

CRFPA 2026



CAP'BARREAU
Prépa CRFPA

FASCICULE DE COURS

DROIT CIVIL

Droit des sûretés

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES.....	2
INTRODUCTION.....	5
TITRE 1 – LES SÛRETÉS PERSONNELLES.....	9
<i>CHAPITRE 1 : LE CAUTIONNEMENT</i>	9
Section 1 – La notion de cautionnement	9
A – Le caractère contractuel du cautionnement	10
1 - Les caractères du cautionnement	10
2 - Le cautionnement, source d'obligations distinctes	13
B – Le caractère accessoire du cautionnement	13
C – Le caractère subsidiaire du cautionnement	15
Section 2 – Les conditions de formation du cautionnement	17
A – Les Conditions de fond de validité de l'acte de cautionnement	17
1 - Le consentement de la caution	17
2 - La capacité et le pouvoir de contracter	22
3 - Le contenu licite et certain de l'acte de cautionnement	25
B – Les conditions formelles et probatoires de l'acte de cautionnement	32
1 - Le formalisme ad validitatem	33
2 - Le formalisme ad probationem	35
Section 3 – Les effets du cautionnement	37
A – Les effets du cautionnement entre le créancier et la caution	37
1 - L'information de la caution par le créancier	37
2 - Le droit de poursuite en faveur du créancier	40
B – Les effets du cautionnement entre le débiteur et la caution	44
1 - Le recours personnel de la caution	44
2 - Le recours subrogatoire de la caution	45
C – Les effets du cautionnement entre les cofidélus	45
D – Les effets du cautionnement face à une procédure d'insolvabilité	46
1 - Les effets corrélatifs de l'ouverture de la procédure de surendettement	46
2 - Les effets corrélatifs de l'ouverture de la procédure collective	47
Section 4 – La disparition du cautionnement	48
A – L'extinction de l'obligation de la caution par la voie accessoire	48
1 - La satisfaction directe du créancier	48
2 - La satisfaction indirecte du créancier	49
B – L'extinction de l'obligation par la voie principale	50
1 - L'extinction de l'obligation de couverture	50
2 - L'extinction de l'obligation de règlement	51
<i>CHAPITRE 2 : LES SÛRETÉS PERSONNELLES EN DEHORS DU CAUTIONNEMENT</i>	53
Section unique – Le porte-fort d'exécution	53
A – Le contenu de la notion de promesse de porte-fort	53
B – Le régime attaché au porte-fort d'exécution	54
C – Les effets attachés au porte-fort d'exécution	54
TITRE 2 – LES SÛRETÉS RÉELLES.....	56
<i>CHAPITRE 1 : LE DROIT DE RÉTENTION</i>	56
Section 1 – Les conditions d'exercice du droit de rétention	57
A – L'existence d'une créance	57
B – La détention	57
C – La connexité	58

1 - La connexité matérielle	58
2 - La connexité juridique	59
3 - La connexité conventionnelle	59
D - Le droit de rétention fictif	60
Section 2 - Les effets du droit de rétention	60
A - Les effets du droit de rétention entre les parties	60
B - Les effets du droit de rétention à l'égard des tiers	61
Section 3 - L'extinction du droit de rétention	62
 <i>CHAPITRE 2 : LE GAGE</i>	 63
Section 1 - Le gage de droit commun	63
A - Les éléments constitutifs du gage	63
1 - Les conditions de licéité de l'opération de gage	63
2 - Les conditions relatives à l'opposabilité du gage à l'égard des tiers	66
B - Le régime du gage	67
1 - Les obligations issues du gage	67
2 - La réalisation du gage	69
Section 2 - Le gage sur véhicule automobile	72
 <i>CHAPITRE 3 : LE NANTISSEMENT</i>	 74
Section 1 - Le nantissement de créance	74
A - Les conditions de constitution du nantissement de créance	74
1 - Les conditions de validité du nantissement de créance	74
2 - Les conditions d'opposabilité du nantissement de créance	75
B - Les effets du nantissement	76
Section 2 - Les nantissements spéciaux	76
A - Le nantissement du fonds de commerce	76
1 - Les conditions de fond de constitution du nantissement du fonds de commerce	77
2 - Les conditions de forme de constitution du nantissement du fonds de commerce	77
3 - La réalisation du nantissement du fonds de commerce	78
B - Les nantissements de droits sociaux	78
1 - Le nantissement de comptes-titres	78
2 - Le nantissement de parts sociales	80
 <i>CHAPITRE 4 : LES PRIVILÈGES</i>	 81
Section 1 - Les créances privilégiées	82
A - Les privilèges généraux	82
B - Les privilèges spéciaux	82
1 - Les privilèges relevant de l'existence d'un gage tacite	82
2 - Les privilèges par l'intégration d'un bien à l'actif du patrimoine du débiteur	83
Section 2 - L'organisation des privilèges	83
A - La concurrence entre privilèges mobiliers généraux	83
B - La concurrence entre privilèges mobiliers généraux et privilèges mobiliers spéciaux	84
C - La concurrence entre privilèges mobiliers spéciaux	84
D - La concurrence entre privilèges immobiliers	85
 <i>CHAPITRE 5 : LES HYPOTHÈQUES</i>	 85
Section 1 - L'hypothèque conventionnelle	86
A - Les conditions de constitution de l'hypothèque conventionnelle	87
1 - Les conditions de fond	87
2 - Les conditions de forme	89
B - Les conséquences attachées à l'hypothèque conventionnelle	92
1 - Les rapports entre le constituant et le créancier hypothécaire	92
2 - Les rapports entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers	94
3 - Les rapports entre le créancier hypothécaire et le tiers acquéreur	95
C - La transmission et l'extinction de l'hypothèque conventionnelle	96
1 - La transmission de l'hypothèque conventionnelle	96
2 - L'extinction de l'hypothèque conventionnelle	97
Section 2 - Les hypothèques non conventionnelles	97
A - Les hypothèques par l'effet de la loi : l'hypothèque légale	97

1 - Les hypothèques spéciales	98
2 - Les hypothèques générales	101
B – L'hypothèque générale par l'effet d'un jugement : l'hypothèque judiciaire	102

INTRODUCTION

Intérêt du droit des sûretés. Lorsque les obligations réciproques des parties doivent être exécutées simultanément (vente au comptant), il n'y a pas besoin de sûreté. C'est lorsque l'une des parties accorde un terme à l'autre que la sûreté révèle son intérêt ; la sûreté permet au créancier de se prémunir contre le risque inhérent à toute obligation à terme : la défaillance du débiteur au jour où il doit s'exécuter.

Ex. 1° Alors que son activité est florissante, un entrepreneur obtient d'une banque un prêt remboursable dans trois ans. Au jour de la survenance du terme, son activité s'est complètement effondrée et l'entreprise n'a plus assez d'actifs pour payer tous ses créanciers : heureusement, la banque avait obtenu le cautionnement du père de l'entrepreneur.

2° Un particulier obtient d'une banque un crédit immobilier alors qu'il est cadre d'entreprise. Dix ans après, il perd son travail et ne peut plus s'acquitter des mensualités de remboursement : heureusement, la banque avait subordonné le prêt à la constitution d'une hypothèque conventionnelle sur l'immeuble acquis à l'aide des fonds prêtés.

Sûreté et garantie. Il est d'usage de distinguer les garanties des sûretés. Selon Ph. Malaurie et L. Aynès, la garantie est le moyen par lequel le créancier se prémunit contre la défaillance de son débiteur. Cette définition large permet d'intégrer les sûretés dans la catégorie des garanties. En revanche, toute garantie n'est pas une sûreté : certaines garanties résultent du droit des obligations (exemple : l'exception d'inexécution, la résolution pour inexécution, l'action directe, la solidarité passive, etc.), d'autres ont leur domaine propre : ainsi le contrat d'assurance est une garantie dont l'objet n'est pas limité à la couverture du risque d'inexécution d'une obligation (un bailleur peut garantir le paiement des loyers en recourant à un cautionnement ou à une assurance). Les sûretés se distinguent de ces garanties dites intrinsèques en ce qu'elles s'ajoutent au rapport d'obligation (véritable idée de supplément) et trouvent une source distincte (par rapport à l'obligation qu'elles garantissent). La distinction apparaît dans le Code civil, qui distingue les garanties attachées à toute obligation et qui sont prévues dans la partie du code relative au régime général des obligations (Titre IV du Livre III), et les véritables sûretés qui font l'objet d'un livre autonome (Livre IV).

Sûretés personnelles et sûretés réelles. Parmi les sûretés, la *summa divisio* est celle des sûretés réelles et des sûretés personnelles. Les sûretés personnelles sont les sûretés dont la force de garantie vient de l'engagement d'un tiers à l'obligation garantie. Le créancier qui n'avait qu'un débiteur en a désormais deux ; il dispose en conséquence d'un droit de gage général sur deux patrimoines au lieu d'un. La sûreté personnelle, quelle qu'elle soit, met toujours en présence trois personnes différentes : le créancier garanti, le débiteur garanti et le garant personnel. En multipliant les débiteurs, le créancier dilue le risque qui pèse sur lui : plus ses obligés sont nombreux et moins il est probable qu'ils soient tous insolvable en même temps.

Les sûretés réelles sont les sûretés dont la force de garantie vient de l'engagement d'un ou plusieurs biens déterminés, ou d'un ensemble déterminé de biens (tous les meubles, tous les immeubles, etc.) : le créancier dispose désormais sur ce(s) bien(s) d'un droit renforcé, qui va lui permettre d'être préféré aux autres créanciers, voire d'exclure toute compétition avec eux dans le contexte de l'insolvabilité du débiteur. La sûreté réelle peut être accordée par le débiteur garanti ou par un tiers, elle peut ainsi s'insérer dans un rapport bipartite ou tripartite (dans ce cas, elle ressemble à une sûreté personnelle, raison pour laquelle elle est parfois appelée « cautionnement réel »).

Le droit de gage général. La plupart des créanciers sont dits **chirographaires** : ils sont, par principe, dépourvus de sûretés. L'*article 2284 du Code civil* crée un **droit de gage général** au profit des créanciers chirographaires en raison de la défaillance de leur débiteur. Ce droit de gage général permet à chaque créancier d'être payé sur l'ensemble des biens qui composent le patrimoine du débiteur qui s'est engagé personnellement, étant indiqué que ces biens peuvent avoir été acquis avant ou après la naissance de la dette.

Le droit de gage est assorti de deux actions distinctes qui sont prévues par le droit commun des obligations :

1. **L'action oblique** de l'*article 1341-1 du Code civil*. A noter : bien qu'elle puisse être engagée par un seul des créanciers du débiteur, le fruit de cette action bénéficie à l'ensemble des créanciers car le produit de l'action oblique intègre le patrimoine du débiteur dont les droits ont été réalisés obliquement.
2. **L'action paulienne** de l'*article 1341-2 du Code civil* qui permet au créancier qui l'intente avec succès de rendre inopposable un ou plusieurs actes du débiteur accompli(s) en fraude de ses droits. Contrairement à l'action oblique, le bénéfice de l'action paulienne ne profite qu'au créancier qui l'a intentée.

Attention ! L'action directe de l'*article 1341-3 du Code civil* n'est pas ouverte comme l'action oblique et l'action paulienne à tout créancier, elle doit être spécialement prévue par un texte.

Le droit de gage général présente plusieurs inconvénients principaux. D'une part, la composition du patrimoine du débiteur n'est pas toujours suffisante pour désintéresser le créancier, celui-ci ne pouvant s'ingérer dans la gestion du patrimoine de son débiteur. D'autre part, le créancier peut être victime de la gestion hasardeuse de son débiteur et souffrir corrélativement de la possible augmentation des dettes souscrites. A cela, les créanciers disposent tous du même rang en application des dispositions de l'*article 2285 du Code civil* qui fixe un principe d'égalité entre les créanciers sur les biens d'un débiteur : le premier qui saisit les biens de celui-ci sera donc le premier à être désintéressé : on parle de « *paiement au prix de la course* ». Lorsque plusieurs créanciers concourent sur le patrimoine et sont payés à proportion de leur créance, on dit qu'ils sont payés « *pari passu* ». Le droit des sûretés permet de déroger à ce traitement égalitaire de tous les créanciers d'un même débiteur.

Distinction entre les sûretés. Les sûretés se distinguent de la manière suivante :

- **Sûretés nommées et sûretés innommées.**
 - Par l'effet des réformes entreprises suite à l'*ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006* et de l'*ordonnance n°2021-1192 15 septembre 2021*, certaines sûretés issues de la pratique ou consacrées de manière prétorienne ont été incorporées dans le Code. Ainsi, le droit de rétention est passé de sûreté innommée à sûreté nommée. Désormais, peu de sûretés innommées subsistent et l'essentiel des sûretés figure dans le Code civil aux *articles 2284 à 2488-5 du Code civil*.
 - Il existe des sûretés réglementées dans d'autres Codes que celui du Code civil. Par exemple, on peut citer le nantissement de contrat d'assurance-vie inséré dans le Code des assurances,.
- **Sûretés réelles et sûretés personnelles.** Dans un souci de lisibilité, cette distinction déjà reprise dans le Code civil sera également celle retenue pour structurer ce fascicule.
 - **Sûretés personnelles.** Grâce aux sûretés personnelles, **le créancier bénéficie du concours d'un tiers, appelé garant, qui va s'engager à régler la dette du débiteur principal et/ou fournir une prestation différente qui viendra en lieu et place de la dette initiale.** Pour ce faire, ce tiers va donc souscrire une obligation auprès du créancier. Face à une sûreté personnelle, on peut donc dégager deux obligations

distinctes :

- Le débiteur principal est engagé à l'égard de son créancier pour le paiement de la dette principale pour laquelle il a eu recours à une sûreté ;
- Le garant est engagé à l'égard du créancier, étant indiqué que si le garant venait à être actionné en paiement de la dette en lieu et place du débiteur principal, il disposera d'un recours à l'encontre de celui-ci.
- Sûretés réelles. L'article 2323 du Code civil présente les sûretés réelles comme une technique d'affectation d'un bien en vue du paiement préférentiel, voire exclusif, du créancier.
 - Le créancier dispose d'un **droit de préférence (= droit pour le créancier d'être payé en priorité avant les autres créanciers à l'issue de la vente du bien)** sur la valeur d'un ou de plusieurs biens dans le patrimoine du débiteur. Deux situations pratiques peuvent se présenter :
 - Le titulaire du droit de préférence peut souhaiter faire saisir le bien grevé pour être payé par préférence. Dans cette configuration, au regard du caractère individuel de l'action menée, le créancier n'offrira un avantage au créancier que s'il est en concours avec d'autres créanciers.
 - Si un tiers décide de saisir le bien sur lequel porte la sûreté, le créancier garanti est associé à la procédure et sera mis en situation pour exercer sa préférence. Dans ce cas, il faut impérativement que le créancier soit en mesure de faire connaître l'existence de son droit aux tiers qui seraient également intéressés à la procédure. La publicité peut prendre plusieurs formes :
 - La remise de la chose entre les mains du créancier garanti. Ici, la sûreté réelle nécessite que le constituant soit dépossédé de la chose. Il s'agit d'une **sûreté réelle avec dépossession du constituant**. Exemple : le gage qui peut se concevoir pour les meubles et les immeubles.
 - L'inscription sur un fichier des droits grevant la chose, comme en matière d'hypothèques par exemple. Cette inscription s'avère être plus avantageuse pour le débiteur constituant car il s'agit d'une **constitution de sûreté sans dépossession de celui-ci**. Il pourra donc continuer à utiliser ses biens et à en jouir.
 - Ce droit de préférence fixé sur la valeur d'un bien est qualifié comme un droit réel, ce qui offre au créancier un **droit de suite**. Le droit de suite se détermine de la manière suivante : le créancier peut exercer son droit sur une même chose, quand bien même celle-ci changerait de mains entre différents propriétaires.

Morcellement des sûretés réelles. La distinction entre les sûretés réelles, avec et sans dépossession, constitue la clé de compréhension habituelle. Cependant, la vision des sûretés telle que proposée dans le Code civil de 1804 a évolué. Depuis l'*ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006*, le droit de gage peut s'exercer sans qu'il y ait dépossession. A cela, le gage de meubles incorporels se détermine comme un **nantissement**.

Certaines sûretés réelles sans dépossession sont octroyées par l'effet de la loi en raison de la nature de la créance en jeu : il s'agit des **sûretés légales désignées privilèges**. On comprend donc que toutes les créances ne peuvent être mises sur un même pied d'égalité ...

Cependant, le bénéfice d'un droit de préférence sur un bien peut ne pas être totalement suffisant, notamment dans l'hypothèse où les règles des procédures collectives viendraient à s'appliquer. En

pareille situation, certains créanciers pourtant titulaires de sûretés réelles peuvent se voir évincés au profit de créanciers autrement privilégiés. C'est pour cela qu'un mécanisme correctif a été pensé dans l'idée que l'efficacité de la sûreté réelle prend son siège dans la détention du bien par le créancier. Ainsi, il s'agit d'octroyer la propriété du bien du débiteur à son créancier, à charge pour lui d'en remettre la propriété seulement s'il est payé. Conférer la propriété sur les droits réels accessoires présente l'avantage suivant : **l'octroi de l'exclusivité** puisque le propriétaire est le seul intéressé sur la valeur du bien. Il n'est en concours avec aucun créancier. Traditionnellement, cette architecture juridique se trouvait dans la pratique sous la forme de **clauses de réserve de propriété**. Avec l'*ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009*, cette technique de sûretés réelles assises sur la propriété se retrouve aujourd'hui dans le Livre IV du Code civil qui vise deux mécanismes distincts : **la propriété cédée à titre de garantie** et **la retenue à titre de garantie**.

Enfin, pour accroître l'efficacité des sûretés réelles, le droit de rétention a été consacré à l'*article 2286 du Code civil*. Il se détermine comme le droit pour le créancier, désigné comme le **rétenanteur**, de détenir la chose appartenant au débiteur et de refuser de la restituer tant qu'il n'a pas reçu paiement de la part de ce dernier.

Évolution du droit des sûretés. L'*ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006* relative aux sûretés a engagé une réforme significative de la matière, à l'exception du cautionnement. Elle a notamment :

- Créé un IV^e livre au sein du Code civil libellé "*Des sûretés*" qui est subdivisé en deux titres : les sûretés personnelles et les sûretés réelles ;
- Créé le droit de rétention qui est désormais prévu à l'*article 2286 du Code civil* ;
- Recodifié le cautionnement aux *articles 2288 à 2320 du Code civil* ;
- Consacré la clause de réserve de propriété et la théorie de la propriété réservée ;
- Rénové le gage et le nantissement ;

La *loi n°2008-1345 du 04 août 2008* a modifié les mécanismes du gage sans dépossession et la fiducie.

Enfin, l'*ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021* finalise la réforme du droit des sûretés engagée en 2006 en s'intéressant au cautionnement et aux privilèges tout en uniformisant les précédentes modifications opérées par les précédentes réformes. Son entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 2022 conformément aux dispositions de son *article 37*.

Droit transitoire et ordonnance du 15 septembre 2021. Le droit transitoire. — Comme toute réforme d'ampleur, la réforme du 15 septembre 2021 pose des questions de conflit de lois dans le temps. Elle modifie les conditions de validité et les effets de nombreuses sûretés dans une matière dont l'objet même est la sécurité du créancier. Lorsqu'aucune règle de droit transitoire n'a été prévue, il faut appliquer l'*article 2 du Code civil* (et tout l'édifice jurisprudentiel qui s'y rattache) ; l'ordonnance a cependant réglé elle-même certaines questions du droit transitoire par son *article 37*, qu'il faut donc appliquer par priorité à l'*article 2 du Code civil* (la règle spéciale de droit transitoire dérogeant à la règle générale de droit transitoire).

L'ordonnance fixe pour le cautionnement une règle de droit transitoire classique aux contrats : tant la validité que les effets du contrat de cautionnement conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme demeurent soumis au droit ancien. La règle refuse même toute rétroactivité aux effets légaux et aux dispositions d'ordre public, ce qui manifeste la volonté du gouvernement de ne pas voir le droit nouveau empiéter sur le domaine du droit ancien et donc sur les prévisions des parties dans un domaine où elles sont fondamentales.

L'ordonnance déroge à cette règle par une règle limitée aux nouveaux *articles 2302 à 2304 du Code civil*, pour lesquels elle décide d'une application immédiate aux contrats de cautionnement en cours. Sur certains points, l'*article 37 de l'ordonnance* n'a rien prévu ; cela ne signifie pas qu'aucune règle de droit transitoire n'est applicable mais qu'il faut appliquer le droit commun des conflits de lois dans le temps, soit l'*article 2 du Code civil*. Ainsi, pour les modifications du gage, du nantissement ou de

l'hypothèque, leur validité comme leurs effets restent soumis au droit ancien dès lors que ces sûretés sont nées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance ; à la différence du cautionnement, le juge pourrait cependant décider d'une application rétroactive des règles relatives aux effets légaux et des dispositions d'ordre public, car cette application ne lui a été expressément interdite que pour les règles intéressant le cautionnement (*art. 37 II.*). Ainsi, les gages spéciaux abrogés par l'ordonnance ne sont évidemment pas anéantis lorsqu'ils ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme, et ils continuent d'obéir intégralement aux règles du Code de commerce qui leur sont relatives.

TITRE I - LES SÛRETÉS PERSONNELLES

Les sûretés personnelles visent l'hypothèse où le créancier va bénéficier de l'engagement d'un tiers en garantie du paiement de la dette principale. On parle d'obligation personnelle qui est mise au service de l'obligation principale contractée par le débiteur principal à l'égard du créancier. En matière de cautionnement, on parle de "débiteur principal". Les sûretés personnelles intéressent donc des relations a minima tripartites : créancier, débiteur, garant.

Annonce de plan. Différents mécanismes intéressent les sûretés personnelles : le cautionnement (Chapitre I) et la promesse de porte-fort (Chapitre II).

CHAPITRE I - LE CAUTIONNEMENT

Le *cautionnement* se définit simplement comme le contrat unilatéral par lequel la caution s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation au cas où le débiteur ne le ferait pas.

La *caution* désigne la personne qui s'est engagée à payer par un contrat de cautionnement.

Lorsque plusieurs personnes sont cautions de la même dette, on les appelle des *cofidéjusseurs*.

Le régime (validité et efficacité) du cautionnement est fixé par *les articles 2288 à 2320 du Code civil*. La généralisation de l'emprunt a suscité un engouement pour le cautionnement que l'on retrouve désormais dans d'autres domaines du droit, comme le droit de la consommation ou encore le droit des procédures collectives.

Annonce de plan. Le présent chapitre s'intéressera à la notion de cautionnement (Section I), puis à sa formation (Section II), ses effets (Section III) et enfin les modes d'extinction du cautionnement (Section IV).

Section I. LA NOTION DE CAUTIONNEMENT

Le cautionnement est défini par l'article 2288 du Code civil : « *Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. Il peut être souscrit à la demande du débiteur principal ou sans demande de sa part et même à son insu.* »

Le cautionnement est un **contrat unilatéral bipartite** (3) qui se caractérise par un **engagement accessoire** (1) et **subsidaire** (2) de la caution.

1. Engagement accessoire. La caution s'engage à désintéresser le créancier d'un autre débiteur que lui-même, le débiteur principal : sa dette est déterminée par celle du débiteur principal et par conséquent, tout ce qui affecte la dette principale va affecter la dette de la caution.
2. Engagement subsidiaire. La caution ne sera actionnée qu'en cas de défaillance de la part du débiteur principal.
3. Contrat unilatéral bipartite. Il s'agit d'un engagement de la caution à l'égard du créancier qui

n'est pas réciproque, le créancier ne s'engage à rien, il ne fournit pas de contrepartie à la caution. Ce qui ne signifie pas que le créancier n'a pas des devoirs envers elle (mise en garde, information, mise en œuvre des autres sûretés, etc.).

D'ores et déjà, il convient de noter que la caution est tenue par la dette qui incombe au débiteur principal mais en vertu d'un autre lien d'obligation. Il y a donc un principe d'**unicité de la dette** : les débiteurs sont tenus par la même dette mais au titre de différents liens d'obligations.

De cela, il ne résulte pas automatiquement que la caution est solidaire du débiteur, la solidarité ne se présument pas (art. 1310 C. civ.) : si la caution peut être poursuivie pour le tout, c'est qu'elle s'est obligée au tout. La solidarité doit être stipulée au contrat de cautionnement et cette stipulation est même spécialement encadrée par l'article 2297 du Code civil sur la privation des bénéfices de discussion et de division.

Annnonce de plan. Il conviendra d'examiner les trois composantes du cautionnement : le caractère contractuel (A), le caractère accessoire (B) et enfin le caractère subsidiaire du cautionnement (C).

A/ LE CARACTÈRE CONTRACTUEL DU CAUTIONNEMENT

Le caractère contractuel est visé par l'*article 2288 du Code civil*. Au regard de la nature bipartite de l'acte de cautionnement, il appert que seules sont engagées deux personnes, à savoir le créancier et la caution : le débiteur principal ou débiteur cautionné de l'obligation est donc exclu du contrat de cautionnement.

Il convient de souligner que le cautionnement peut intervenir à l'insu ou contre la volonté du débiteur qui n'a pas à consentir à l'engagement de cautionnement de la caution auprès de son créancier.

Annnonce de plan. En tant que contrat unilatéral autonome (1), le cautionnement fait naître à la charge du garant une obligation singulière qui se calque sur celle supportée par le débiteur principal (2).

1/ LES CARACTÈRES DU CAUTIONNEMENT

Annnonce de plan. Le cautionnement est un contrat unilatéral (a) dont la nature peut être tantôt civile, tantôt commerciale (b). Certaines opérations tripartites peuvent être envisagées (c).

a/ LE CAUTIONNEMENT, UN CONTRAT UNILATÉRAL

Le cautionnement se distingue par sa nature contractuelle, excluant la personne du débiteur principal. En conséquence, les conditions de sa formation sont assujetties aux dispositions générales de l'*article 1128 du Code civil* régissant la formation des contrats, à une exception près : l'incapacité du débiteur principal ne constitue pas un obstacle à la formation du contrat de cautionnement (en revanche, l'incapacité de la caution elle-même vicie évidemment le contrat de cautionnement).

Il convient de ne pas tenir compte des termes de "cautionnement judiciaire" ou de "cautionnement légal" visés par l'*article 2289 du Code civil* : si le juge ou la loi peut solliciter la présence d'un cautionnement de la part du débiteur principal, il en reste que le cautionnement doit être obligatoirement conclu dans la foulée dans le respect des règles de formation de toute convention.

En outre, le cautionnement se distingue par sa nature unilatérale : seule la caution est engagée à l'égard du créancier et le créancier ne s'oblige pas à l'égard de la caution. Cependant, la nature contractuelle du cautionnement permet aux parties d'en décider différemment et d'aménager les modalités du cautionnement.

Enfin, si la caution est actionnée en paiement, elle dispose d'une action récursoire à l'encontre du débiteur principal qui restera, au bout du compte, le seul à supporter la dette. Ce recours se fonde sur le mécanisme de la **subrogation personnelle et c'est pourquoi il est appelé recours subrogatoire**

(art. 1346 et 2309 C. civ.) : la caution prend la place du créancier dans le lien d'obligation entre celui-ci et le débiteur principal. Aux côtés du recours subrogatoire, la caution dispose également d'un recours personnel contre le débiteur principal (art. 2308 C. civ.).

b/ LA NATURE DU CAUTIONNEMENT

Le cautionnement est un acte de nature civile dans la mesure où la caution ne reçoit aucune contrepartie en raison de son engagement à l'égard du créancier et elle est dépourvue d'intention libérale, étant indiqué qu'elle pourra se retourner contre le débiteur principal au titre des sommes qu'elle aurait été contrainte de verser dans son intérêt.

Pourtant, la nature commerciale du cautionnement est admise notamment dans l'hypothèse où il serait souscrit auprès d'un établissement de crédit ou par un commerçant dans le cadre des besoins de son activité. Il s'agit d'une acte de commerce par nature pour le premier cas ou encore d'un acte de commerce accessoire dans le second cas. A ce titre, la réforme de l'*ordonnance n°2021-1192 15 septembre 2021* a ajouté un 11° à l'article L.110-1 du Code de commerce réputant actes de commerce "entre toutes personnes, les cautionnements de dettes commerciales". La commercialité de la dette principale rend donc son cautionnement commercial. Dans la mesure où le texte vise les « dettes commerciales », il insiste sur le rapport d'obligation du point de vue du débiteur (même raisonnement que pour l'interprétation de l'article 2346 al. 2 du Code civil en matière de gage). Pour que la commercialité par accessoire du cautionnement joue, il faudrait donc que la dette soit commerciale pour le débiteur principal.

Les incidences de cette qualification sont nombreuses :

- Incidence probatoire : la preuve est libre devant le tribunal de commerce conformément aux dispositions de l'article L.110-3 du Code de commerce :
- Compétence du tribunal de commerce (art. 721-3 3° C. Com.).
- Présomption coutumière de solidarité entre les commerçants.

Attention ! Les cautions personnes physiques devraient être protégées contre l'incidence de la présomption de solidarité sur les bénéfices de discussion et de division. L'article 2297 alinéa 2 du Code civil conditionne en effet la perte de ces bénéfices, sans distinguer selon sa source (légale ou contractuelle), à l'insertion dans l'acte de cautionnement d'une mention apposée par la caution. La jurisprudence ne s'est cependant pas encore prononcée sur ce point, qui reste donc soumis à interprétation et donc à démonstration.

c/ LES OPÉRATIONS TRIPARTITES

Annonce de plan. À titre d'exception, une troisième personne peut intervenir dans le cadre du cautionnement (i). Il conviendra d'examiner le certificat de caution (ii).

i/ LE SOUS CAUTIONNEMENT

L'*ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021* a introduit une définition de ce mécanisme à l'article 2291-1 du Code civil qui prévoit que "le sous-cautionnement est 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".

La sous-caution garantit la créance de la caution à l'égard du débiteur principal. Autrement dit, elle garantit à la caution que le débiteur principal la remboursera si elle vient à payer. Le sous-cautionnement permet donc à la caution de se protéger du risque d'insolvabilité du débiteur principal.

Le cautionnement et le sous-cautionnement sont distincts dans la mesure où **la sous-caution s'engage uniquement à l'égard de la caution**. Ainsi, en raison de l'absence de relation contractuelle entre le créancier et la sous-caution, celui-ci ne peut rien exiger de celle-là. La seule personne qui peut

poursuivre la sous-caution est la caution.

le recours de la caution à l'encontre de la sous-caution est de nature personnelle. Sur ce point, il a été jugé que la sous-caution doit être traitée comme une caution à part entière de sorte qu'elle ne peut invoquer contre la caution qui a payé le créancier, les dispositions de l'*article 2311 (anc. art. 2308) du Code civil* puisque seul le débiteur est éligible à s'en prévaloir (*Cass. 1^{re} civ.*, 26 février 2002, n° 99-12.299).

Pour rappel, l'*article 2311 du Code civil* dispose que la caution qui a payé une première ne dispose pas d'un recours à l'encontre du débiteur principal qui aurait payé une seconde fois si :

1. cette dernière ne l'a pas averti du paiement qu'elle a fait au créancier et que par conséquent le débiteur principal l'a payé une seconde fois ;
2. La caution a payé alors que le débiteur disposait des moyens pour éteindre son obligation.

Dans ces deux cas, la caution ne pourra récupérer ce qu'elle a versé qu'en agissant en répétition contre le créancier, ce qui est expressément prévu par la dernière phrase de l'*article 2311 du Code civil*.

Enfin, la sous-caution ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal à l'égard de ce créancier, sauf à rechercher la responsabilité de la caution pour avoir fautivement omis d'invoquer lesdites exceptions (*Cass. com.*, 27 mai 2008 n° 06-19.075).

ii/ LA CERTIFICATION DE CAUTION

Visée à l'*article 2291 du Code civil*, la certification de caution se présente comme un contrat de cautionnement dont l'objet consiste à garantir le recours du créancier à l'encontre de la caution. Celui qui certifie la caution, appelé **certificateur de caution**, est la caution de la caution. Le créancier n'a pas entièrement confiance dans la caution et exige qu'une personne supplémentaire vienne en garantie de la caution.

Ex. certification de caution puis sous-cautionnement :

1° Nathalie doit 500€ à Alexis. Maxence accepte de se porter caution du paiement. Mais Maxence est connu pour être dépensier, ce pourquoi Alexis exige que Maxence lui-même soit garantie par sa sœur Sophie. Sophie s'engage donc comme certificatrice de caution.

En cas de défaillance de Nathalie, Alexis peut donc se tourner vers Maxence. Mais si Maxence lui-même est défaillant, Alexis peut se tourner vers Sophie.

La certification de caution ajoute un maillon à la chaîne des options du créancier (débiteur principal puis caution puis certificateur de caution).

2° Pierre a besoin d'emprunter 50 000€. La banque LCL est prête à lui accorder ce crédit si Pierre lui offre une garantie. La BNP accepte de se porter caution pour Pierre à condition que Pierre lui trouve une garantie. Pierre demande donc à sa sœur Cléa de s'engager comme sous-caution au profit de la BNP. Ainsi, si Pierre ne paye pas et que LCL se retourne contre la caution, la BNP, cette dernière pourra se retourner contre Cléa en sa qualité de sous-caution si Pierre ne la rembourse pas.

Le sous-cautionnement n'ajoute pas un maillon à la chaîne des options du créancier car le sous-cautionnement profite non pas au créancier mais à la caution.

2/ LE CAUTIONNEMENT, SOURCE D'OBLIGATIONS DISTINCTES

En conformité avec les dispositions de l'*article 2288 du Code civil*, le contrat de cautionnement fait émerger une obligation distincte de celle du débiteur, que ledit contrat vient garantir. Il s'agit d'une obligation de payer la dette d'autrui, c'est-à-dire celle du débiteur.

En outre, si cette obligation porte sur la même dette, les liens d'obligations doivent être distingués. La caution est tenue par le sort de la dette du débiteur principal mais elle n'est pas tenue conjointement avec celui-ci.

Cela emporte donc des conséquences concernant le droit de poursuite du créancier à l'encontre de la caution. Par exemple, en application des dispositions de l'*article 1343-5 du Code civil*, le droit de poursuite du créancier à l'encontre de la caution n'est pas interrompu en raison d'un délai de grâce qui aurait été octroyé au débiteur principal. Ainsi, le délai de grâce profite uniquement au débiteur qui ne bénéficie que d'une suspension de l'exécution forcée de son obligation de paiement, ceci sans pour autant remettre en cause le principe même, ni le montant, ni l'exigibilité de sa dette. Autrement dit, le droit de poursuite contre le débiteur principal et le droit de poursuite contre la caution sont autonomes.

A cela, il convient de préciser qu'il n'existe pas de cautionnement réel puisque le contrat par lequel une dette est garantie en donnant un bien ne peut être qualifiée de cautionnement mais de gage, de nantissement ou encore d'hypothèque : On parle donc de **sûreté réelle pour autrui** et non de cautionnement réel qui est un abus de langage. Sur ce point, une chambre mixte a considéré qu'une « *sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas* » (Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, n° 03-18.210).

La réforme du 15 septembre 2021 est venue préciser le régime de la sûreté réelle pour autrui sans pour autant employer le terme de "cautionnement réel", l'*alinéa 2 de l'article 2325 du Code civil*, inséré dans les dispositions intéressant les sûretés réelles, dispose que dans les cas où la sûreté réelle est consentie au bénéfice d'un tiers, alors les dispositions des articles 2299 (mise en garde), 2302 (information de la caution et de la sous caution) à 2305-1 (bénéfice de discussion, bénéfice de division), 2308 à 2312 (effets du cautionnements et recours) et 2314 (bénéfice de subrogation) sont alors applicables. Sans viser l'*article 2300 du Code civil* qui intéresse la disproportion, une partie significative des dispositions issues du cautionnement sont désormais applicables aux sûretés pour autrui : c'est l'idée que certaines dispositions du cautionnement constituent un véritable droit commun pour toutes les sûretés pour autrui, destiné à protéger quiconque s'engage à garantir la dette d'un tiers et accordant de ce fait à autrui un avantage dépourvu de contrepartie.

B/ LE CARACTÈRE ACCESSOIRE DU CAUTIONNEMENT

Toute sûreté suppose l'existence d'une obligation qu'elle vient garantir : c'est pour cela que les sûretés réelles sont entendues comme des droits réels accessoires.

Aux termes des dispositions de l'*article 2288 du Code civil*, le cautionnement engage la caution pour la même dette que celle du débiteur mais au titre d'une obligation distincte. Entre la dette de la caution et celle du débiteur principal, il existe bien un lien d'accessoire du cautionnement au regard du rapport principal d'obligation qui lie le débiteur principal et le créancier. Le caractère accessoire du cautionnement engage trois effets :

1. Le caractère accessoire de la cautionnement nécessite la présence d'une obligation principale licite. Sur ce point, l'*article 2293 du Code civil* prévoit que « *le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable* ». La nullité de l'engagement du débiteur principal implique la nullité corrélatrice de celui de la caution, qui peut s'en prévaloir (v. effet n°3). Toutefois, il existe un tempérament important lorsque la nullité laisse subsister une obligation de restitution à la charge du débiteur principal (ex. nullité du contrat de prêt) : le cautionnement demeure (Cass.com, 17 novembre 1982, Sté Sodac). Cette règle a été étendue à toutes les sûretés par l'*article 1352-9 du Code civil* issu de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 : « *Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme* ».

2. Le cautionnement peut être conclu pour tout ou partie de la dette mais ne peut jamais être conclu à des conditions plus onéreuses. L'obligation principale est pour celle de la caution un plafond mais non pas un seuil dans la mesure où s'il est interdit de durcir la position de la caution relativement à celle du débiteur principal, il est possible de l'adoucir. Cette double règle est aujourd'hui exprimée à l'article 2296 du Code civil. Le cautionnement qui est plus rigoureux que la dette principale est exposée à la sanction de la réduction (art. 2296 C. civ.) : il sera reproportionné pour correspondre à la dette principale. Si la caution peut évidemment se prévaloir des modifications volontaires qui adoucissent son engagement (paiement partiel, remise de dette, octroi d'un terme), on ne peut lui opposer celles qui l'aggraveront (déchéance du terme, rallonge accordée au débiteur principal), à moins qu'elle se soit spécialement engagée en ce sens (pour la déchéance du terme, voir l'article 1305-5 C. civ. : même si la faculté de déchéance est prévue dans le contrat principal, cela ne suffit pas à la rendre opposable à la caution, qui doit l'avoir spécialement acceptée dans le contrat de cautionnement).
3. Conformément aux dispositions de l'article 2298 du Code civil qui ont été modifiées depuis l'entrée en vigueur de la réforme du 15 septembre 2021 qui a modifié les dispositions de l'ancien article 2313 du Code civil, la caution est éligible à opposer certaines exceptions que le débiteur pourrait normalement opposer au créancier en vue de faire rejeter sa demande en paiement.

Sous l'empire du droit antérieur, il n'était pas aisé de distinguer les exceptions dont la caution pouvait se prévaloir au regard du caractère accessoire du cautionnement. Le caractère accessoire du cautionnement entraîne la disparition de celui-ci en cas d'extinction de l'obligation principale.

- Les exceptions personnelles. Il s'agit d'exceptions personnelles réservées exclusivement à la partie concernée. Exemple : « la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle » (Cass. ch. mixte 8 juin 2007 n°03-15.602).
- Les exceptions inhérentes à la dette. Elles sont invocables dans tous les cas dans la mesure où elles intéressent directement le lien de droit sans s'intéresser à la partie en cause. « La caution, même solidaire, a la faculté d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui, comme la compensation, sont inhérentes à la dette. » (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1983 n° 82-10.749).

A cela, sous l'empire du droit antérieur, la prescription était fixée par les dispositions de l'article 2253 du Code civil, celle-ci étant applicable quand bien même le débiteur principal y aurait renoncé. Enfin, un cas singulier pouvait se présenter : celui de la confusion entre la personne du débiteur principal et la personne de la caution, conformément aux dispositions de l'article 2312 du Code civil. En pratique, cette hypothèque était symptomatique des opérations de fusion entre une société caution et une société débitrice : ici, le certificateur de caution restait engagé, comme le souligne l'alinéa 2 de l'article 2313 du Code civil.

En l'état du droit positif, l'article 2298 du Code civil octroie à la caution la faculté de se prévaloir de l'ensemble des exceptions dont le débiteur principal pourrait se prévaloir (nullité, inexécution, réduction). En outre, la prescription de 2 ans fixée à l'article L.218-2 du Code de la consommation est bien une exception inhérente à la dette (Cass. 1^{re} civ., 20 avril 2022 n° 20-22.866).

Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 2298 du Code civil prévoit 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 ». Ces dispositions appellent plusieurs observations.

1. La notion « mesures » semble viser expressément une partie des “exceptions” de l'alinéa 1

puisque l'alinéa 2 en déduit certaines. Il s'agirait des remises, des délais et des causes de cessation d'accroissement de la dette.

2. La différence sémantique entre les « mesures » et les « exceptions » n'est guère aisée à saisir, au regard notamment en partant du postulat selon lequel les « mesures » abondent en faveur du débiteur principal. Qu'en est-il des nullités en période suspecte ? S'agit-il de mesures profitant à la personne du débiteur principal ?
3. Le texte prévoit que les mesures doivent profiter au débiteur « *en conséquence de sa défaillance* ». Il devrait donc s'agir uniquement des mesures de soutien qui interviendraient postérieurement à sa défaillance et non antérieurement. Or, aucune définition n'est associée à la notion de « défaillance ». Cela pose certaines difficultés au regard, par exemple, de la cessation des paiements puisqu'il est possible d'être en situation de défaillance sans être en état de cessation des paiements et inversement. (*Cass. com.*, 25 février 1997 n°95-18.607)

Attention ! En cas d'ouverture d'une procédure collective au profit du débiteur principal, il faut bien vérifier si les textes du Code de commerce n'étendent pas les mesures aux cautions, auxquels cas il y a bien une « disposition spéciale contraire » autorisant la caution à faire retour à l'opposabilité générale de l'alinéa 1^{er} de l'article 2298 du Code civil.

Le caractère accessoire du cautionnement ne dispense pas le créancier du respect du droit de l'exécution forcée. Ce n'est pas parce que le créancier est en droit de forcer l'exécution contre le débiteur principal qu'il est en droit de le faire contre la caution : dans ce cas précis, le caractère accessoire n'autorise à traiter l'une (la caution) comme on traite l'autre (le débiteur principal). Afin de mettre en œuvre une voie d'exécution forcée contre la caution, le créancier doit impérativement (*art. L. 111-2 CPCE*) disposer d'un titre exécutoire (liste dressée par l'*art. L. 111-3 CPCE*) contre elle. Le titre exécutoire dont il dispose éventuellement contre le débiteur principal est insuffisant car ce titre n'est exécutoire qu'à l'encontre de la personne qu'il désigne. Le créancier doit donc soit se prévaloir d'un cautionnement notarié (rare en pratique) ou d'un jugement de condamnation (sur cette exigence d'une véritable condamnation, voir *Cass. com.*, 4 juill. 2018, n° 16-22.286) contre la caution.

C/ LE CARACTÈRE SUBSIDIAIRE DU CAUTIONNEMENT

L'article 2288 du Code civil insiste sur le caractère subsidiaire de l'engagement de la caution puisque celle-ci intervient pour satisfaire l'obligation du débiteur principal « *en cas de défaillance de celui-ci* ».

Ce caractère appelle à plusieurs observations.

Tout d'abord, il ne s'agit pas d'une caractéristique d'ordre public. Par disposition conventionnelle expresse, il est loisible aux parties d'écarter cette subsidiarité en prévoyant, par exemple, la solidarité passive de l'engagement de la caution pour faire échec au bénéfice de discussion.

Sur le bénéfice de discussion. L'article 2305 du Code civil définit le bénéfice de discussion comme la faculté laissée à la caution « *d'obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal* ». A cela, l'article 2305-1 du Code civil rappelle que la subsidiarité doit être invoquée par la caution puisque « *le bénéfice de discussion doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées par elle* ».

En principe, le caractère subsidiaire du cautionnement amoindrit son efficacité puisque le créancier devra en principe poursuivre en premier le débiteur principal. Ce n'est qu'à partir de l'échec de sa tentative de se faire payer auprès de lui qu'il pourra ensuite se retourner contre la caution. Ainsi, la caution dispose du **bénéfice de discussion**. Pour renforcer la sûreté qui lui est octroyée, le créancier peut demander à la caution de souscrire à un engagement de solidarité ou plus modestement de renoncer spécialement au bénéfice de discussion.

Fin de l'extrait

Droit des sûretés

Le fascicule complet compte 104 pages.