



**HAL**  
open science

## Les obligations subsidiaires

Clotilde Aubry de Maromont

► **To cite this version:**

Clotilde Aubry de Maromont. Les obligations subsidiaires. RTDCiv.: Revue trimestrielle de droit civil, Dalloz, 2018, pp.305-326. hal-01695111

**HAL Id: hal-01695111**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01695111>**

Submitted on 20 Aug 2021

**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.

## Les obligations subsidiaires

**Clotilde Aubry de Maromont, Docteur en droit, Université de Nantes, Institut de Recherche en Droit Privé**

### L'essentiel

La subsidiarité, régulièrement appréhendée pour qualifier une obligation de second rang, ne tient étonnamment qu'une place très marginale dans la théorie des obligations. Hormis les circonstances relativement exceptionnelles où la subsidiarité ne traduit d'un mécanisme hiérarchique, elle révèle pourtant une véritable cohérence entre le régime et la nature d'une obligation. Est tenu subsidiairement, celui qui n'est engagé que pour payer au créancier ce que lui doit son débiteur s'il ne le fait pas lui-même. L'obligation subsidiaire est celle du garant coobligé, préservé contre les poursuites intempestives d'un créancier qui risquerait de lui réclamer paiement au premier rang. Alors que l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations vient redéfinir le cadre juridique des obligations plures, le rang d'intervention des coobligés n'est pas évoqué. Explorer le phénomène de subsidiarité des obligations s'impose donc aujourd'hui pour découvrir dans quelles circonstances un obligé peut être tenu de s'exécuter à défaut d'un autre.

1. Si l'on s'interroge régulièrement sur les contours de la subsidiarité d'une obligation, pour déterminer à compter de quel moment un créancier peut réclamer paiement à un obligé de second rang<sup>1</sup>, la nature juridique des obligations subsidiaires n'est guère analysée. Envisagée sous l'angle des modalités temporelles qui lui sont associées, telles les vaines poursuites ou encore la mise en demeure restée infructueuse, l'obligation subsidiaire n'est caractérisée que par son second rang<sup>2</sup>, comme une « *obligation subordonnée à la défaillance de l'obligation première* »<sup>3</sup>. Le bénéfice de discussion, dont dispose la caution simple, est alors envisagé

---

<sup>1</sup> V. par exemple J. ARCHAMBAUD, « L'indemnisation par le Fonds de Garantie : notion d'implication et principe de subsidiarité », *RGAT* 1988, n° spécial, p. 103 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Subsidiarité de l'obligation alimentaire des descendants par rapport au devoir de secours du conjoint », *Droit de la famille* 2010, n° 177, p. 30 ; P. MURAT, « La subsidiarité de l'obligation du père par le sang de l'enfant adopté simplement », *Droit de la famille* 2010, n° 115, p. 34 ; F.-X. LUCAS, « Qualité de garants subsidiaires des associés de société civile », *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 7, p. 571.

<sup>2</sup> « *L'engagement subsidiaire est celui qui ne peut être mis en jeu qu'en second, après le principal. La notion de subsidiarité emporte une idée de rang pour les poursuites : le principal en premier, le subsidiaire en second* » : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10<sup>e</sup> éd., 2015, n° 77, p. 64.

<sup>3</sup> A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, préf. P. CROCQ, *Economica*, 2013, n° 321 et s., p. 213 et s.

comme la manifestation topique de la subsidiarité<sup>4</sup>, voire sa traduction même<sup>5</sup>, en ce qu'il permet à la caution d'exiger que les biens du débiteur soient discutés avant d'être appelée en paiement. En droit positif, l'obligation subsidiaire n'est ainsi appréhendée que par son régime juridique, lorsque l'on s'interroge sur les modalités pratiques de mise en œuvre d'une obligation dont l'exécution est conditionnée à l'accomplissement de formalités diverses par le créancier. Cette approche exclusivement temporelle de la subsidiarité se révèle toutefois insuffisante, car elle ne permet pas de comprendre pourquoi un créancier est tenu, dans certaines circonstances plus que dans d'autres, de réclamer paiement à un obligé au second rang. Elle ne permet pas non plus de saisir pourquoi certains obligés pourront être poursuivis après l'exercice de vaines poursuites à l'égard d'un débiteur principal, tandis que d'autres peuvent être appelés en paiement après une simple mise en demeure restée infructueuse<sup>6</sup>. Enfin, ne pas cerner la nature juridique des obligations subsidiaires conduit à méconnaître le rang de certains engagements dont le régime de l'exigibilité n'a pas été spécialement aménagé par la loi, tels que celui d'un garant solidaire, du cédant d'un contrat ou d'une dette tenus solidairement avec le cessionnaire à l'égard du cédé, ou encore du délégrant dans le cadre de la délégation simple.

2. Alors que l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations vient redéfinir le cadre juridique des obligations plurales et des opérations à trois personnes<sup>7</sup>, le rang d'intervention des débiteurs n'est pas évoqué. La question de la hiérarchie entre obligations est pourtant particulièrement susceptible d'être soulevée lorsqu'un créancier se voit offrir la possibilité de se satisfaire en réclamant paiement

---

<sup>4</sup> « Cette faveur faite à la caution simple exprime de la façon la plus nette le caractère subsidiaire de son obligation : elle n'est qu'un débiteur de second rang, qui ne doit payer que si le créancier ne peut obtenir satisfaction du débiteur principal, par la "discussion" de ses biens, c'est-à-dire par l'exécution forcée de sa créance sur ces biens » : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd. 2012, n° 184, p. 169.

<sup>5</sup> V. notamment, M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, Montchrestien, 2010, n° 137, p. 64 ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 2010, n° 784, p. 574 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELIER, *Droit des sûretés*, Sirey, 4<sup>e</sup> éd., 2014, n° 452 et s., p. 152 et s. ; J. FRANÇOIS, *Droit civil, T. 7, Les sûretés personnelles*, sous la dir. de C. LARROUMET, Economica, 2004, n° 83, p. 131.

<sup>6</sup> Le Professeur NURIT-PONTIER s'interroge ainsi sur la disparité des poursuites pouvant être engagées par les créanciers sociaux des sociétés à risque illimités à l'égard des associés : L. NURIT-PONTIER, « L'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés à risque illimité », *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 2, p. 152.

<sup>7</sup> Dans le cadre du titre relatif au « régime général des obligations », les dispositions afférentes aux « modalités de l'obligation » et aux « opérations sur obligations » encadrent les obligations plurales et des opérations à trois personnes. L'ordonnance n° 2016-131 a été promulguée le 10 février 2016, publiée au journal officiel le 11 février 2016, et entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2016.

à un obligé ou à un autre. On se demande ainsi depuis longtemps si une obligation principale peut se « transformer » en obligation subsidiaire suite à une opération de cession de contrat<sup>8</sup> ou de délégation<sup>9</sup>. Par ailleurs, l'articulation entre la solidarité et la subsidiarité interroge. La solidarité commerciale, qui sécurise les échanges commerciaux en augmentant le nombre d'obligés à la dette, afin que les créanciers n'aient pas à s'assurer de la solvabilité de leur cocontractant, permet plus volontiers d'impliquer des garants tenus subsidiairement que des codébiteurs tenus au premier rang<sup>10</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016 se contente pourtant de redéfinir les contours d'une seule et même solidarité passive, permettant au créancier de réclamer paiement « *au débiteur solidaire de son choix* »<sup>11</sup>. Comment expliquer alors que le cédant d'une créance professionnelle soit solidairement et subsidiairement tenu au paiement des créances cédées ou données en nantissement<sup>12</sup> ? Comment expliquer, de surcroît, que les associés d'une société en nom collectif « *répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales* », tout en étant tenus qu'après vaine mise en demeure de la société<sup>13</sup> ? En droit positif, deux formes de solidarités semblent bien cohabiter, l'une impliquant des codébiteurs tenus de manière égalitaire à titre principal, l'autre impliquant un débiteur et un garant tenu à ce que doit le débiteur à titre subsidiaire.

**3.** L'obligation subsidiaire présente ainsi les traits d'une mystérieuse figure qu'il convient de mettre à jour. Étudier ses contours s'impose aujourd'hui, car c'est en découvrant ses traits caractéristiques qu'il sera possible de comprendre pourquoi un obligé est tenu de s'exécuter à défaut d'un autre, et quand il doit être tenu de s'exécuter à défaut d'un autre. La première étape de l'exploration se révélera donc constructive, puisqu'elle conduira à partir du régime des obligations subsidiaires, pour identifier les différentes figures et fonctions de la hiérarchie entre obligations (I). La diversité observée pourra ensuite être dépassée car, derrière

---

<sup>8</sup> V. par exemple, L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. MALAURIE, Economica, 1984, n° 230, p. 167.

<sup>9</sup> V. par exemple, E. GAUDEMET, *Étude sur le transport des dettes à titre particulier*, Thèse, Dijon, 1898, pp. 276-277.

<sup>10</sup> V. F. DERRIDA, « De la solidarité commerciale », *RTD com.* 1953, p. 329, spéc. n° 6, p. 334.

<sup>11</sup> Article 1313 de l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>12</sup> V. spécialement, Cass. Com., 18 septembre 2007, n° 06-13736, *Bull. civ.* IV, n° 197 ; *RTD com.* 2007, p. 821, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et droit* 2008, n° 117, p. 23, note T. BONNEAU et p. 53, note F. JACOB ; *RDBF* 2007, n° 6, p. 44, obs. F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN et p. 52, obs. A. CERCLES ; *JCP E.* 2007, 2377, n° 46, obs. J. STOUFFLET ; *Droit et patrimoine* 2008, n° 168, p. 78, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRÜM ; *RLDA* 2008, n° 23, 1395, p. 31, note B. GRIMONPREZ.

<sup>13</sup> Article L 221-1 du Code de commerce.

l'hétérogénéité, se cache en réalité une véritable cohérence entre le régime secondaire d'une obligation et sa nature juridique. Au-delà des circonstances où la subsidiarité ne traduit qu'un mécanisme hiérarchique, le second rang d'une obligation tient toujours à sa nature de garantie de la dette d'un tiers. Le garant doit ce que doit le débiteur s'il ne paye pas lui-même. La seconde étape de l'exploration se révèlera alors déductive : à partir des caractères identifiés des obligations subsidiaires, la nature et le régime des obligations présentant des propriétés similaires, mais dont les modalités de l'exigibilité n'ont pas spécialement été aménagées, seront décelés (II).

## I. La diversité des obligations subsidiaires

4. « *Même régime, même nature* »<sup>14</sup>. C'est l'idée supposée du revers du principe « *différence de nature (égale) différence de régime* »<sup>15</sup>. L'étude des obligations subsidiaires nous enseigne pourtant que le revers du principe ne peut être envisagé aussi simplement que le principe lui-même, car au régime des obligations de second rang ne correspond pas d'emblée une nature juridique propre et unitaire. L'obligation subsidiaire est plurale. La notion de subsidiarité, ambivalente, permet en effet de qualifier deux types d'obligations de rang secondaire, mais dont les autres traits caractéristiques diffèrent (A). Les raisons de la subsidiarité, diverses, conduisent en outre à reconnaître sa plurifonctionnalité en droit des obligations (B).

### A. La pluralité des figures

5. La « subsidiarité » permet de concevoir les obligations subsidiaires sous deux angles de vue. Il s'agit d'une notion polysémique qui renvoie, dans un sens premier, au caractère de ce qui est adjoint au principal pour garantir l'atteinte d'un résultat que compromettrait son échec, et dans un sens dérivé, à une technique juridique de hiérarchisation du droit selon un ordre de priorité. À la même notion correspondent donc deux significations présentant des traits sémantiques communs mais qui ne sont pas réductibles l'une à l'autre. La volonté de systématiser la subsidiarité de manière unitaire a toutefois conduit à masquer cette polysémie en l'envisageant sous l'angle exclusif de la hiérarchie temporelle qu'elle infère<sup>16</sup>. L'obligation

---

<sup>14</sup> F. ROUVIÈRE, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges J.-L. BERGEL*, Bruylant, 2013, p. 415, spéc. n° 14, p. 438.

<sup>15</sup> J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.

<sup>16</sup> La subsidiarité est définie comme « *une technique de coordination d'éléments concurrents, qui subordonne à la défaillance de l'élément placé en position première le recours à l'élément placé en position subsidiaire* » : A. GOUËZEL, *op. cit.*, n° 38, p. 24. V. également, J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé »,

subsidaire est ainsi considérée comme une obligation de rang secondaire par rapport à une obligation de premier rang<sup>17</sup>. En droit positif, il n'existe pourtant pas un type mais deux types d'obligations subsidiaires parce que la subsidiarité n'est pas unitaire mais plurale<sup>18</sup> : certaines obligations sont subsidiaires parce qu'adjointes en garantie, pour dupliquer les chances de satisfaction du créancier qui risque de ne pas être payé par le débiteur (1), tandis que d'autres sont subsidiaires parce qu'elles ont tout simplement été hiérarchisées (2).

### (1) L'obligation adjointe en garantie

6. En droit positif, on se ménage un subsidiaire par anticipation, pour parer à toute éventualité, dans le but de multiplier les chances d'atteindre le résultat escompté. Adjoindre une obligation, une demande, une protection, une hypothèque... subsidiaires, a toujours pour fonction de parer au défaut de succès éventuel du principal, en offrant une seconde voie destinée à dupliquer les chances d'atteindre un résultat<sup>19</sup>. L'adjonction renvoie à l'augmentation en numéraire, à l'ajout d'un élément de même nature<sup>20</sup>. Par le subsidiaire, on multiplie les moyens au service d'une fin. L'État français attribue ainsi le bénéfice d'une protection subsidiaire à toute personne qui encourt un risque grave dans son pays, mais qui ne pourrait pas bénéficier de la qualité de réfugié<sup>21</sup>. La protection subsidiaire est adjointe à la protection offerte par le statut de réfugié, au cas où l'asile ne pourrait être accordé à un individu par cette première voie. Par ailleurs, la demande subsidiaire est adjointe à la demande principale, au cas où elle n'emporterait pas le succès, pour augmenter les chances du

---

*Mélanges C. MOULY*, t. 1, Litec, 1998, p. 131, spéc. n° 3, p. 133 ; P. CASSON, « Le subsidiaire et le droit privé », *RRJ* 2001-1, p. 143, spéc. p. 150.

<sup>17</sup> V. A. GOUËZEL, *op. cit.*, n° 321 et s., p. 213 et s.

<sup>18</sup> Le double sens de la subsidiarité n'apparaît pas d'évidence. C'est lorsque l'on cherche à définir très précisément la notion en droit que ce constat s'impose du fait de l'impossibilité rencontrée à l'approcher de manière unitaire. Cette dualité n'apparaît pas ostensiblement dans les dictionnaires de la langue française ni dans les dictionnaires juridiques. Elle n'apparaît pas non plus en doctrine puisqu'un sens commun est toujours identifié grâce au critère de la hiérarchie temporelle. C'est l'analyse des expressions de la subsidiarité en droit qui nous renseigne sur la polysémie de la notion.

<sup>19</sup> Le vocabulaire juridique CORNU envisage cette fonction de « *de remède, de garantie, de suppléance, de consolation* » du subsidiaire par rapport au principal : G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10<sup>e</sup> éd., 2014, v° Subsidiaire.

<sup>20</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10<sup>e</sup> éd. 2014, v° adjonction.

<sup>21</sup> Article L 712-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que « *Le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé à toute personne qui ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié et pour laquelle il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle courrait dans son pays un risque réel de subir l'une des atteintes graves suivantes (...)* ».

justiciable de gagner son procès<sup>22</sup>. D'un point de vue conceptuel, ce qui est adjoint en garantie, au cas où le principal n'emporterait pas le succès, est subsidiaire. Le rang secondaire du subsidiaire ne tient alors qu'à sa fonction de garantie. Tirée du latin *subsidiarius*, « qui forme la réserve », issu du *subsidium* désignant « la ligne de réserve dans l'ordre de bataille », le subsidiaire désigne étymologiquement « ce qui intervient en renfort », « pour parer à toute éventualité »<sup>23</sup>. Pour multiplier les chances de gagner la bataille, une ligne de réserve était prévue pour intervenir en renfort de la ligne principale. Si le subsidiaire ne vient aujourd'hui plus désigner une ligne de réserve, son essence n'est pas altérée en droit positif. En droit des obligations, la subsidiarité reflète précisément la figure de l'engagement par lequel une personne s'engage à payer au créancier ce que lui doit son débiteur s'il ne le fait pas lui-même.

7. La figure topique est incarnée par le cautionnement, que l'on se ménage pour le cas où le créancier ne serait pas payé par son débiteur<sup>24</sup>. Qu'une caution soit simple ou solidaire, elle est tenue de payer au second rang parce qu'elle n'est pas instituée pour payer à la place du débiteur mais à défaut de ce dernier<sup>25</sup>. Alors que certains auteurs considèrent que le cautionnement n'est subsidiaire que lorsqu'il est simple, en raison du bénéfice de discussion offert à la caution<sup>26</sup>, une doctrine majoritaire retient logiquement que le cautionnement est toujours subsidiaire et que la solidarité ne lui dénie pas ce caractère<sup>27</sup>. La réduction de la subsidiarité à un régime d'intervention temporelle conduit improprement à penser qu'une obligation n'est subsidiaire que lorsque que la loi aménage les modalités de l'appel en paiement. Or, le cautionnement est subsidiaire parce qu'il est adjoint aux côtés de l'obligation principale pour pallier sa défaillance, et non parce que les biens du débiteur peuvent être discutés. Le bénéfice de discussion ne constitue qu'un aménagement spécifique de la

---

<sup>22</sup> Le Professeur PUTMAN observe, à propos de la demande subsidiaire, que celle-ci se forme par « crainte que la fortune ne sourit pas à l'audace de la demande principale » : E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G* 1991, I, 3493, n° 1, p. 84.

<sup>23</sup> F. GAFFIOT, *Dictionnaire illustré Latin-Français*, Hachette, 1969, v<sup>is</sup> *Subsidiarius* et *Subsidium*,

<sup>24</sup> V. F. ROUVIÈRE, « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD com.* 2012, p. 689.

<sup>25</sup> L'article 2288 du Code civil énonce que « celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

<sup>26</sup> V. par exemple, A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 784, p. 574 ; J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 45, p. 33 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 77, p. 64.

<sup>27</sup> V. par exemple, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 47 p. 41 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELIER, *op. cit.*, n° 217, p. 66-67 ; J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation. Contribution à l'étude du concept de coobligation*, préf. P. DELEBECQUE, Bibliothèque de droit privé, T. 539, 2012, n°174, p. 277 et s ; A. GOUËZEL, *op. cit.*, n° 416, p. 281.

subsidiarité, destiné à assurer une protection renforcée à la caution simple. Le Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de juger que solidarité et subsidiarité de l'engagement de la caution étaient naturellement compatibles<sup>28</sup>. La subsidiarité caractérise le cautionnement car elle est le reflet de sa physionomie, que la solidarité ne saurait dénaturer<sup>29</sup>.

## (2) L'obligation reléguée à un rang secondaire

8. Si le cautionnement est subsidiaire parce qu'il est adjoint en garantie pour pallier une défaillance, d'autres obligations sont considérées comme telles parce qu'elles sont tout simplement « reléguées » à un rang secondaire. Certaines obligations principales sont ainsi exceptionnellement hiérarchisées. Tel est le cas lorsque deux débiteurs se trouvent accidentellement tenus de payer une même personne, à des titres différents, et que le juge détermine que l'un devra payer en priorité par rapport à un autre. Dans l'hypothèse où un époux est tenu au titre de son devoir de secours et que des enfants sont tenus au titre d'une obligation alimentaire pour fournir des subsides à une seule même personne, il a ainsi été jugé que le devoir de secours « prime l'obligation alimentaire découlant de la parenté »<sup>30</sup>. Parce qu'elle doit être exécutée au second rang, cette obligation est qualifiée de subsidiaire<sup>31</sup>. Pourtant, le débiteur n'est que fortuitement tenu subsidiairement. Contrairement à l'hypothèse du cautionnement, le subsidiaire n'a pas été institué en tant que tel. Le débiteur conserve d'ailleurs sa qualité d'obligé principal, parce qu'il sera toujours tenu de payer en premier lieu et intégralement le créancier d'aliment s'il n'est pas tenu au même titre qu'un autre débiteur d'aliments.

9. Dans ces circonstances, la subsidiarité ne décrit qu'un mécanisme hiérarchique, une technique d'articulation logique de deux éléments concurrents<sup>32</sup>. L'obligation n'a de

---

<sup>28</sup> Dans un arrêt rendu le 3 octobre 2000, la chambre commerciale de la Cour de cassation retient que la clause qui fait naître une obligation nouvelle et subsidiaire à l'égard d'un garant s'analyse « en un contrat de cautionnement sans bénéfice de discussion et de division, par suite de la solidarité qu'il stipule » : Cass. Com., 3 octobre 2000, n° 97-16523, inédit.

<sup>29</sup> Sur l'articulation entre solidarité et subsidiarité, v. spécialement *infra* n°s 12, 21-23.

<sup>30</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2010, n° 09-16839, *Bull. civ. I*, n° 226, *RTD civ.* 2011, p. 106, note J. HAUSER ; *AJ famille* 2011, p. 44, obs. P.-J. DELAGE ; *Droit de la famille* 2010, n° 177, p. 30, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *ibid*, n° 7, p. 11, obs. M. REBOURG ; *RLDC* 2011, n° 78, 4102, p. 48, obs. J. GALLOIS ; *ibid*, 4107, p. 54, obs. C. LE GALLOU.

<sup>31</sup> V. par exemple en ce sens, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Subsidiarité de l'obligation alimentaire des descendants par rapport au devoir de secours du conjoint », *Droit de la famille* 2010, n° 177, p. 30.

<sup>32</sup> Pour une approche de la subsidiarité en tant que technique de hiérarchisation d'éléments concurrents, v. A. GOUËZEL, Thèse préc.



subsidaire que son rang : aucune nature juridique propre de l'obligation n'en justifie le régime. On observe bien là une polysémie du sens de la subsidiarité qui ne vient pas désigner le caractère de ce qui est adjoint au principal, pour garantir les chances d'atteindre un résultat, mais le caractère de ce qui a seulement vocation à intervenir au second rang.

Ce second sens de la notion de subsidiarité, employé pour hiérarchiser deux éléments selon un ordre de priorité, s'est construit par dérivation sémantique du sens premier (étymologique) de la subsidiarité. Dans le but d'assurer la réalisation effective du droit, le concept de subsidiarité a été instrumentalisé pour ordonnancer harmonieusement le droit selon un ordre de priorité. La logique caractéristique de la subsidiarité qui repose sur une intervention successive du principal puis du subsidiaire, en raison de sa fonction de garantie, est détournée dans un but purement utilitaire. La hiérarchisation se réalise, par commodité, dans la loi et en jurisprudence, notamment par l'emploi de l'adverbe « subsidiairement », et de l'expression « à titre subsidiaire ». C'est ainsi, par exemple, que l'article 1078-8 du Code civil dispose que « *dans la succession de l'ascendant donateur, les biens reçus par les enfants ou leurs descendants à titre de partage anticipé s'imputent sur la part de réserve revenant à leur souche et subsidiairement sur la quotité disponible* ». La subsidiarité permet ici d'organiser le partage de la succession selon un ordre d'imputation des biens reçus par donation en premier lieu sur la réserve et en second lieu sur la quotité disponible<sup>33</sup>. Cette forme de subsidiarité ne révèle aucun rapport de principal à subsidiaire, seulement une hiérarchie entre un premier et un second. C'est ainsi qu'une obligation peut être qualifiée de subsidiaire alors qu'elle n'a pas été adjointe aux côtés d'une obligation principale pour garantir sa défaillance, mais qu'elle a seulement été reléguée à un rang secondaire.

## **B. La pluralité des fonctions**

**10.** Si la polymorphie de l'obligation subsidiaire s'explique en premier lieu par l'ambivalence de la notion de subsidiarité, elle tient en second lieu à sa pluralité de fonctions. En droit positif, le régime d'intervention secondaire d'une obligation est aménagé dans trois circonstances : lorsque le législateur entend protéger un garant qui, en tant que coobligé,

---

<sup>33</sup> La subsidiarité est régulièrement utilisée pour réaliser l'agencement de l'ordre d'imputation de sommes. Tel est le cas entre les intérêts et le capital (V. par exemple les articles L 313-4 du Code de la consommation, L 313-5-2 du Code monétaire et financier, et 2389 alinéa 1 du Code civil), entre la réserve successorale et la quotité disponible (article 919 alinéa 1 du Code civil), entre le patrimoine de la communauté et celui de l'un des époux (article 1472 alinéa 2 du Code civil), ou encore entre les meubles et les immeubles (article 1471 du Code civil).

risquerait d'être traité comme un débiteur de premier rang (1), lorsque deux obligations principales entrent accidentellement en concurrence, afin qu'un créancier puisse être payé sans se voir opposer l'obligation du tiers (2), et lorsqu'un débiteur n'est pas libéré alors qu'un autre aura, dans certaines circonstances bien particulières, été tenu de payer à sa place, sans pour autant s'y substituer définitivement (3).

## (1) La protection du garant coobligé

**11.** Dans la majorité des cas, la subsidiarité est aménagée pour protéger un coobligé tenu de payer à un créancier ce que lui doit son débiteur. Le phénomène de coobligation émerge dès lors que plusieurs obligés sont tenus au paiement d'une dette unique : lorsqu'un individu est tenu à la totalité d'une dette plurale, ou qu'un individu est tenu de la dette d'un tiers<sup>34</sup>. On l'a vu à travers l'exemple du cautionnement, la subsidiarité reflète la physionomie de l'engagement par lequel une personne s'engage à payer au créancier ce que lui doit son débiteur s'il ne le fait pas lui-même. Lorsqu'une garantie de paiement est instituée par la loi, la subsidiarité ne ressort toutefois pas souvent des termes de l'engagement. Le législateur aménage alors un régime d'intervention secondaire pour protéger le garant contre les poursuites intempestives d'un créancier, s'il n'est pas tenu de le payer aux côtés d'un tiers, mais de le payer si le tiers défaille. Alors que l'identité d'objet pourrait laisser supposer une identité de rang des obligations, la subsidiarité révèle que l'un des coobligés n'est tenu que si le tiers ne paye pas lui-même.

**12.** C'est ainsi que la subsidiarité de certaines obligations solidaires est aménagée dans la loi. Les associés des sociétés en nom collectif qui « *répondent indéfiniment et solidairement* » des dettes sociales de la société, ne pourront être poursuivis qu'après l'envoi, par les créanciers sociaux, d'une mise en demeure restée vaine de la société<sup>35</sup>. L'effacement de la personne de l'associé, derrière la personnalité morale de la société, explique la subsidiarité de son engagement : il n'est que garant. Dans ces circonstances, la solidarité n'indique pas que

---

<sup>34</sup> Le phénomène de coobligation trouve aujourd'hui sa cohérence dans la garantie qu'il met en œuvre : P. BRIAND, *Éléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, Thèse, Nantes, 1999, n° 275 et s., p. 243 et s. ; J.-D. PELLIER, Thèse préc. À propos de la garantie mise en œuvre par la solidarité, v. spécialement M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations « in solidum » en droit privé français*, préf. E. LOQUIN, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002. Cette cohérence ne se retrouve absolument pas lorsque chacun est tenu pour sa part et portion à l'égard du créancier qui doit diviser son action. Le Professeur BRIAND propose alors opportunément que ces obligations « disjointes » soient exclues du phénomène de cotitularité : P. BRIAND, *op. cit.*, n° 23, p. 18.

<sup>35</sup> Article L 221-1 du Code de commerce.

l'associé devra le tout au premier rang pour que les créanciers sociaux n'aient pas à diviser leurs poursuites. Elle indique seulement que l'associé sera tenu à la même chose que la société. La solidarité des codébiteurs tenus à la totalité de la dette à titre principal, parce qu'ils ont contracté une dette ensemble, ne doit ainsi pas être confondue avec la solidarité du garant, tenu à ce que doit le débiteur à titre subsidiaire<sup>36</sup>. Solidarité et subsidiarité sont compatibles lorsqu'un obligé se retrouve tenu de payer au créancier ce que lui doit le débiteur, afin de garantir son engagement. Les associés des sociétés à responsabilité illimitée, qu'ils soient tenus solidairement avec la société ou à concurrence de leur apport, ne font ainsi que « répondre » des dettes sociales<sup>37</sup>. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler : il s'agit de garants subsidiaires<sup>38</sup>, non de coobligés de la société<sup>39</sup>. Si l'incompatibilité relevée par la Cour entre la qualité de coobligé et celle de garant s'avère pour le moins douteuse<sup>40</sup>, coobligation et garantie s'accommodant au contraire parfaitement<sup>41</sup>, elle révèle bien que l'associé n'est pas tenu en la même qualité que la société parce qu'il vient garantir des dettes qu'il n'a pas lui-même contractées.

La subsidiarité d'une obligation solidaire peut en outre être révélée par le juge, alors que le législateur ne l'a pas lui-même aménagée. Lorsque la solidarité a été instituée pour qu'un obligé puisse répondre d'une dette qui ne lui est pas ou plus propre, elle révèle l'engagement d'un garant tenu subsidiairement à ce que doit le débiteur. Alors que le cédant

---

<sup>36</sup> Sur la coexistence de deux formes de solidarités, conjointe et adjointe, v. spécialement P. BRIAND, *op. cit.*, n° 43, p. 37: « la fonction essentielle de la solidarité des obligations conjointes est d'empêcher la division naturelle de la dette en autant d'obligations indépendantes qu'il y a de débiteurs conjoints. On ne peut en dire autant de la solidarité des obligations adjointes. La caractéristique principale d'une obligation adjointe est de s'ajouter à une obligation préexistante dont elle s'approprie tout ou partie de l'objet. Il ne peut être question ici d'empêcher une division de la dette ».

<sup>37</sup> Les associés des sociétés civiles (article 1857 du Code civil.), des sociétés en nom collectif (article L 221-1 du Code de commerce), les associés commandités (article L 222-1 alinéa 1 du Code de commerce), et les associés commanditaires des sociétés en commandite simple (article L 222-1 alinéa 2 du Code de commerce) « répondent » des dettes sociales de la société. Les associés des sociétés de construction-vente (Article L 211-2 du Code de la construction et de l'habitation) et les membres d'un groupement d'intérêt économique (Article L 251-6 du Code de commerce) sont également tenus de garantir les dettes de la société auprès des créanciers sociaux.

<sup>38</sup> V. par exemple, Cass. Com., 29 mars 2011, n° 10-1554, inédit. Sur la qualité de garants subsidiaires, v. spécialement F.-X. LUCAS, « Qualité de garants subsidiaires des associés de société civile », *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 7, p. 571.

<sup>39</sup> Cass. com., 20 mars 2012, n° 10-27340, *Bull. civ. IV*, n° 61, *GP* 2012, p. 23, note A.-C. ROUAUD, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 5, p. 388, note J.-F. BARBIÈRI ; *Bull. Joly Sociétés*, 2012, n° 9, p. 676, note P. BRIAND ; *RJDA* 2012, n° 7, p. 599, note D. GIBIRILA.

<sup>40</sup> Sur ce point, v. spécialement P. BRIAND, « Retour sur la notion de coobligé », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 9, p. 676.

<sup>41</sup> Sur le rattachement des sûretés au phénomène de coobligation, v. J.-D. PELLIER, Thèse péc.

d'une créance professionnelle est solidairement tenu au paiement des créances cédées ou données en nantissement, pour garantir le paiement du cessionnaire<sup>42</sup>, les juges sont venus définir les contours de la subsidiarité de son engagement. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi jugé que « *si le cessionnaire d'une créance professionnelle qui a notifié la cession en application de l'article L. 313-28 bénéficie d'un recours en garantie contre le cédant, garant solidaire, sans avoir à justifier préalablement d'une poursuite judiciaire contre le débiteur cédé ou même de sa mise en demeure, il est cependant tenu de justifier d'une demande amiable adressée à ce débiteur ou de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement* »<sup>43</sup>. Le cédant se retrouve tenu de payer au cessionnaire, ce que lui doit le cédé s'il ne le fait pas lui-même, parce que la dette ne lui est plus propre.

De manière générale, il est possible d'observer qu'en matière commerciale, les commerçants intéressés de près ou de loin à l'activité en cause, sont adjoints en garantie par le biais de la solidarité, pour sécuriser les échanges commerciaux, afin que les créanciers n'aient pas à s'assurer de la solvabilité de leur cocontractant<sup>44</sup>. La coobligation augmente ainsi les chances de certains créanciers d'être payés. Si la communauté d'intérêt existant entre l'obligé adjoint et le débiteur justifie l'aménagement d'une solidarité, la subsidiarité permet de rétablir l'équilibre d'un engagement qui n'est que celui d'un garant. Les cosignataires d'une lettre de change, solidairement tenus au paiement du montant de la lettre envers le porteur<sup>45</sup>, ne pourront ainsi être appelés en paiement que si le tiré refuse lui-même de payer<sup>46</sup>. Sauf clause l'en dispensant, le porteur devra alors faire dresser un protêt avant de s'adresser aux cosignataires, à moins qu'il soit certain que le tiré ne pourra pas payer le porteur<sup>47</sup>.

**13.** Au-delà du domaine de l'obligation solidaire, la subsidiarité permet aussi de protéger un garant tenu à la même chose qu'un débiteur en vertu de la loi, dans des domaines où l'on pourrait aisément concevoir qu'il soit tenu de payer à titre principal. Lorsqu'un créancier mérite particulièrement d'être satisfait, parce qu'un dommage lui a injustement été causé, ou

---

<sup>42</sup> Article L. 313-24 alinéa 2 du Code monétaire et financier.

<sup>43</sup> Cass. Com., 18 septembre 2007, n° 06-13736, arrêt préc.

<sup>44</sup> V. en ce sens, F. DERRIDA, *op. cit.*, p. 329.

<sup>45</sup> Article L 511-44 alinéa 1 du Code de commerce.

<sup>46</sup> L'article L 511-26 alinéa 1 du Code de commerce précise qu'à l'échéance de la lettre de change, le porteur doit présenter la lettre au tiré afin d'obtenir de sa part le paiement.

<sup>47</sup> Article L 511-39 alinéa 1 du Code de commerce.

qu'il est en manque de subsides, la subsidiarité protège celui qui n'est tenu qu'au titre de garant, contre un appel en paiement prématuré.

La subsidiarité du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, est ainsi aménagée par la loi<sup>48</sup>. Le Fonds garantit l'indemnisation de la victime si elle ne peut être indemnisée à un autre titre<sup>49</sup>. Il n'est pas tenu de l'indemniser à titre principal, comme pourrait l'être un assureur. La subsidiarité traduit la volonté du législateur de garantir une indemnisation, et non d'aménager une nouvelle voie principale d'indemnisation<sup>50</sup>. La politique juridique du législateur peut toutefois évoluer au cours du temps. En matière d'infractions pénales, l'article 706-3 du Code de procédure pénale qui subordonnait l'indemnisation de la Commission d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI), à la condition que la victime ne puisse « *obtenir à un titre quelconque une réparation ou une indemnisation effective et suffisante de son préjudice* », a été modifié. La condition de subsidiarité a été progressivement atténuée pour disparaître complètement en 1990, afin que les victimes d'infraction puissent être rapidement indemnisées pour les dommages qui résultent d'atteintes à leur personne. Aujourd'hui, la CIVI garantit seulement une indemnisation subsidiaire aux victimes d'infractions aux biens<sup>51</sup>.

La subsidiarité de l'obligation alimentaire des parents naturels à l'égard de leur enfant mineur est aménagée pour des raisons similaires à celle d'un Fonds de garantie : le père et la mère de l'enfant sont tenus de garantir qu'il obtiendra des subsides, pas de lui en fournir à titre principal. Les liens entre un enfant adopté et sa famille d'origine n'étant pas rompus lors d'une adoption simple, l'adopté pourrait être tenté d'obtenir des subsides tant de la part de l'adoptant

---

<sup>48</sup> À propos de la subsidiarité de l'obligation du Fonds, v. précisément J. ARCHAMBAUD, « L'indemnisation par le Fonds de Garantie : notion d'implication et principe de subsidiarité », *RGAT*, n° spécial 1988, p. 103.

<sup>49</sup> Article L 421-1 III du Code des assurances.

<sup>50</sup> Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages n'est pas le seul Fonds offrant une garantie subsidiaire d'indemnisation. L'ONIAM et le FIPOL interviennent aussi subsidiairement pour assurer l'indemnisation des victimes de dommages. L'ONIAM est tenu en cas d'accident médical fautif, lorsque le professionnel de santé n'est pas assuré (art. L 1142-15 du Code de la santé publique). Le FIPOL est tenu en cas de pollution maritime par hydrocarbures, lorsque le propriétaire du navire n'est pas tenu ou est incapable de s'acquitter de ses obligations (art. 4, 1. b) de la Convention FIPOL de 1992).

<sup>51</sup> L'article 706-14 du Code de procédure pénale dispose que « *Toute personne qui, victime d'un vol, d'une escroquerie, d'un abus de confiance, d'une extorsion de fonds ou d'une destruction, d'une dégradation ou d'une détérioration d'un bien lui appartenant, ne peut obtenir à un titre quelconque une réparation ou une indemnisation effective et suffisante de son préjudice, et se trouve de ce fait dans une situation matérielle ou psychologique grave, peut obtenir une indemnité dans les conditions prévues par les articles 706-3 (3° et dernier alinéa) à 706-12, lorsque ses ressources sont inférieures au plafond prévu par l'article 4 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique pour bénéficier de l'aide juridictionnelle partielle, compte tenu, le cas échéant, de ses charges de famille* ».

que de la part de ses parents naturels. L'article 367 alinéa 2 du Code civil aménage donc un régime de subsidiarité pour que l'adopté ne puisse obtenir des aliments de la part de ses parents naturels, que s'il ne peut en obtenir de la part de l'adoptant<sup>52</sup>. Les juges s'attachent à rappeler cette subsidiarité<sup>53</sup>, parce que les parents naturels n'ont plus vocation à fournir des subsides à leur enfant à titre principal, dès lors que ce dernier a été adopté.

## (2) La hiérarchie des obligations concurrentes

14. La subsidiarité peut également avoir pour fonction de hiérarchiser deux obligations principales entre elles. Si le législateur envisage régulièrement que des coobligés soient tenus à titre principal à l'égard d'un même créancier pour une satisfaction identique<sup>54</sup>, il arrive fortuitement que deux obligés principaux se retrouvent engagés à l'égard d'un créancier alors que le législateur ne l'avait nullement envisagé. C'est l'hypothèse de la concurrence des obligations alimentaires. Lorsque plusieurs obligations alimentaires principales entrent accidentellement en concurrence, le juge fait le choix d'instaurer un ordre dans les paiements, afin que le créancier réclame prioritairement à l'un des débiteurs de s'exécuter, sans qu'il puisse se voir opposer l'obligation concurrente de l'autre débiteur d'aliments. Lorsque l'obligation alimentaire de droit commun<sup>55</sup> entre en concurrence avec l'obligation d'entretien des parents<sup>56</sup>, les juges décident que les parents sont tenus prioritairement au titre de leur obligation d'entretien, devant les autres codébiteurs d'aliments tenus en vertu de leur obligation de droit commun<sup>57</sup>. De la même manière, lorsque l'obligation de secours entre

---

<sup>52</sup> À propos de la subsidiarité de l'obligation des parents naturels, v. notamment, P. MURAT, « La subsidiarité de l'obligation du père par le sang de l'enfant adopté simplement », *Droit de la famille* 2010, n° 115, p. 34.

<sup>53</sup> V. par exemple, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2007, n° 06-17980, *Bull. civ. I*, n° 204 ; *Defrénois* 2007, n° 18 p. 1321, obs. J. MASSIP ; *RTD civ.* 2007, p. 764, obs. J. HAUSER ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 avril 2010, n° 09-12456, *Bull. civ. I*, n° 94 ; *D.* 2010, p. 1145, obs. LE DOUARON ; *RTD civ.* 2010, p. 545, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 2010, 469, obs. H. BOSSE-PLATIÈRE.

<sup>54</sup> Dans le cadre de la responsabilité civile, par exemple, pour multiplier les chances de satisfaction de la victime d'un dommage. C'est ainsi que les parents sont « *solidairement responsables du dommage causé par leur enfant mineur habitant avec eux* » en vertu de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil.

<sup>55</sup> Article 205 du Code civil.

<sup>56</sup> Article 203 du Code civil.

<sup>57</sup> Dans une espèce, la Cour de cassation a, par exemple, jugé qu'un grand-père était tenu subsidiairement d'une obligation alimentaire vis-à-vis de ses petits enfants, la mère des enfants n'ayant pu obtenir de son mari le paiement d'une pension alimentaire, et se trouvant dans l'impossibilité de travailler : Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1974, n°72-11070, *Bull. civ. I*, n°77, p.66 ; *D.* 1974, p. 329, note C. GAURY.

époux<sup>58</sup> et l'obligation alimentaire de droit commun entrent en concurrence, l'époux est tenu de s'acquitter de sa dette de secours en premier lieu<sup>59</sup>.

**15.** Dans ces circonstances, le débiteur d'aliments est relégué au rang de débiteur subsidiaire derrière un débiteur d'aliment tenu en premier lieu. Ces hypothèses de concurrence d'obligations sont accidentelles. Qu'elle soit de source volontaire ou légale, l'obligation n'a pas, par nature, vocation à entrer en concurrence avec d'autres. Dans l'hypothèse, peu fréquente, où un concours se produit, plusieurs débiteurs se retrouvent tenus sans que la pluralité des rapports n'ait été recherchée, ni l'articulation de leurs engagements envisagée. La subsidiarité se manifeste alors qu'aucun rapport de coobligation n'a été instauré en tant que tel.

### **(3) Le défaut de libération d'un débiteur substitué à titre temporaire**

**16.** Une hiérarchie peut, en outre, être instituée entre deux obligations principales, hors d'un rapport de coobligation, lorsqu'un débiteur est tenu, dans certaines circonstances bien particulières, de payer à la place d'un autre, sans pour autant s'y substituer définitivement. Le rapport de subsidiarité permet d'éviter la libération d'un débiteur : celui qui était initialement engagé au premier rang, se retrouve tenu subsidiairement parce qu'il n'est pas libéré par l'intervention du tiers substitué. La loi prévoit ainsi que le constituant d'un patrimoine fiduciaire est tenu sur son patrimoine propre « *en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire* »<sup>60</sup>. Alors que le créancier est désormais tenu de réclamer paiement au fiduciaire, il pourra aussi réclamer paiement au constituant, subsidiairement, s'il n'a pas été intégralement satisfait. La subsidiarité s'explique par le défaut de libération du constituant du patrimoine fiduciaire, toujours tenu de satisfaire intégralement son créancier.

**17.** Dans le cadre de la saisie-attribution, la même hiérarchie se retrouve instituée entre le tiers saisi et le débiteur. L'article R 211-8 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que « *le créancier saisissant qui n'a pas été payé par le tiers saisi conserve ses droits contre le débiteur* ». Le débiteur est toujours tenu parce que la saisie n'a pas d'effet libératoire. Il est

---

<sup>58</sup> Article 212 du Code civil.

<sup>59</sup> CA Douai, 28 juillet 1953, *D.* 1954 p. 477, note R. SAVATIER, *RTD civ.* 1954, p. 635, obs. G. LAGARDE.

<sup>60</sup> Article 2025 alinéa 2 du Code civil. Sur le caractère subsidiaire de l'obligation du constituant d'un patrimoine fiduciaire, v. spécialement A. GOUËZEL, *op. cit.*, n° 422, p. 286.

tenu subsidiairement car, « à compter du moment où la procédure de saisie-attribution est mise en œuvre par le créancier, il lui appartient d'aller jusqu'au bout : le paiement normal est attendu du tiers saisi, le débiteur saisi n'intervenant plus qu'à titre de débiteur subsidiaire »<sup>61</sup>. Dans le cas de la saisie-attribution, comme dans le cas de la fiducie, un débiteur principal se retrouve obligé subsidiairement parce qu'un autre débiteur aura été tenu de satisfaire le créancier à sa place, sans qu'il soit pour autant lui-même déchargé. Dans ces circonstances, la subsidiarité ne révèle pas une garantie de paiement, mais évite la libération d'un débiteur qui doit de toutes les façons (et logiquement) payer son propre créancier.

## II. L'unité des obligations subsidiaires

**18.** Si le trait commun à toutes les obligations subsidiaires tient exclusivement à leur rang secondaire par rapport à une obligation de premier rang, tel n'est pas leur seul trait distinctif. Hormis les circonstances relativement peu fréquentes dans lesquelles la subsidiarité ne sert qu'à établir une hiérarchie (lorsque deux obligations entrent accidentellement en concurrence et lorsqu'un débiteur temporairement substitué n'est pas libéré), le second rang d'une obligation trouve toujours sa cause dans sa nature de garantie de la dette d'un tiers : l'obligé subsidiaire doit précisément ce que doit le débiteur pour garantir le paiement du créancier. La subsidiarité, ne peut alors être réduite à une simple technique de hiérarchisation, parce qu'elle révèle une véritable cohérence entre la nature (A) et le régime (B) d'une obligation.

### A. Une nature

**19.** L'approche du régime de l'obligation subsidiaire n'offre qu'une connaissance limitée de la figure. Elle conduit à retrancher la subsidiarité d'une partie de sa substance : sa nature de garantie de paiement. La demande subsidiaire, formulée pour le cas où la demande principale n'emporterait pas le succès, n'est pas réduite à une « demande de second rang »<sup>62</sup>. L'obligation subsidiaire ne devrait pas l'être non plus. Plus qu'une obligation de second rang, il s'agit d'une obligation adjointe à une obligation principale pour garantir que le créancier obtiendra son dû. La subsidiarité de l'engagement par lequel un garant s'engage à payer ce que doit un débiteur, devrait dès lors être révélée, y compris lorsque son régime d'intervention secondaire n'est pas aménagé (1). La subsidiarité est utile, car elle permet de distinguer les garanties de paiement

---

<sup>61</sup> A. GOUÉZEL, *op. cit.*, n° 424, p. 287.

<sup>62</sup> La demande subsidiaire est caractérisée au regard de sa fonction de garantie, parce qu'elle est destinée à augmenter les chances du justiciable de gagner son procès. V. en ce sens, E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G* 1991, I, 3493.



d'autres engagements qui leur sont étroitement associés, alors qu'ils présentent une nature singulièrement différente (2).

### (1) La révélation d'une nature juridique

**20.** La subsidiarité est l'apanage de tout engagement par lequel un individu s'engage à payer au créancier ce qui lui est dû par un tiers, pour garantir sa satisfaction. La formule de l'article 2288 du Code civil, qui énonce que « *celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* », n'est employée à propos du cautionnement que parce qu'il constitue le prototype de garantie de la dette d'un tiers<sup>63</sup>. Les garants professionnels sont ainsi obligés subsidiairement parce qu'ils n'ont pas vocation à se substituer au professionnel, mais à garantir que ses clients seront payés s'il n'honore pas lui-même ses engagements<sup>64</sup>. Le régime de leur obligation est articulé autour de la subsidiarité<sup>65</sup>, parce qu'ils ne sont engagés que pour pallier la défaillance des professionnels à l'occasion de leur activité. De même, le sous-débiteur tenu dans le cadre d'une action directe, doit ce que doit le débiteur, s'il ne paye pas lui-même. En dehors des hypothèses où la créance du débiteur intermédiaire aura été exclusivement affectée à la satisfaction du créancier (action directe « parfaite »), l'action directe engage le sous-débiteur subsidiairement à l'égard du créancier : il n'est pas tenu directement mais par l'intermédiaire de son propre créancier (action directe « imparfaite »)<sup>66</sup>. La connexité de la dette du sous-débiteur avec celle du débiteur justifie qu'il soit tenu de garantir le créancier<sup>67</sup>. Il n'aurait

---

<sup>63</sup> Le cautionnement est le « *prototype de l'engagement personnel de payer une somme d'argent due par autrui pour pallier la défaillance de ce dernier* » : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELIER, *op. cit.*, n° 98, p. 43.

<sup>64</sup> Le garant professionnel « *s'engage à pallier la défaillance d'un professionnel dans son obligation de paiement ou de remboursement de fonds, titres, valeurs ou effets, née à l'égard de clients ou de certains créanciers dans le cadre d'un exercice normal de son activité* » : L. MERLAND, « Garanties financières professionnelles », *Répertoire commercial Dalloz*, 2004, n° 1, p. 2.

<sup>65</sup> À propos de la subsidiarité de l'obligation du garant professionnel du notaire, v. par exemple Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 2001, n° 98-19733, *Bull. civ. I*, n° 21, *D.* 2001, p. 831, *Defrénois* 2001, n° 11, p. 724, note J.-L. AUBERT. Le régime de toutes les garanties professionnelles s'articule autour de la subsidiarité : S. CABRILLAC, *Les garanties financières professionnelles*, préf. P. PÉTEL, Bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 49, LGDJ, 2000, n° 408 et s., p. 302 et s.

<sup>66</sup> Le Professeur BRIAND qualifie, en ce sens, l'obligation du sous-débiteur d'« *obligation médiate* » : P. BRIAND, Thèse préc., n° 299, p. 262.

<sup>67</sup> « *Le sous-débiteur n'est pas tenu à une dette quelconque mais à une dette calquée sur celle d'un débiteur principal* » : P. BRIAND, « L'action directe », *La réforme du régime général des obligations*, sous la dir. de L. ANDREU, Dalloz, 2011, p. 33, spéc. p. 42.

toutefois aucune raison de le satisfaire avant le débiteur s'il peut lui-même payer. Comme l'observe très justement le Professeur GOUÉZEL, « *la subsidiarité n'est que la traduction technique de cette donnée de bon sens qu'est l'idée de "paiement normal", de "débiteur naturel" »*<sup>68</sup>. C'est ce que révèle l'aménagement d'un régime d'intervention secondaire lorsqu'un coobligé n'est tenu aux côtés d'un autre qu'au titre de garant<sup>69</sup>. L'associé d'une société à responsabilité illimitée, le cosignataire d'une lettre de change, le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages... sont tenus de garantir des dettes qui ne leurs sont pas propres. Le cédant d'une créance professionnelle et les parents naturels d'un enfant adopté simplement, sont tenus de garantir des dettes qui ne leurs sont plus propres. On comprend ainsi logiquement que leur régime juridique soit aménagé de manière à ce que le garant soit protégé contre les poursuites intempestives du créancier.

**21.** La subsidiarité distingue l'engagement d'un « coobligé garant » de celui d'un « coobligé principal » tenu conjointement au paiement d'une dette unique<sup>70</sup>. Lorsqu'un individu est adjoint en garantie aux côtés d'un débiteur, pour garantir le paiement d'un créancier, mais que les modalités de son intervention secondaire ne sont pas spécialement aménagées, la subsidiarité de son engagement devrait alors être reconnue. Cette reconnaissance revêt une particulière importance lorsque le garant est solidairement tenu avec le débiteur, parce que la solidarité laisse improprement penser que le régime de l'obligation « *se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires* ». C'est la formule de l'article 2298 du Code civil, qui jette le trouble sur la subsidiarité de l'engagement de la caution solidaire<sup>71</sup>. Alors que le cautionnement constitue l'archétype même de l'engagement subsidiaire par lequel un obligé est tenu de payer si le débiteur ne le fait pas lui-même, la référence aux dettes solidaires des articles 1200 et suivant du Code civil désoriente. On l'a vu pourtant, la solidarité des codébiteurs tenus à la totalité de la dette à titre principal, parce qu'ils ont contracté une dette ensemble, ne doit pas être confondue avec la solidarité du garant, tenu à ce que doit le débiteur à titre subsidiaire<sup>72</sup>. Le doute devrait d'autant moins être soulevé concernant la caution, qu'elle est particulièrement protégée par le droit positif contre un appel en paiement

---

<sup>68</sup> A. GOUÉZEL, *op. cit.*, n° 342, p. 277.

<sup>69</sup> V. *supra* n°s 11 à 13.

<sup>70</sup> Sur la coexistence de deux formes de cotitularités, conjointe et adjointe, v. spécialement P. BRIAND, Thèse préc., n° 89, p. 79.

<sup>71</sup> En ce sens, v. F. ROUVIÈRE, « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD com.* 2012, p. 689.

<sup>72</sup> V. *supra* n° 12.

malvenu de la part du créancier. Comme le relève le Professeur BRIAND, l'article 1201 du Code civil qui prévoit que les obligés solidaires, tenus à la même chose, peuvent le devoir différemment à l'égard du créancier<sup>73</sup>, « ouvre lui-même la porte à des situations de subsidiarité au sein de la solidarité »<sup>74</sup>. La suppression de cet article par l'ordonnance du 10 février 2016, qui se contente d'affirmer que le créancier d'une obligation solidaire peut réclamer paiement « au débiteur solidaire de son choix »<sup>75</sup>, atteste toutefois d'une malheureuse méconnaissance de la polymorphie de l'obligation solidaire en droit positif.

**22.** La subsidiarité des obligations solidaires adjointes pour garantir la dette d'un tiers mérite alors d'être reconnue, puisqu'à l'identité de nature (garantie de paiement de la dette d'un tiers) devrait logiquement correspondre une identité de régime (paiement secondaire). C'est ainsi, par exemple, que la subsidiarité de l'obligation du propriétaire d'un fonds de commerce, tenu solidairement aux dettes contractées par le locataire-gérant<sup>76</sup>, devrait être révélée. Le propriétaire du fonds de commerce n'est pas impliqué par la dette en cause<sup>77</sup>. Si l'intérêt économique commun qu'il partage avec le locataire gérant, justifie l'aménagement d'une solidarité<sup>78</sup>, la subsidiarité permet de rétablir l'équilibre d'un engagement de garantie. Initialement, c'est par le biais d'une action directe que le fournisseur pouvait réclamer paiement au propriétaire du fonds de commerce. Or, on l'a vu, dans le cadre de l'action directe le sous-débiteur doit ce que doit le débiteur s'il ne paye pas lui-même. La consécration de la solidarité de l'obligation du propriétaire du fonds de commerce pour les dettes contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds<sup>79</sup>, n'a pas eu pour effet de dénaturer la subsidiarité de

---

<sup>73</sup> L'article 1201 du Code civil prévoit que « L'obligation peut être solidaire quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au paiement de la même chose ; par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'a point été accordé à l'autre ».

<sup>74</sup> P. BRIAND, « Retour sur la notion de coobligés », *op. cit.*, p. 677.

<sup>75</sup> Article 1313 de l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>76</sup> L'article L 144-7 du Code de commerce dispose que « jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds ».

<sup>77</sup> V. D.-R. MARTIN, « L'engagement du codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, p. 49, spéc. p. 51.

<sup>78</sup> La Cour de cassation a eu l'occasion de reconnaître cet « intérêt économique commun » pour justifier la condamnation d'un loueur au paiement des dettes du locataire gérant : Cass. Com., 23 mars 1999, n° 97-15000 ; *Bull. civ.* IV, n°71, p. 58, *LPA* 1999, n° 83, p. 5 ; *GP* 1999, n° 129, p. 17 ; *RLDA* 1999, n° 17, p. 24, obs. G. MONTÉGUDET. Sur la « communauté d'intérêts », v. plus généralement, J. THÉRON, « De la "communauté d'intérêts" », *RTD civ.* 2009, p. 19.

<sup>79</sup> L'article 8 du décret du 53-874 du 22 septembre 1953 repris pour l'essentiel par l'article 8 de la loi du 20 mars 1956 est venu consacrer l'obligation solidaire du propriétaire du fonds de commerce.

l'engagement. Comme une obligation solidaire « *ne s'expose pas être disqualifiée au seul motif qu'elle serait également subsidiaire* »<sup>80</sup> (en attestent les exemples d'obligations solidaires dont un régime d'intervention temporelle secondaire a été aménagé par la loi), une obligation subsidiaire ne devrait pas non plus s'exposer à être disqualifiée au seul motif qu'elle serait solidaire.

**23.** La subsidiarité de l'obligation solidaire du cédant d'un contrat ou d'une dette devrait, en outre, être reconnue<sup>81</sup>. Il est, en effet, contradictoire de considérer qu'une cession (un transfert) est intervenue tout en admettant que le cédant conserve sa position de débiteur de premier rang. Le cessionnaire est investi du rôle que tenait préalablement le cédant. Ledit « défaut de libération » du cédant, devrait alors plus volontiers s'envisager comme une technique d'adjonction d'une obligation en garantie de paiement d'une dette qui n'est plus propre au cédant. Au lieu d'être purement et simplement libéré, le cédant se retrouve tenu par un nouvel engagement, non pas principal, mais subsidiaire à l'égard du cédé. En droit positif, il est notable que lorsqu'une opération de translatrice ou extinctive de droits est intervenue (par cession ou par novation), l'ancien créancier ou l'ancien débiteur se trouve tenu au titre d'une obligation légale de garantie d'une dette qui ne lui est pas ou plus propre. C'est à ce titre que le cédant d'une créance professionnelle est tenu solidairement et subsidiairement à l'égard du cessionnaire, si le cédé ne s'exécute pas<sup>82</sup>. C'est à ce titre également que le déléguant est tenu de garantir le paiement du délégataire, s'il est avéré que le délégué était insolvable au moment d'une délégation novatoire<sup>83</sup>. L'adjonction d'une obligation en garantie atténue immédiatement la rigueur d'une opération translatrice ou extinctive de droits. C'est bien cette rigueur qu'a voulu atténuer le législateur en aménageant la solidarité de l'obligation du cédant d'un contrat ou d'une dette. Il est alors regrettable qu'en consacrant légalement les opérations de cession de contrat et de cession de dette, l'ordonnance du 10 février 2016 se soit contentée d'aménager la solidarité de l'obligation du cédant avec le cessionnaire, sans envisager sa subsidiarité. Toutes les obligations conventionnellement ou légalement instituées à titre de garantie de paiement

---

<sup>80</sup> P. BRIAND, « Retour sur la notion de coobligés », *op. cit.*, p. 677.

<sup>81</sup> Les articles 1215-1 alinéa 2 et 1327-2 de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, prévoient respectivement que le cédant d'un contrat et le cédant d'une dette sont tenus solidairement avec le cessionnaire, s'ils ne sont pas libérés par le cédé.

<sup>82</sup> V. *supra* n° 12.

<sup>83</sup> L'article 1276 du Code civil dispose que « *le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation* ».

devraient s'envisager comme des obligations subsidiaires pour qu'un garant ne puisse logiquement être appelé en paiement au même rang qu'un débiteur. L'implication au second rang du garant n'indique, en effet, pas nécessairement que le créancier éprouvera des difficultés à recouvrer son dû. Les modalités de la subsidiarité sont plures et la protection du garant peut être minimale<sup>84</sup>.

Le défaut d'aménagement de l'appel en paiement du garant ne doit donc pas laisser supposer son défaut de subsidiarité. S'il s'avère néanmoins qu'un créancier est bel et bien « autorisé » à réclamer paiement à un obligé au premier rang, c'est que ce dernier n'est pas tenu au titre d'une garantie de paiement.

## **(2) L'émancipation d'une nature juridique**

**24.** La subsidiarité permet de rappeler que celui qui garantit un paiement n'est tenu que si le débiteur ne s'exécute pas lui-même. Si un engagement ne présente pas la physionomie d'une obligation subsidiaire, il est fort à parier qu'il s'agit d'un engagement principal (a) ou d'un engagement de garantie (b) qui a une autre fonction que de garantir le paiement de ce que doit le débiteur au créancier.

### **(a) Obligations subsidiaires et engagements principaux**

**25.** Alors que le droit des obligations et le droit des sûretés entretiennent des rapports de plus en plus « passionnels »<sup>85</sup>, la frontière entre les engagements principaux et les engagements de garantie n'est pas clairement tracée. Certaines figures sont assimilées à des garanties de paiement, alors que l'obligé semble plus volontiers tenu au titre d'un engagement principal à l'égard d'un créancier. Le délégué, voire le délégant, dans le cadre d'une délégation simple, le codébiteur solidaire non intéressé à la dette, ou encore le porte-fort exécution, ont ainsi pu être considérés comme des garanties de paiement, parce que leur propre engagement garantirait celui d'un tiers. C'est que la « garantie » est conçue dans un sens bien large. Adjoindre un garant pour payer le créancier si le débiteur ne le fait pas lui-même, et adjoindre un débiteur pour payer un créancier, procure le même effet de garantie. La délégation simple a ainsi incontestablement un effet de garantie, parce qu'il n'y a pas substitution mais adjonction d'un

---

<sup>84</sup> V. *infra* n° 33 et s.

<sup>85</sup> A. HONTEBEYRIE, « Régime général de l'obligation et droit des sûretés », *Le régime des obligations, ciment du droit privé ?*, Actes du colloque organisé par le Centre Jean Bodin de l'Université d'Angers le 7 novembre 2013, sous la dir. de C. CHABAS, *RLDC* 2014, n° 113, 5362, p. 77.

débiteur à un autre<sup>86</sup>. Pourtant, la délégation n'a pas été créée pour garantir une dette mais pour l'éteindre. La subversion des garanties personnelles par l'instrumentalisation d'engagements naturellement principaux à des fins de sûretés est de plus en plus fermement dénoncée<sup>87</sup>. Les mécanismes du droit des contrats, qui n'ont pas été conçus à cette fin<sup>88</sup>, ne devraient pas pouvoir être utilisés à des fins de garantie, parce qu'ils risqueraient de contourner le régime de protection instauré pour les véritables garanties de paiement, et notamment celui du cautionnement. La subsidiarité permet alors opportunément de distinguer les engagements principaux des garanties de paiement.

**26.** En premier lieu, la délégation simple, ne devrait pas être considérée comme une garantie de paiement : l'absence de novation n'a pas pour fonction de garantir un paiement, mais a seulement pour effet de garantir un paiement<sup>89</sup>. Le délégué, même s'il s'oblige à payer ce que doit le délégant au délégataire<sup>90</sup>, s'engage à titre principal envers le délégataire. Deux débiteurs se retrouvent alors identiquement tenus au premier rang, parce que le délégué ne s'engage pas à satisfaire le délégataire si le délégant ne le fait pas lui-même. On ne saurait, de surcroît, considérer que l'engagement du délégant est relégué au rang de subsidiaire, car le délégataire ne peut voir ses chances de recouvrement amoindries parce qu'il accepte de recevoir paiement de la part d'un tiers. L'opération est seulement créatrice d'un nouvel engagement principal. C'est l'opinion très justement retenue par une doctrine majoritaire, tant classique<sup>91</sup> que moderne<sup>92</sup>. Si le délégataire a tendance à réclamer prioritairement paiement au

---

<sup>86</sup> « Lorsque le créancier (délégataire) ne déclare pas expressément décharger le débiteur originaire, celui-ci reste tenu de la dette (art. 1275). Il y a alors non pas substitution, mais adjonction d'un débiteur à un autre » : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ, 14<sup>e</sup> éd., 2014, n° 756, p. 551.

<sup>87</sup> V. notamment, M. MIGNOT, « Plaidoyer pour l'abrogation de l'article 1216 du Code civil », *RLDC* 2006, n° 27, 2050, p. 27 ; A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, p. 77 ; T. GÉNICON, « Le sacre du porte-fort exécution et son retour au sein du droit commun des contrats », *RDC* 2014, n° 3, p. 347.

<sup>88</sup> Sur ces mécanismes, v. notamment P. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP G.* 1990, II, 3427.

<sup>89</sup> Le Professeur HONTEBEYRIE remarque ainsi, à propos de l'article 1275 du Code civil, que « la perspective de ce texte n'est (donc) absolument pas d'assurer une sûreté au créancier. Il s'agit simplement d'empêcher que la dette soit éteinte du fait de la délégation. De là, une incidente, un accident : c'est que le créancier se retrouve avec deux débiteurs au lieu d'un. Il y a incontestablement un effet de sûreté. Mais ce n'est pas du tout l'effet recherché par l'article 1275 » : A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, p. 79.

<sup>90</sup> C'est l'hypothèse de la délégation incertaine. V. Cass. Com., 11 avril 2012, n° 11-13068, inédit, *LPA* 2012, n° 193, p. 10, note L. ANDREU et M. JULIENNE.

<sup>91</sup> V. par exemple G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. 3, *Des obligations*, 1<sup>e</sup> partie, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1905, n° 1753, p. 66 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. 18, Bruylant et Maresq, 4<sup>e</sup> éd. 1887, n° 321, pp. 348-349. T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. 8, Contrats et obligations, Cotillon, 1895, n° 122, p. 161 ; F. HUBERT, *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, Thèse, Poitiers, 1899,

délégué, c'est parce qu'il a accepté l'opération de délégation, pas parce que le délégant est tenu comme garant. Ni le délégué, ni le délégant ne sont engagés pour garantir le paiement du délégataire. Ils sont engagés pour le payer, tout simplement.

27. L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette ne saurait, en outre, être assimilé à une garantie de paiement. Les rédacteurs du Code civil étaient certainement loin d'imaginer que l'article 1216 du Code civil puisse être instrumentalisé à cette fin<sup>93</sup>. Le droit positif semble pourtant bien avoir façonné les traits d'un engagement à la nature hybride, celui d'un « *codébiteur solidaire adjoint* »<sup>94</sup>, offrant au créancier la possibilité de réclamer paiement au premier rang à un garant<sup>95</sup>. Un tel engagement apparaît relativement contre nature<sup>96</sup>. Si celui qui s'oblige solidairement ne s'est engagé que pour garantir la dette d'un autre, son engagement devrait être requalifié en cautionnement<sup>97</sup>. À quel titre un créancier pourrait-il se prévaloir d'une garantie renforcée, par le biais de la solidarité, alors même que le droit des sûretés offre un cadre impératif de protection à la caution ? Le législateur lui-même aménage la subsidiarité des engagements solidaires qui ne sont instaurés qu'à titre de garanties<sup>98</sup>. L'article 1216 du Code civil n'a pas été instauré pour permettre au créancier de se ménager une garantie renforcée, lui permettant de contourner le régime protecteur du cautionnement, mais pour qu'un codébiteur solidaire désintéressé de la dette puisse obtenir un recours intégral contre les autres.

---

n° 191 et s., p. 147 et s. ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. 5, Durand & Hachette et Cie, 1877, n° 311, p. 219. *Contra* : E. GAUDEMET, *op. cit.* pp. 276-277.

<sup>92</sup> V. par exemple C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, Bordeaux, 1968, n° 229, p. 540-541 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. 2, *Obligations*, Vol. 1, *Théorie générale*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 1998, n° 1250, p. 1266 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 1448, p. 1490 ; J.-D. PELLIER, *op. cit.*, n° 186, p. 295. *Contra* : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Droit civil, Les obligations*, T. 2, *Le régime*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1989, n°438, pp. 407-408 ; M. BILLIAU, *La délégation de créance : essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, préf. J. GHESTIN, Bibliothèque de droit privé, T. 207, LGDJ, 1989, n° 210, pp. 210-211.

<sup>93</sup> A. HONTEBEYRIE, « Pluralité de sujets : altérations de complications », *Droit et patrimoine* 2015, n° 249, p. 46.

<sup>94</sup> V. D.-R. MARTIN, « L'engagement du codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, p. 49. V. également M. OURY-BRULÉ, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette, Article 1216 du code civil*, préf. C. FERRY, Bibliothèque de droit privé, T. 372, LGDJ, 2002.

<sup>95</sup> V. significativement Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1999, n° 97-16335, *Bull. civ.* n° 309, p. 201 ; D. 2000, p. 407, note P. ANCEL ; *JCP éd. G.* 2000, II, 10403, note Y. PICOD ; *JCP éd. G.*, I, 209, n° 9, obs. P. SIMLER ; *Deffrénois* 2000, n° 11, p. 718 obs. P. DELEBECQUE.

<sup>96</sup> « *Un tel engagement à titre principal, mais sans intérêt dans l'opération, est un peu contre nature* » : P. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP éd. G.*, 1990, II, 3427, n° 7.

<sup>97</sup> V. en ce sens, M. MIGNOT, *op. cit.*, p. 27.

<sup>98</sup> V. *supra* n° 12, 21 et 22.

Il est malheureux que l'ordonnance du 10 février 2016 n'ait pas précisé ce que ne précisait pas le Code civil lui-même en matière de solidarité : celui qui s'engage solidairement et principalement avec d'autres, pour que le créancier n'ait pas à diviser ses poursuites, ne peut être qu'un codébiteur conjoint qui partage une communauté d'intérêt avec ses codébiteurs<sup>99</sup>. L'obligé solidaire ne peut alors être désintéressé que dans des hypothèses restreintes : lorsqu'il s'est engagé comme caution solidaire, lorsqu'il a été adjoint en garantie en vertu de la loi et qu'un régime de subsidiarité est aménagé pour le protéger<sup>100</sup>, et lorsqu'il s'est engagé conjointement, avec d'autres mais qu'il se désintéresse de la dette au cours du temps<sup>101</sup>. Ce n'est pas un désintéressement initial de la dette, mais un désintéressement postérieur de la dette, qui peut justifier le recours intégral offert au codébiteur solidaire conjoint. C'est l'hypothèse typique du colocataire tenu solidairement avec les autres au paiement des loyers, qui quitte son logement sans se faire remplacer et sans en avertir le bailleur : il est toujours inscrit sur le bail et reste tenu à titre principal, parce qu'il s'est engagé conjointement et solidairement, mais n'est plus intéressé aux dettes contractées par les autres<sup>102</sup>. Il n'est pas question d'amoinvrir les droits du créancier en reléguant son engagement au second rang, mais il est, dans un même temps, impératif d'offrir un recours intégral au codébiteur solidaire désintéressé<sup>103</sup>.

**28.** L'engagement du porte-fort exécution, ne saurait, enfin, être considéré comme une garantie de paiement. Assimilé un temps à un engagement accessoire de l'engagement principal souscrit par un tiers afin d'« y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même »<sup>104</sup>, le

---

<sup>99</sup> La conjonction renvoie à la cause commune de l'engagement des codébiteurs tenus à l'occasion « d'un événement générateur unique les réunissant dans une communauté d'intérêts initiale » : P. BRIAND, Thèse préc., n° 90, p. 80. Sur le « constat de l'unité de cause de l'obligation conjointe » v. A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. L. AYNÈS, Economica, 2004, n° 238 et s., p. 281 et s.

<sup>100</sup> V. *supra* n° 12. Si la subsidiarité de l'engagement solidaire adjoint n'est pas aménagée, elle doit alors être reconnue. V. *supra* nos 21 et 22.

<sup>101</sup> « L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette peut parfaitement être conjoint » : P. BRIAND, Thèse préc., n° 73, p. 65.

<sup>102</sup> V. P. BRIAND, « La cotitularité des obligations », *Droit et patrimoine* 2016, n° 258, « Le nouveau régime des obligations », p. 80, spéc. p. 84.

<sup>103</sup> Ce n'est pourtant pas la position retenue par la jurisprudence (et alors même que le colocataire avait donné congé au bailleur) : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 24 juin 1998, n° 96-19442 ; *Bull. civ.* III, n° 129 ; *D.* 1999, p. 115, obs. R. LIBCHABER ; *JCP N.* 1998, 1702, obs. A. DJIGO ; *RTD civ.* 1998, p. 906, obs. J. MESTRE.

<sup>104</sup> Cass. Com., 13 décembre 2005, n° 03-19217, *Bull. civ.* IV, n° 256 ; *D.* 2006, p. 2856, obs. P. CROCQ ; *RTD civ.* 2006, p. 305, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP G* 2006, II, 10021, note P. SIMLER ; *JCP E* 2006, 1342, note P. GROSSER ; *Defrénois* 2006, p. 414, note E. SAVAUX ; *CCC* 2006, n° 63, p. 14, note L. LEVENEUR ; *LPA* 2006, n° 81, p. 17, note S. PRIGENT ; *RLDC* 2006, n° 26, n° 1096, p. 26, note I. RIASSETTO ; *Banque et droit* 2006, p. 60, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RJDA* 2006, n° 8, p. 787, note R. LIBCHABER ; *D.* 2006, p. 2244, note D. ARLIE.



porte-fort exécution a plus raisonnablement été ramené à « *une obligation de résultat autonome* » par lequel le promettant se trouve tenu « *des conséquences de l'inexécution de l'engagement promis* » envers le bénéficiaire de la promesse<sup>105</sup>. Lorsque le porte-fort promet l'exécution d'un engagement par un tiers<sup>106</sup>, il ne promet pas de payer ce que doit le débiteur, mais d'indemniser le créancier pour réparer les conséquences d'une inexécution. Il est dit « autonome » parce que, comme un garant autonome, son obligation n'a pas le même objet que celle du débiteur. S'il prémunit le créancier contre un risque, il ne lui offre pas une seconde voie de satisfaction<sup>107</sup>. L'engagement n'a alors rien de commun avec celui du garant qui s'engage à ce que doit le débiteur, pour pallier sa défaillance auprès du créancier. Il s'agit d'un engagement principal, par lequel un individu s'engage à couvrir un risque lié à l'inexécution<sup>108</sup>.

### (b) Obligations subsidiaires et sûretés personnelles

**29.** La cohérence observée entre la nature et le régime des garanties de paiement de la dette d'un tiers ne se retrouve pas au sein des sûretés personnelles. Le trait commun à toutes les sûretés « personnelles » au sens formel (cautionnement, garantie autonome et lettre d'intention), tient exclusivement au fait qu'un individu engage sa personne auprès d'un créancier pour couvrir un risque né de l'engagement d'un tiers, et qu'il dispose ensuite d'un recours contre le débiteur qui aura été libéré. Contrairement à la caution, le garant autonome et l'émetteur d'une lettre d'intention ne promettent pas de payer ce que doit le débiteur, s'il ne le fait pas lui-même, mais s'engagent à accomplir une autre prestation que celle du débiteur à titre de garantie du créancier. Le garant autonome s'oblige ainsi à mettre à disposition du créancier une somme<sup>109</sup>, dont le montant n'est pas déterminé par référence à la dette

---

<sup>105</sup> Cass. Com., 1<sup>er</sup> avril 2014, n° 13-10629, *Bull. civ.* IV, n° 67 ; *RDC* 2014, n° 3, p. 347, note T. GÉNICON, *ibid* , n° 4, p. 625, obs. J. KLEIN ; *D.* 2014, p. 1185, note B. DONDERO, et p. 1610, obs. P. CROCQ ; *JCP G* 2014, n° 752, obs. Y. DAGORNE-LABBÉ ; *Revue des sociétés* 2014, n° 10 , p. 558, note T. MASSART ; *RTD com.* 2014, p. 309, obs. B. SAINTOURENS ; *CCC* 2014, n° 150, p. 15, obs. L. LEVENEUR ; *JCP E* 2014, n° 47, p. 45, note P. SIMLER ; *GP* 2014, n° 288, p. 8, obs. D. HOUTCIEFF ; *LPA* 2014, n° 142, p. 16, note P.-D. VIGNOLLE.

<sup>106</sup> Le porte-fort peut soit promettre la ratification par le tiers d'un engagement, soit promettre l'exécution par le tiers d'un engagement. Cette distinction a été officiellement reconnue par l'arrêt de la Chambre commerciale du 13 décembre 2005 : Cass. Com., 13 décembre 2005, n° 03-19217, arrêt préc.

<sup>107</sup> « *L'engagement du port fort est autonome – et il vaudrait mieux dire propre et distinct – parce qu'il n'est pas secondaire, parce qu'il n'est pas un engagement au soutien d'un autre* » : T. GÉNICON, *op. cit.*, p. 351.

<sup>108</sup> V. T. GÉNICON, *op. cit.*, p. 351.

<sup>109</sup> Article 2321 du Code civil.

principale<sup>110</sup>. Son engagement est rattaché à la théorie des « actes abstraits »<sup>111</sup>, parce qu'il s'approche plus volontiers d'une délégation imparfaite<sup>112</sup>, d'une consignation de somme d'argent<sup>113</sup>, tel un dépôt de garantie<sup>114</sup>, que d'une garantie de paiement. L'émetteur d'une lettre d'intention s'engage, quant à lui, à apporter son soutien au débiteur dans l'exécution de son obligation à l'égard du créancier<sup>115</sup>. Il s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose et peut aller jusqu'à assurer un résultat. Il ne peut toutefois s'engager à payer au créancier ce que lui doit son débiteur sans être requalifié en cautionnement<sup>116</sup>.

**30.** L'hétérogénéité des sûretés personnelles explique certainement que certains engagements principaux aient été instrumentalisés à titre de garantie. Alors que le cautionnement ne constitue plus l'unique modèle de garantie personnelle, il est aisé de concevoir que l'on puisse garantir l'engagement d'un tiers par son propre engagement, fût-il principal. Comme toute sûreté personnelle, le porte-fort promet bien sa garantie pour couvrir un risque né de l'engagement d'un tiers, car il s'engage à indemniser un créancier pour réparer son préjudice né d'une inexécution. Son engagement s'apparente d'ailleurs à celui de l'émetteur d'une lettre d'intention lorsqu'il promet un résultat et s'engage ainsi à indemniser le créancier<sup>117</sup>. Au stade

---

<sup>110</sup> Si le garant s'engage à payer ce que doit le débiteur, son engagement est requalifié en cautionnement. V. par exemple, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 février 1999, n° 97-10008, *Bull. civ.* I, n° 64 ; *JCP* 1999, II, 10189, note C. GINESTET, *Ibid.*, I, 156, obs. P. SIMLER ; *CCC* 1999, n° 69, note L. LEVENEUR ; *Banque et Droit* 1999, n° 63, p. 40, obs. F. JACOB ; *GP* 2000, n° 287, p. 24, note E. DU RUSQUEC.

<sup>111</sup> V. par exemple J.-L. RIVES-LANGE, « Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier ? », *La responsabilité du banquier : aspects nouveaux*, Journées brésiliennes, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, T. 35, Economica, 1984, p. 301 (également publié dans *Banque* 1985, p. 902) ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1998, n° 113, p. 172 et s.

<sup>112</sup> « De fait, on retrouve dans l'opération de garantie bancaire les éléments essentiels d'une délégation imparfaite : une opération qui n'est valablement conclue que par l'accord des trois protagonistes ; qui crée un lien un droit nouveau ente garant et bénéficiaire, sans faire disparaître les droits du bénéficiaire contre le donneur d'ordre ; qui se caractérise enfin par l'indépendance des différents rapports juridiques qu'elle englobe » : P. THÉRY, *op. cit.*, n° 112, p. 171.

<sup>113</sup> « La garantie indépendante n'est pas, comme le cautionnement un procédé d'exécution en cas de défaillance du débiteur principal (...) La garantie indépendante envisagée par les parties est tout entière contenue dans le procédé primitif de consignation » : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 511, p. 376. V. également, C. MOULY, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français », *Mélanges BRETON et DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 267, spéc. p. 269.

<sup>114</sup> V. C. MOULY, *op. cit.*, p. 268.

<sup>115</sup> Article 2322 du Code civil.

<sup>116</sup> « Celui qui, par une manifestation non équivoque et éclairée de sa volonté, déclare se soumettre envers le créancier à satisfaire l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même se rend caution de cette obligation ». : Cass. Com., 21 décembre 1987 : n° 85-13173 ; *Bull. com.* IV, n°281 ; *JCP* 1988, II, 21113, obs. M. MONTANIER ; *D.* 1989, p. 112, note J.-P. BRILL.

<sup>117</sup> V. en ce sens, P. SIMLER, « De la substitution de la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie », *JCP Actes prat.* octobre 1997, p. 3.

de l'obligation à la dette, les sûretés personnelles dites « autonomes » ou « indépendantes » s'approchent plus des engagements principaux que des garanties de paiement, puisque le garant promet d'accomplir une prestation distincte de celle du débiteur à l'égard d'un créancier. L'engagement du délégué et du garant autonome présentent ainsi une parenté certaine, parce qu'un autre obligé que le débiteur initial pourra être appelé en paiement par le créancier au premier rang. L'obligé adjoint ne s'engage pas à payer le créancier si le débiteur ne le fait pas lui-même, subsidiairement.

## B. Un régime

**31.** Cerner la nature de l'obligation subsidiaire, afin de déterminer dans quelles circonstances un obligé se retrouve protégé derrière la barrière de la subsidiarité et quand il ne l'est pas, ne suffit pas à découvrir la figure. Encore faut-il savoir, en pratique, quand il est envisageable de réclamer paiement à l'obligé subsidiaire. Parce que l'obligé subsidiaire est tenu de payer ce que doit le débiteur au créancier, il serait légitime de penser qu'un régime d'opposabilité des exceptions puisse venir caractériser l'obligation subsidiaire dès lors que le débiteur n'est plus tenu lui-même. Il apparaît toutefois que l'obligé subsidiaire peut très bien être tenu de payer le créancier alors que le débiteur ne l'est plus. Le fait que l'objet de l'obligation du garant subsidiaire ait été calqué sur celui de l'obligation principale ne signifie pas que son obligation soit « dépendante ». Les signataires d'une lettre de change<sup>118</sup> et les garants professionnels<sup>119</sup> sont ainsi tenus d'une obligation « autonome et indépendante » de l'obligation principale. La subsidiarité ne présume pas nécessairement de l'accessoriété de l'obligation du garant<sup>120</sup> car devoir ce que doit le débiteur ne signifie pas devoir si le débiteur doit lui-même.

**32.** Le régime unitaire des obligations subsidiaires tient alors exclusivement à leur second rang par rapport à l'obligation principale. L'important contentieux qui se déploie concernant l'interprétation des modalités d'appel en paiement d'un garant atteste de la nécessité de connaître précisément le moment à partir duquel le créancier peut appeler le garant à

---

<sup>118</sup> V. Cass. Com. 20 février 2007, n° 05-21264, *Bull. civ. IV*, n° 54, *D.* 2007, p. 2647, note H. MATSOPOULOU, *RTD Com.* 2007, p. 422, note D. LEGEAIS ; *RDBF* 2009, n° 3, p. 9, note F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *RLDA* 2007, n° 16, p. 38, note D. CHEMIN-BOMBEN ;

<sup>119</sup> V. Cass. AP, 4 juin 1999, n° 96-18094, *Bull. AP*, n° 4, p. 7, *CCC* 1999, n° 171, note L. LEVENEUR, *RTD civ.* 1999, p. 665, note P. CROCCQ ; *Act. Pro. Coll.* 1999, n° 62, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *Droit et patrimoine* 2002, n° 106, p. 58, note S. CABRILLAC.

<sup>120</sup> V. en ce sens A. GOUËZEL, *op. cit.*, n° 374, p. 249.

s'exécuter<sup>121</sup>. En droit des sociétés, les « vaines poursuites » qui doivent être exercées contre la société civile, avant tout appel en paiement des associés<sup>122</sup>, sont ainsi sources d'un « contentieux intarissable »<sup>123</sup>. Il convient donc de cerner les modalités d'exigibilité de l'obligation subsidiaire.

Historiquement, celui qui s'adressait au garant avant le débiteur commettait une injure à son égard<sup>124</sup>. Le créancier est aujourd'hui bloqué dans son action en paiement, tant qu'il n'est pas établi qu'il n'a pas été payé par son débiteur. Les modalités de l'exigibilité de l'obligation sont plurales selon qu'un garant méritera plus ou moins d'être protégé contre les poursuites intempestives du créancier<sup>125</sup>. Les formalités devant être observées par le créancier avant de réclamer paiement au garant, peuvent ainsi être minimales si la subsidiarité est simple (1), ou importantes si la subsidiarité est renforcée (2).

### (1) La subsidiarité simple

**33.** Le défaut d'aménagement spécial de l'intervention du garant, en droit positif, peut traduire le fait que le législateur n'entend pas particulièrement protéger le garant contre les poursuites du créancier. Le risque provoqué par les opérations de cession de contrat et de cession de dette impose que le cédant puisse être rapidement appelé en paiement par le cédé. Par ailleurs, dans le domaine commercial, les garants sont adjoints en garantie pour assurer la célérité des transactions, afin d'éviter aux créanciers de vérifier la solvabilité de ses débiteurs<sup>126</sup>. Il n'apparaîtrait donc pas opportun d'imposer au créancier de prouver l'insolvabilité du débiteur avant de réclamer paiement au garant, d'autant que l'adjonction se

---

<sup>121</sup> À propos de l'obligation du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage, v. par exemple, Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 17 mars 1993, n° 91-16350, *Bull. civ. II*, n° 115 ; Cass. Crim., 27 mai 1998, n° 97-85658, *Bull. crim.* n° 175 ; Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 15 décembre 1998, inédit, n° 96-21279 ; Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 26 avril 2007, n° 06-12430, *Bull. civ. II*, n° 108 ; *RGDA* 2007, n° 3, p. 702, note J. LANDEL ; Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 novembre 2011, n° 10-19572, *Bull. civ. II*, n° 203 ; Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 4 février 2016, n° 14-29255, *Bull. civ. II*, n° 183.

<sup>122</sup> Article 1858 du Code civil.

<sup>123</sup> J.-P. GARÇON, « Les poursuites infructueuses, source de contentieux intarissable », *Bull. Joly Sociétés* 2009, n° 11, p. 979.

<sup>124</sup> « Celui qui s'adressait à la caution avant de réclamer son dû au débiteur principal commettrait quelque chose d'injurieux pour celui-ci en le soupçonnant d'insolvabilité : le débiteur principal aura donc l'action d'injures contre le créancier qui a agi d'abord contre la caution. De cette façon le créancier est amené à "discuter" d'abord le débiteur principal » : A.-E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, par R. VILLIERS, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 1970, n° 530, p. 374, note 1.

<sup>125</sup> Le Professeur GOUËZEL distingue ainsi les différents « degrés de l'obligation subsidiaire » selon les démarches plus ou moins importantes que doit effectuer le créancier avant de réclamer paiement : A. GOUËZEL, *op. cit.*, n° 383 et s., p. 310 et s.

<sup>126</sup> V. F. DERRIDA, *op. cit.*, n° 2, p. 330-331.

justifie par la communauté d'intérêt du débiteur et du garant<sup>127</sup>. Il n'est pas question non plus d'attester d'une défaillance du débiteur au sens entendu par les voies d'exécution, autrement dit, par une mise en demeure du débiteur<sup>128</sup>. Le Professeur SIMLER observe très justement à propos du cautionnement solidaire que l'élément décisif est l'absence de satisfaction du créancier plus que la défaillance du débiteur elle-même<sup>129</sup>. Si l'aménagement est nécessaire, il doit alors être minimal pour permettre seulement de justifier d'une insatisfaction avérée du créancier par le débiteur.

**34.** Une demande amiable en paiement, restée infructueuse, ou encore la preuve d'un évènement rendant impossible le paiement<sup>130</sup>, peuvent alors être envisagées. C'est la solution retenue en matière de cession de créance professionnelle<sup>131</sup>. L'accomplissement de ces formalités devrait aussi pouvoir être réclamé par tous les garants tenus solidairement avec le débiteur, parce que la solidarité manifeste une volonté de protection minimale du garant. La caution solidaire, le propriétaire d'un fonds de commerce tenu solidairement avec le locataire-gérant des dettes contractées durant l'exploitation du fonds, les cosignataires d'une lettre de change, solidairement tenus au paiement du montant de la lettre envers le porteur, ou encore le cédant d'un contrat ou d'une dette, tenus solidairement avec le cessionnaire à l'égard du cédé, doivent ainsi pouvoir être facilement appelés en paiement. Le sous-débiteur, tenu à l'égard du créancier de son créancier, si le débiteur ne s'exécute pas, devrait aussi pouvoir être appelé en paiement rapidement en raison de la connexité de sa dette avec celle du débiteur. Comme il est de toute façon tenu de s'exécuter, autant ne pas alourdir les possibilités de réclamer paiement du créancier insatisfait par son débiteur.

---

<sup>127</sup> V. F. DERRIDA, *op. cit.*, p. 329.

<sup>128</sup> V. A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2014, n° 129 et s., p. 83 et s.

<sup>129</sup> P. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2015, n° 517, p. 541.

<sup>130</sup> La preuve d'un évènement rendant impossible le paiement, se retrouve précisément imposée avant que le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, soit tenu de s'exécuter. Il ne peut être appelé en paiement que lorsque la victime ne peut obtenir indemnisation à un quelconque autre titre (Article L 421-1 III du Code des assurances). Cet impératif s'explique parce que plusieurs débiteurs peuvent potentiellement l'indemniser à titre principal : le responsable, son assureur, l'assureur de l'auteur du dommage, la Sécurité sociale *etc.* La victime doit donc prouver qu'aucun débiteur n'a pu l'indemniser intégralement.

<sup>131</sup> La chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que le cédant d'une créance professionnelle est « tenu de justifier d'une demande amiable adressée à ce débiteur ou de la survenance d'un évènement rendant impossible le paiement » : Com., 18 septembre 2007, n° 06-13736, arrêt préc.

## (2) La subsidiarité renforcée

**35.** Lorsque le garant mérite toutefois particulièrement d'être protégé, ou encore qu'un débiteur ne doit pas trop rapidement être suppléé, l'appel en paiement se doit d'être spécialement aménagé. Cette protection spéciale se remarque d'ores et déjà par de multiples dispositions légales consacrées en ce sens. La caution simple, dont la protection est spécialement aménagée par le Code civil, peut opposer au créancier que les biens du débiteur soient discutés avant de s'exécuter<sup>132</sup>. Par ailleurs, parce que les professionnels et les sociétés à responsabilité illimitée ne doivent pas trop rapidement être déchargés à l'égard de leurs clients, envers lesquels ils doivent assumer leurs engagements, le législateur est venu spécialement aménager l'appel en paiement des garants professionnels<sup>133</sup> et des obligés au passif social<sup>134</sup>.

**36.** Ces aménagements spéciaux doivent toutefois être cohérents les uns par rapport aux autres pour ne pas créer de trop lourdes disparités entre les créanciers lorsqu'aucune raison spéciale ne le justifie. Dans le cadre de l'obligation aux dettes sociales des associés des sociétés à risque illimité, on s'interroge ainsi sur l'opportunité de distinguer le mode d'exercice des poursuites exercées contre les différents associés par les créanciers des sociétés. Les associés des sociétés en nom collectif<sup>135</sup>, les associés commandités des sociétés en commandite simple<sup>136</sup>, les associés des sociétés de construction-vente<sup>137</sup> et les membres d'un groupement d'intérêt économique<sup>138</sup>, pourront être poursuivis après l'envoi d'une mise en demeure restée infructueuse des créanciers à la société, tandis que les associés des sociétés civiles, ne pourront être poursuivis qu'après que la société aura été vainement poursuivie par

---

<sup>132</sup> Article 2298 du Code civil. Ce bénéfice, qui ne joue pas de plein droit, doit être invoqué par la caution.

<sup>133</sup> Une véritable mise en demeure du professionnel par lettre recommandée avec accusé de réception est souvent nécessaire, avant de réclamer paiement au garant professionnel. V. article 12 alinéa 5 du décret n° 55-604 du 20 mai 1955 pour la garantie des notaires, article R 1251-20 du Code du travail pour la garantie des entreprises de travail temporaire, article R 7123-31 du Code du travail pour la garantie des agences de mannequins. Sur l'aménagement d'un régime de subsidiarité des garanties financières professionnelles, v. S. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 408 et s., p. 302 et s.

<sup>134</sup> V. *supra* n° 12 et *infra* n° 36.

<sup>135</sup> Article L 221-1 du Code de commerce.

<sup>136</sup> L'article L 222-1 alinéa 1 du Code de commerce dispose que « les associés commandités ont le statut des associés en nom collectif ».

<sup>137</sup> Article L 211-2 Code de la construction et de l'habitation.

<sup>138</sup> Article L 251-6 du Code de commerce.

les créanciers<sup>139</sup>. Parce que la différence entre les poursuites ne se justifie pas, le Professeur NURIT-PONTIER propose opportunément que le mode d'exercice des poursuites soit unifié en exigeant que des « poursuites préalables » soient exercées contre toutes les sociétés à risque illimité avant que les associés ne puissent être poursuivis<sup>140</sup>. Consacrer la protection spéciale d'un garant doit nécessairement être réfléchi par rapport aux autres protections spéciales accordées dans des cas relativement similaires par souci de cohérence<sup>141</sup>.

\*\*\*

**37.** La présente étude s'est efforcée de démontrer que les obligations subsidiaires devraient aujourd'hui trouver une place de choix dans la théorie des obligations. Hormis les circonstances relativement exceptionnelles dans lesquelles le législateur et le juge viennent hiérarchiser plusieurs obligations principales entre elles, le second rang d'une obligation n'est que la conséquence logique de sa nature de garantie de paiement de la dette d'un tiers. L'obligé subsidiaire doit ce que doit le débiteur s'il ne paye pas lui-même son créancier. Une cohérence s'observe donc entre la nature et le régime de l'obligation adjointe en garantie, au cas où un créancier ne serait pas satisfait par son débiteur, faisant de l'obligation subsidiaire une catégorie juridique opérationnelle.

Les doutes éprouvés à l'égard du rang de certains engagements, en situation de coobligation, peuvent alors être dépassés en redécouvrant les garanties de paiement par le prisme de la subsidiarité. Lorsqu'un obligé n'est tenu que pour garantir à un créancier le paiement de ce que lui doit son débiteur, fût-ce solidairement, son intervention secondaire devrait être reconnue. La subsidiarité de l'obligation n'implique pas que le créancier éprouvera des difficultés à se faire payer par le garant, car un degré de protection minimal peut être aménagé, les modalités de la subsidiarité étant plures. De surcroît, la subsidiarité se révèle être un intéressant critère de distinction des garanties de paiement des autres engagements qui leur sont étroitement associés, alors qu'ils présentent une nature singulièrement différente.

---

<sup>139</sup> Article 1857 du Code civil.

<sup>140</sup> L. NURIT-PONTIER, *op. cit.*, n° 2, p. 152.

<sup>141</sup> Pour une étude plus approfondie sur la question, v. A. GOUËZEL, *op. cit.*, n° 414 et s., p. 280 et s.