, Economica.

4.

V. Rouvière F., « Le caractère subsidiaire du cautionnement », RTD com. 2012, p. 689.

5.

Cornu G., Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, 12e éd., 2018, PUF, V° subsidiaire.

6.

Bourrassin M. et Brémond V., Droit des sûretés, 6e éd, Sirey, p. 79, n° 137 ; Pellier J.-D., Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, t. 539, 2012, LGDJ, Bibl. dr. privé, p. 277 et s, n° 174.

7.

V. Raynard J., « À propos de la subsidiarité en droit privé », in Mélanges Mouly, t. 1, 1998, Litec, p. 138.

8.

Juillet C. « Les accessoires de la créance », 2009, Defrénois, coll. de thèses, t. 37, n° 249, p. 156, note 665s; Pellier J.-D., Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, t. 539, 2012, LGDJ, Bibl. dr. privé, p. 409, n° 264 ; Piette G., Droit des sûretés, 11e éd., 2018, Gualino, p. 33.

9.

Gouëzel A., La subsidiarité en droit privé, 2013, Economica, p. 234, n° 351.

10.

Marty G., Raynaud P. et Jestaz P., Droit civil : Les sûretés, la publicité foncière, 2e éd., Sirey, 1987, n° 569 ; Aynès L. et Crocq P., Droit des sûretés, 11e éd., LGDJ, p. 36, n° 101.

11.

En ce sens, v. Barthez A.-S. et Houtcieff D., Les sûretés personnelles : traité de droit civil, 1re éd., LGDJ, p. 47, n° 50 ; v. aussi François J., Les sûretés personnelles, 2004, Economica, Droit civil, t. 7 : l'auteur rejette l'explication fondée sur la subsidiarité (p. 33, n° 45,) et justifie les recours de la caution en observant que « La caution n'est qu'un garant. » (p. 232, n° 270).

12.

L'avant-projet de réforme proposé par l'association Henri Capitant en septembre 2017 nous paraît aller dans le sens de cette justification (v. http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf). L'article 2286-1, al. 1 C. civ. qu'il préconise définit en effet la sûreté personnelle comme « l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette qui dispose d'un recours contre le débiteur principal ». Le recours après paiement est ainsi mis en rapport avec la notion de sûreté personnelle.

13.

V. Rouvière F., « Le caractère subsidiaire du cautionnement », RTD com. 2012, p. 689

14.

L'expression est empruntée au professeur Gouëzel A., La subsidiarité en droit privé, 2013, Economica, p. 281, n° 416.

15.

V. notes 18 à 25 de la présente étude.

16.

Il convient de préciser que si la solidarité est présumée en matière commerciale, le Code de la consommation soumet le cautionnement des dirigeants de sociétés en tant que personnes physiques à un formalisme exigé ad validitatem (V. C. consom., art. L. 331-1 et C. consom., art. L. 331-2).

17.

Gouëzel A., La subsidiarité en droit privé, 2013, Economica, p. 282, n° 417.

18.

Cabrillac M., Mouly C., Cabrillac S., Pétel P., Droit des sûretés, 10e éd., 2015, Lexisnexis, p. 175, n° 240 ; v. aussi dans le même ouvrage, p. 64, n° 77 ; François J., Les sûretés personnelles, 2004, Economica, Droit civil, t. 7, n° 45, p. 33 ; Barthez A.-S. et Houtcieff D., Les sûretés personnelles : traité de droit civil, 1re éd., LGDJ, p. 47, n° 50.

19.

Simler P. et Delebecque P., Les sûretés : la publicité foncière, 7e éd., 2016, Dalloz, Précis, p. 41, note 2 ; Bourrassin M., Brémond V., Droit des sûretés, 6e éd, Sirey, p. 79, n° 137 ; Juillet C. « Les accessoires de la créance », 2009, Defrénois, coll. thèses, t. 37, n° 249, p. 153 ; Pellier J.-D., Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, t. 539, 2012, LGDJ, Bibl. dr. privé, p. 277, n° 174 ; Piette G., Droit des sûretés, 11e éd., Gualino, p. 33.

20.

Gouëzel A., La subsidiarité en droit privé, 2013, Economica, p. 285, n° 421. L'auteur distingue néanmoins la mise en demeure de la simple demande en paiement pour laquelle il est favorable.

21.

Picod Y., Droit des sûretés, 2e éd., 2011, PUF, p. 43, n° 30.

22.

Favorables à la constatation de la carence du débiteur, v. Duranton M., Cours de droit français suivant le Code civil, 1834, t. 18, p. 343 ; Baudry-Lacantinerie G. et Wahl A., Traité théorique et pratique de droit civil : des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction, 3e éd., 1907, n° 1023 ; mais contra, v. Troplong M., Le droit civil expliqué : du cautionnement, 1846, t. 17, p. 218 et s, n° 232 ; Guillouard L., Traité du cautionnement et des transactions (C. civ., art. 2011 à 2058), 1894, n° 117, p. 128 et s.

23.

V. note 19 de la présente étude.

24.

V. par ex. Piedelièvre S., Droit des sûretés, 2e éd., 2015, Ellipses, p. 27, n° 31 ; Legeais D., Droit des sûretés et garanties du crédit, 11e éd., LGDJ, p. 60, n° 60 ; Aynès L., Lamy droit des sûretés, Cautionnement, n° 105-60.

25.

V. par ex. Pellier J.-D., Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, t. 539, 2012, LGDJ, Bibl. dr. privé, p. 277, n° 174 ; Juillet C., « Les accessoires de la créance », Defrénois, coll. thèses, t. 37, 2009, n° 249, p. 156.

26.

Avant-projet préc.

27.

Cass. civ., 6 janv. 1919 : D. 1923, p. 112.

28.

Cass. 1re civ., 24 févr. 1987, n° 85-12406, Bull. civ. I, n° 64 ; D. 1987, somm. 451, obs. Aynès L.

29.

Cass. com., 22 mai 2007, n° 06-12196, Bull. civ IV, n° 136 ; D. 2007, p. 1656, obs. Avena-Robardet V. ; D. 2007, p. 1656, note Deshayes O. ;

RD bancaire et fin. 2008, n° 147, obs. Cerles A. ; Banque et droit 2007, p. 67, n° 115, obs. Rontchevsky N. ; JCP G 2017, I, p. 212, n° 8, obs. Simler P.

30.

V. Sigalas P., Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire, thèse, 1959, Aix, p. 101 et s, nos108 et s. L'attendu de principe de l'arrêt du 22 mai 2017 ne s'adresse qu'à la caution solidaire. S'agissant des rapports entre le créancier professionnel et la caution personne-physique, une mention manuscrite particulière doit par ailleurs être apposée sur l'instrumentum.

31.

Legeais D., « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », JCP E 2003, p 1433.

32.

V. Ancel P., Droit des sûretés, 7e éd., 2014, Lexisnexis, p. 32, n° 66 ; Aynès L., Lamy droit des sûretés, Cautionnement, n° 105-60.

33.

Mouly C., Les causes d'extinction du cautionnement, 1979, Librairies techniques, p. 291, n° 236.

34.

V. aussi Cabrillac M. et a, Droit des sûretés, 10e éd. 2015, Lexisnexis, n° 250, p. 181.

35.

V. Zenati-Castaing F. et Revet T., Les sûretés personnelles, 2013, PUF, Droit fondamental, p. 34, n° 4.

36.

Gouëzel A., La subsidiarité en droit privé, 2013, Economica, p. 285, n° 421 ; v. égal. Cabrillac M. et a., Droit des sûretés, 10e éd., 2015, Lexisnexis, p. 175, n° 240.

37.

V. Simler P. et Delebecque P., Les sûretés : la publicité foncière, 7e éd., 2016, Dalloz, Précis, p. 41, note 2.

38.

Avant-projet préc.

39.

V. égal. Pellier J.-D., « Une certaine idée du cautionnement », D. 2018, p. 686, spéc. p. 690, note 54, qui regrette la généralité de ce texte au motif que la mise en demeure préalable du débiteur est nécessaire.

40.

C. civ., art. 2298, al. 2, de l'avant-projet.

41.

En faveur d'une redéfinition du cautionnement, v. Zenati-Castaing F. et Revet T., Les sûretés personnelles, 2013, PUF, Droit fondamental, p. 104 et s, n° 29.

42.

Cass. com., 12 avr. 2005, n° 03-21116, D.

43.

Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-16269 : Bull. civ. IV, n° 144 ; BJS nov. 1996, n° 331, p. 919, note Delebecque P.

44.

Devenu l'article 1103 du Code civil, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

45.

CA Paris, 26 mars 2015, n° 13/19103.

46.

Salati O., Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires, 2000, PUAM, p. 162 et s, nos114 et s. Pour une illustration, v. Cass. com., 14 juin 1994, n° 91-21315 : Bull. civ. IV, n° 209, p. 167 ; Defrénois 30 janv. 1995, n° 35978, p. 96, note Piedelièvre S.

47.

C. civ., art. 2286-4 de l'avant-projet.

48.

Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-19734 : Bull. civ. IV, n° 144 ; JCP E 2015, p. 1557, note Pellier J.-D. ; RLDC 2016, n° 133, note Mignot M. ; Gaz. Pal. 22 déc. 2015, n° 253b2, p. 15, note Amrani-Mekki S. ; Procédures 2015, n° 12, comm. 345, obs. Strickler Y. ; Mazeaud V., D. 2016, p. 628 ; RTD civ. 2015, p. 932, obs. Théry P. ; RTD civ. 2015, p. 917, obs. Crocq P.; Rev. dr. banc. fin. n° 1, janv. 2016, comm. 16., Legeais D.

49.

Crocq P., RTD civ. 2015, p. 917.

50.

Pellier J.-D., JCP E 2015, p. 1557.

51.

V. Mazeaud V., D. 2016, p. 628

52.

Legeais D., Rev. dr. banc. fin., n°1, janv. 2016, comm. 16; RLDC 2016, n° 133, note Mignot M.

53.

Théry P., RTD civ. 2015, p. 932.

54.

V. CA Aix-en-Provence, 23 janv. 2014, n° 11/09051.

55.

C. mon. fin., art. L. 313-28.

56.

C. mon. fin., art. L. 313-24.

57.

Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-13736, Bull. civ. IV, n° 197 ; RTD com. 2007, p. 821, obs. Legeais D. ; RD bancaire et fin. 2007, n° 210, obs. Crédot F. et Samin T.; Banque et droit 2008, p. 53, obs. Jacob F.

58.

Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-12951 : Bull. civ. à paraître ; LPA 11 déc. 2017, n° 246, p. 9 et s, obs. Andreu L. ; RDC 1er juin 2017, n° 2, p. 256, note Libchaber R.

59.

V. Bonneau T., Droit bancaire, 11e éd., 2015, LGDJ, p. 558, n° 754. Une simple demande est suffisante.

60.

Un auteur (Gouëzel A., La subsidiarité en droit privé, 2013, Economica, p. 236 et s, nos353 et s) en déduit aussi en reconnaissant à l'obligation subsidiaire la qualification d'obligation conditionnelle, que la faute du créancier consistant à provoquer la défaillance du débiteur a pour conséquence de le priver de son droit d'agir contre la caution. Mais parce que la référence à ladite qualification est largement contestée, c'est plutôt sur le terrain de la responsabilité que la caution pourra obtenir une libération en démontrant que le créancier lui a fait perdre une chance de ne pas être appelée.

61.

V. le I, B de cette étude.

Référence : LPA 24 sep. 2018, n° 138z8, p.5

Référence : AJU59314

À lire également

DROIT CIVIL

L'évolution limitée de la règle de proportionnalité du cautionnement

DROIT CIVIL

Licéité du cautionnement à durée indéterminée et prise en compte des biens communs dans l'appréciation de la disproportion

DROIT CIVIL

Sûretés : les principales dispositions de l'ordonnance du 15 septembre 2021