

**Caution solidaire et cautions solidaires en droit des sûretés OHADA : la  
part des choses**

**Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE**

**Maître de Conférences agrégé**

**Université d'Abomey-Calavi**

**République du Bénin**

## Résumé

Cautions solidaire et cautions solidaire sont pour les juristes deux notions dont le contenu et la portée sont diversement appréhendés. Les points défendus n'ont pas toutes la rigueur et la cohérence souhaitable. Lorsque l'une n'est pas prise pour l'autre, ce sont les conséquences qui s'attachent à l'une qui sont, sans fondement aucun, étendues à l'autre. Et pourtant il est possible de faire la part des choses.

**I- Une différence de relation**

**A- La caution solidaire : solidarité débiteur-caution**

**B- Les cautions solidaires : solidarité entre cautions**

**II- Une différence d'implication**

**A- Le refus du bénéfice de discussion à la caution solidaire**

**B- Le refus du bénéfice de division aux cautions solidaires**

## Introduction

Caution solidaire et cautions solidaires, quelle solidarité et pour quelle renonciation ? La part des choses s'impose.

Le cautionnement est défini comme « un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même »<sup>1</sup> Cette définition est tout à fait conforme à celle du code civil dont les dispositions de l'article 2288<sup>2</sup> prévoient 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 ».

Le cautionnement peut être simple ou solidaire, de sorte que la caution est soit simple, soit solidaire. La caution solidaire s'est engagée solidairement avec le débiteur principal à payer sa dette ; ce qui n'est pas le cas de la caution simple. Ainsi, la définition selon laquelle le cautionnement solidaire « est celui dans lequel la caution peut être appelée à la place du débiteur principal dès que ce dernier est défaillant »<sup>3</sup> n'est pas satisfaisante. On peut relever qu'elle manque de précision et donne à penser que le cautionnement solidaire se résume au cautionnement tout court ; ce qui n'est pas le cas.

En pratique, le cautionnement simple est plus rare. C'est sans nul doute pour cette raison que le législateur en a fait l'exception en codifiant ainsi la pratique. A cet égard, l'article 20 de l'AUS a prévu une présomption de solidarité de sorte

---

<sup>1</sup> AUS, art. 13, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>2</sup> Anc. Art. 2011.

<sup>3</sup> CROCQ (P.) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy, Paris, 2012, p. 84.

que le cautionnement simple est une exception voulue par les parties ou la loi nationale : « Le cautionnement est réputé solidaire. Il est simple lorsqu'il en est ainsi décidé, expressément, par la loi de chaque Etat Partie ou la convention des parties ».

Sur ce point, le droit OHADA se démarque du droit français. En droit français, la solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. En conséquence, « à défaut de clause spéciale dans le contrat de cautionnement ou d'application de la présomption de solidarité commerciale, le cautionnement est simple »<sup>4</sup>. Cependant, le cautionnement simple est loin d'être le plus pratiqué : « Alors qu'il constituait le principe dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, le cautionnement simple fait plutôt figure d'exception aujourd'hui, la clause de solidarité, particulièrement utile pour les créanciers, étant devenue de style »<sup>5</sup>. Mais on peut relever que les dernières réformes du cautionnement ont donné au cautionnement simple une certaine vigueur<sup>6</sup>.

On relèvera, également, en droit OHADA, une autre dérogation au principe de la solidarité, dans le cas où la caution s'est elle-même faite cautionner par un certificateur désigné comme tel dans le contrat. Dans une telle hypothèse, il est prévu à l'article 21, alinéa 2, que le ou les certificateurs sont cautions simples de la caution « sauf stipulation contraire »<sup>7</sup>.

Abordant les effets du cautionnement, le législateur précise à l'article 27 de l'AUS que : « La caution judiciaire et la caution solidaire ne disposent pas du

---

<sup>4</sup> BOURASSIN (M.) et alii, *Droit des sûretés*, 3<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 2012, p. 72.

<sup>5</sup> BOURASSIN (M.) alii., op. cit., p. 138.

<sup>6</sup> Cf. la loi Madelin du 11 février 1994 et celle du 1<sup>er</sup> août 2003 qui n'ont autorisé la solidarité qu'au sein des cautionnements déterminés en montant.

<sup>7</sup> AUS, art. 21, al. 2.

bénéfice de discussion. La caution simple, à moins qu'elle ait expressément renoncé à ce bénéfice, peut, sur premières poursuites dirigées contre elle, exiger la discussion du débiteur principal ». Il consacre ainsi le bénéfice de discussion qu'il accorde uniquement à la caution simple.

Le même législateur dispose, à l'article 28 de l'AUS, traitant toujours d'effets du cautionnement, que : « S'il existe plusieurs cautions pour un même débiteur et une même dette, sauf stipulation de solidarité entre elles ou renonciation par elles à ce bénéfice, chacune d'elles peut, sur premières poursuites du créancier, demander la division de la dette entre les cautions solvables au jour où l'exception est invoquée ». Le législateur a ainsi consacré le bénéfice de division qui profite à la caution qui n'est pas dans un lien de solidarité avec d'autres cautions du même débiteur ou qui a renoncé à un tel bénéfice.

Comme on peut le noter, le bénéfice de discussion et le bénéfice de division sont des moyens de défense que ne peuvent invoquer toutes les cautions. Le premier, porté par l'article 27, ne peut profiter à la caution solidaire et le second, objet de l'article 28, est refusé à la caution qui est dans un lien de solidarité avec d'autres cautions du débiteur ou celle qui y a renoncé. Ces deux dispositions posent ainsi deux règles distinctes :

- d'une part, la caution solidaire n'a pas le bénéfice de discussion ;
- d'autre part, les cautions solidaires entre elles n'ont pas le bénéfice de division.

Il y a en doctrine une position qui contraste avec cette lecture claire qu'on peut faire des dispositions des articles 27 et 28 de l'AUS. Ainsi, on a pu écrire que « dans le cautionnement solidaire, les bénéfices de discussion et de division sont

en principe inopérants et ne peuvent donc être invoqués »<sup>8</sup>. Ou encore que le cautionnement solidaire, contrairement à la caution simple, perd le bénéfice de discussion et de division<sup>9</sup>.

Ce point de vue de la doctrine crée la confusion entre la caution solidaire et les cautions solidaires. On en déduit un profond malaise qui conduit à s'interroger : la caution solidaire peut-elle être assimilée à la caution qui se trouve dans un lien de solidarité avec d'autres cautions du même débiteur ?

Cette confusion n'est pas propre au contexte de l'OHADA. En droit français, la confusion est entretenue par certains auteurs qui affirment que le cautionnement simple présente certains inconvénients pour le créancier puisque la caution dispose du bénéfice de discussion et du bénéfice de division<sup>10</sup>. Le cautionnement simple conférerait donc à la caution « une position plus avantageuse que celle qu'elle risque de subir en présence d'un engagement solidaire »<sup>11</sup> dans la mesure où il « lui octroie deux moyens de défense, qui ne profitent pas à la caution solidaire : le bénéfice de discussion et le bénéfice de division »<sup>12</sup>. La confusion est également entretenue à l'égard des cautions solidaires. La situation a été très bien présentée : « Les cautions peuvent s'engager solidairement avec le débiteur principal sans pour autant être solidaires entre elles... Etant tenus solidairement avec le débiteur principal, elles ne disposent pas du bénéfice de discussion. La reconnaissance à leur profit du bénéfice de division est plus discutée en doctrine.

---

<sup>8</sup> CROCQ (P.) (Dir.), op. cit., p. 85.

<sup>9</sup> MARE (Y. B.), « Les cautionnements en droit uniforme », Ohadata D-18-17.

<sup>10</sup> Idem. ; AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés, La propriété foncière*, 5<sup>ème</sup> éd., Defrénois, Paris, 2011, p. 46 ; SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil : Les sûretés*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, p. 169. LEGAIS (D.), *Sûretés et garanties de crédit*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2011, p. 238.

<sup>11</sup> BOURASSIN (M.) et allii, op. cit., p. 138.

<sup>12</sup> Idem.

La jurisprudence est quant à elle hostile à une telle reconnaissance<sup>13</sup> au motif que si chacun des cofidésseurs s'est obligé solidairement avec le débiteur principal, il s'ensuit que le créancier doit pouvoir exiger de lui tout ce qu'il pourrait exiger du débiteur principal ».

S'intéresser à la question posée, c'est se donner les moyens, d'abord, de préciser et de distinguer les notions de caution solidaire et de cautions solidaires et de dégager ensuite les conséquences attachées aux diverses solidarités identifiées, en l'occurrence les renonciations qu'elles impliquent. La possibilité pour les uns et les autres d'évoquer ou non les bénéfices de discussion et/ou de division sera ainsi déterminée.

Les expressions caution solidaire et cautions solidaires mettent en jeu des relations nettement différentes (I) avec des implications tout aussi différentes (II).

---

<sup>13</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 juin 1994, JCP G 1986, II, 20689, note B.-H. DUMORTIER.

## **I- Une différence de relation**

Les notions de caution solidaire et de cautions solidaires renvoient toutes deux à l'existence d'un lien de solidarité. Mais celui-ci est établi de façon différente. En ce qui concerne la caution solidaire, la solidarité est établie entre la caution et le débiteur principal (A) et s'agissant des cautions solidaires, elle est établie dans les relations entre cautions (B).

### **A- La caution solidaire : solidarité débiteur-caution**

Au nombre des modalités du cautionnement, l'AUS appréhende, entre autres, le cautionnement simple et le cautionnement solidaire qui se distinguent par les modalités de poursuite de la caution par le créancier. A cet égard, on a pu écrire que : « La distinction entre ces deux catégories de cautionnements est étrangère au principe de l'accessoire. Elle n'affecte que les modalités de la poursuite, par le créancier, de la caution »<sup>14</sup>.

La caution solidaire est celle qui a souscrit à un cautionnement solidaire. Ainsi, une telle caution s'engage envers le créancier, en qualité de débiteur solidaire du débiteur principal, à exécuter l'obligation de ce dernier, s'il n'y satisfait pas lui-même. De la sorte, la caution solidaire et le débiteur principal sont assimilés à des codébiteurs solidaires. Comme le précise l'article 26 de l'AUS, « la caution solidaire est tenue de l'exécution de l'obligation principale dans les mêmes conditions qu'un débiteur solidaire sous réserve des dispositions particulières du présent Acte uniforme »<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> AYNES (L.) et CROCQ (P.), op. cit., p. 46.

<sup>15</sup> AUS, art. 26, alinéa 1<sup>er</sup> in fine.

De toute évidence, la question des types de cautionnement solidaire n'est pas du tout abordée dans l'AUS. Dans la doctrine, certains auteurs<sup>16</sup> conçoivent trois sortes de cautionnement solidaire qui permettent au créancier de bénéficier tant de la garantie de la dette principale que de la solidarité des répondants. Il s'agit du :

- cautionnement solidaire entre le débiteur principal et la/les cautions (elles-mêmes solidaires entre elles) ;
- cautionnement solidaire entre les cautions solidaires ;
- cautionnement solidaire entre, d'une part, le débiteur et, d'autre part, chacune des cautions (mais non entre les cautions).

En raison des conséquences qui s'attachent au cautionnement solidaire, on comprend que ces hypothèses ne correspondent pas, toutes, au cautionnement solidaire. Seule la dernière hypothèse, c'est-à-dire celle qui évoque la solidarité entre, d'une part, le débiteur et, d'autre part, chacune des cautions, correspond à l'idée qu'il faut avoir du cautionnement solidaire. En effet, quand on évoque le cautionnement solidaire, il s'agit de la solidarité qui lie chaque caution avec le débiteur principal.

Dans une logique similaire à celle soutenue par la doctrine ci-dessus évoquée, il a été écrit que « le cautionnement solidaire recouvre plusieurs cas de figures »<sup>17</sup> qui se manifestent « selon que la solidarité affecte les rapports entre la caution et le débiteur principal ou les rapports entre une caution et ses cofidésjuseurs ou encore ces deux rapports à la fois »<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> CROCC (P.), op. cit., p. 84 ; AYNES (L.), et CROCC (P.), op. cit., n° 146.

<sup>17</sup> BOURASSIN (M.), op. cit., p. 142.

<sup>18</sup> Idem.

Certes, à l'occasion du cautionnement, tous les rapports peuvent être emprunts de solidarité. Mais seule la solidarité entre la caution et le débiteur principal est susceptible de conférer au contrat de cautionnement, c'est-à-dire le contrat entre le créancier et la caution, la nature de cautionnement solidaire, parce que la caution se serait obligée solidairement avec le débiteur principal à payer la dette garantie.

Le même reproche peut être fait au Professeur Dominique LEGEAIS qui estime que « l'expression de cautionnement solidaire peut en réalité recouvrir une grande variété d'hypothèses »<sup>19</sup>. En réalité, la figure du cautionnement solidaire est unique. Elle ne se traduit que par la solidarité de la caution envers le débiteur principal. Se rapprochant de la vérité, il affirme que le « cautionnement solidaire ordinaire » qu'il qualifie de principale hypothèse du cautionnement solidaire est celle très fréquente dans laquelle une caution unique est engagée solidairement avec le débiteur principal<sup>20</sup>. L'image est bien celle du cautionnement solidaire mais cette qualification est bien erronée : il n'y a pas de cautionnement solidaire ordinaire pas plus qu'il n'en a d'extraordinaire. Et il n'y a pas de principale hypothèse de cautionnement solidaire pas plus qu'il n'en a de secondaire. Le cautionnement solidaire se limite à une et une seule figure d'engagement : celle qui établit la solidarité entre la caution et le débiteur principal, faisant ainsi de la caution, une caution solidaire.

Le cautionnement solidaire entre la ou les cautions et le débiteur principal n'est pas, comme le prétend une partie de la doctrine, « la formule de cautionnement solidaire la plus répandue »<sup>21</sup>. Dans la pureté des principes, c'est plutôt la seule

---

<sup>19</sup> LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2011, p. 241.

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> CROCC (P.), op. cit., p. 84.

formule de cautionnement solidaire. La conception de la solidarité entre cautions solidaires est toute autre.

### **B- Les cautions solidaires : solidarité entre cautions**

Il convient de souligner tout de suite que l'expression cautions solidaires ne doit pas être entendue dans le sens de plusieurs cautions engagées, chacune en ce qui la concerne, solidairement avec le débiteur principal.

Il arrive que plusieurs cautions garantissent, à l'égard du créancier, le paiement de la dette du débiteur principal. Elles sont alors appelées cofidésseurs.

En droit OHADA, ces cofidésseurs peuvent être ou non solidaires entre elles. Cela se déduit des dispositions de l'article 28 de l'AUS : « S'il existe plusieurs cautions pour un même débiteur et une même dette, sauf stipulation de solidarité entre elles ou renonciation par elles à ce bénéfice, chacune d'elles peut, sur premières poursuites du créancier, demander la division de la dette entre les cautions solvables au jour où l'exception est invoquée ».

De cette disposition, on relève qu'entre ces cautions qui ont garanti la dette d'un même débiteur, il peut y avoir stipulation de solidarité. Dans cette hypothèse, ce n'est pas le cautionnement qui est solidaire. D'ailleurs, il existe là plusieurs engagements de cautionnement et chaque engagement se suffit à lui-même. Ce sont plutôt les cautions qui sont solidaires entre elles et chacune d'elles peut être liée au créancier par un contrat de cautionnement simple ou solidaire.

Il faut admettre que la solidarité qui unit les cautions et qui met ainsi en relation des cautions solidaires est bien différente de la solidarité qui existe entre chacune d'entre elles et le débiteur principal.

Dire qu'il existe un cautionnement solidaire entre le débiteur principal et la ou les cautions (elles-mêmes solidaires entre elles), c'est aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour établir le cautionnement solidaire. Il n'est, en effet, pas nécessaire qu'une solidarité soit établie entre les cautions avant de conclure à l'existence d'un cautionnement solidaire. Lorsqu'il existe une solidarité entre le débiteur principal et la/ou les cautions, (elles-mêmes solidaires entre elles), nous sommes en présence de cautionnement (s) solidaire (s) plus stipulation de solidarité entre les cautions.

De même, affirmer qu'il existe un cautionnement solidaire entre les cautions solidaires, c'est confondre le cautionnement solidaire et les cautions solidaires. Dans le cautionnement solidaire, il y a solidarité entre la caution et le débiteur principal et lorsqu'on parle de cautions solidaires, c'est qu'il y a stipulation de solidarité entre les cautions qui peuvent bien être simples ou solidaires.

Assimilant la solidarité entre cautions à la solidarité entre débiteur, une partie de la doctrine relève que cette solidarité « permet, comme le cautionnement, au créancier de s'adresser à l'un quelconque des débiteurs ; mais, alors, chaque débiteur est tenu principalement lui-même pour le tout ; elle se distingue donc du cautionnement et ne constitue donc pas, à elle seule, une sûreté personnelle au sens strict »<sup>22</sup>.

Cette solidarité entre cautions ne saurait donc être assimilée au cautionnement solidaire. Ce n'est nullement du cautionnement encore moins un cautionnement solidaire.

---

<sup>22</sup> JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BREMONT (V.), *Droit civil: Sûretés, Publicité foncière*, 16<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 24.

La distinction entre ces deux notions a une influence directe sur le droit de poursuite dont vont bénéficier la caution solidaire et les cautions solidaires.

La différence du point de vue relationnelle induit une différence d'implication à cet égard.

## **II- Une différence d'implication**

Lorsqu'on évoque le cautionnement solidaire, c'est à la relation entre la caution et le débiteur principal qu'on fait allusion. De la sorte, l'expression renvoie à la solidarité entre la caution solidaire et le débiteur principal. Par contre, lorsqu'on évoque les cautions solidaires, c'est la relation entre les cofidélusaires solidaires entre eux qui est mise en évidence. A cette différence relationnelle correspond une différence d'implication : seul le bénéfice de discussion est refusé à la caution solidaire (A) et seul le bénéfice de division est refusé aux cautions solidaires (B).

### **A- Le refus du bénéfice de discussion à la caution solidaire**

La caution simple, contrairement à la caution solidaire, ne s'est pas engagée solidairement avec le débiteur principal. Dans sa relation avec le créancier et parce qu'elle ne s'est engagée solidairement avec le débiteur principal, elle peut chercher à se soustraire au paiement de la dette d'une manière ou d'une autre. En particulier, elle peut chercher à s'assurer de l'insolvabilité du débiteur avant de payer la dette de celui-ci. A cet effet, elle peut obliger le créancier à discuter d'abord dans ses biens le débiteur principal.

Le bénéfice de discussion est la faculté reconnue à la caution simple en vertu de laquelle celle-ci peut « contraindre le créancier à d'abord saisir et faire vendre les biens du débiteur principal, afin de constater s'il est solvable ou non, avant de la poursuivre elle-même en paiement »<sup>23</sup>. Il s'agit d'un moyen de défense, opposé par la caution simple sous la forme d'une exception, en réponse aux premières poursuites du créancier<sup>24</sup>. Le créancier poursuivant est contraint

---

<sup>23</sup> BOURASSIN (M.) et alii, *Droit des sûretés*, 3<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 2012, p. 139. LEGAIS (D.), *Sûretés et garanties*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2011, p. 238.

<sup>24</sup> AUS, art. 27.

d'orienter ses poursuites contre le débiteur en premier et de suspendre celles entreprises contre la caution<sup>25</sup> jusqu'à ce que la preuve soit rapportée de l'incapacité du débiteur à honorer ses engagements. Les poursuites reprendront contre la caution dans la mesure où le créancier n'aura pas été satisfait. Le bénéfice de discussion permet ainsi à la caution simple de retarder le paiement de la dette garantie.

Mais la caution solidaire ne dispose pas d'un tel privilège dans la mesure où elle s'est engagée solidairement avec le débiteur principal.

L'affirmation selon laquelle les bénéfices de discussion et de division sont en principe inopérants et ne peuvent donc être invoqués dans le cautionnement solidaire<sup>26</sup>, ou celle selon laquelle le cautionnement solidaire, contrairement à la caution simple, perd le bénéfice de la discussion et de la division<sup>27</sup>, n'emporte pas la conviction. Elles manquent de base légale en droit OHADA.

Comme le précise le législateur à l'article 27 de l'AUS, « la caution judiciaire et la caution solidaire ne disposent pas du bénéfice de discussion. La caution simple, à moins qu'elle ait expressément renoncé à ce bénéfice, peut, sur premières poursuites dirigées contre elle, exiger la discussion du débiteur principal... ».

De cette disposition, on déduit que ce qui permet de distinguer le cautionnement simple du cautionnement solidaire et partant la caution simple de la caution solidaire, c'est bien ce privilège que constitue le bénéfice de discussion. Ainsi, le bénéfice de discussion ne profite qu'aux cautions simples et il est le seul qui soit refusé à la caution solidaire.

---

<sup>25</sup> C'est là l'effet du bénéfice de discussion : suspendre les poursuites contre la caution.

<sup>26</sup> CROCQ (P.), CROCQ (P.) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy, Paris, 2012, p. 85.

<sup>27</sup> MARE (Y. B.), « Les cautionnements en droit uniforme », *Ohadata D-18-17*.

Le recours au droit comparé conforte cette conviction. L'article 2298<sup>28</sup> du Code civil français dispose que : « La caution n'est obligée envers le créancier à la payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'est renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit engagé solidairement avec le débiteur<sup>29</sup> ... ».

On s'en rend bien compte en pratique. La stipulation contractuelle comme celle-ci le révèle bien : « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... ». On peut noter qu'une telle stipulation additionne de façon redondante, une clause de solidarité et une clause de renonciation au bénéfice de discussion.

La mise en œuvre du bénéfice de discussion dont bénéficie la caution simple permet de s'en convaincre. En effet, la caution simple qui n'a pas expressément renoncé au bénéfice de discussion peut, comme le précise l'article 14 de l'AUS, « sur premières poursuites dirigées contre elle, exiger la discussion du débiteur principal, en indiquant les biens de ce dernier susceptibles d'être saisis immédiatement sur le territoire national et de produire des deniers suffisants pour le paiement intégral de la dette. Elle doit, en outre, avancer les frais de discussion ou consigner la somme nécessaire arbitrée par la juridiction compétente à cet effet ».

On en déduit que lorsqu'on invoque le bénéfice de discussion, on se place sur le terrain de la relation entre le débiteur principal et la caution. Ce qui est refusé à la caution solidaire et dont bénéficie la caution simple, c'est de ne pas pouvoir, dans cette relation, suspendre les poursuites à son égard en attendant le constat d'une insolvabilité véritable du débiteur principal.

---

<sup>28</sup> Anc. Art. 2021.

<sup>29</sup> C'est nous qui soulignons.

Si on admet que le cautionnement solidaire s'oppose au cautionnement simple et que la caution solidaire n'a pas le bénéfice de discussion, lequel appartient à la caution simple, il n'y a pas de doute que seul le bénéfice de discussion est refusé à la caution solidaire. Comment pourrait-il en être autrement alors que c'est la relation entre caution et débiteur qui est ici en jeu.

La caution solidaire n'a jamais renoncé au bénéfice de division. D'ailleurs, la caution solidaire, c'est-à-dire celle qui est tenu solidairement avec le débiteur principal du paiement de la dette, pouvait-elle, en cette seule qualité, avoir le bénéfice de division ? La réponse est forcément négative.

Une telle réponse négative est d'autant plus justifiée que, si le cautionnement solidaire qui renvoie à la solidarité entre le débiteur principal et la caution est présumée, la solidarité entre les cofidés, qui empêche que chacun d'eux ne puisse évoquer le bénéfice de division, ne se présume pas. En conséquence, la caution solidaire n'est pas systématiquement privée du bénéfice de division. Elle n'est privée que du bénéfice de discussion, tout comme la caution judiciaire. La caution judiciaire, c'est-à-dire celle qui est fournie en exécution d'une décision de justice<sup>30</sup>, ne dispose pas du bénéfice de discussion et cela paraît justifié en raison « de l'autorité du jugement à laquelle porterait atteinte, dans une certaine mesure, l'exception dilatoire »<sup>31</sup> ou plus exactement, « de l'autorité attachée au jugement, dont l'exécution ne doit être retardée par aucun moyen dilatoire »<sup>32</sup>.

C'est aussi le cas du certificateur de caution qui, sauf stipulation contraire, est caution simple de la caution certifiée. En tant que telle, il ne dispose pas du bénéfice de discussion.

---

<sup>30</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Puf, Paris, 2010, p. 138.

<sup>31</sup> AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés, La propriété foncière*, 5<sup>ème</sup> éd., Defrénois, Paris, 2011, op. cit., p. 47.

<sup>32</sup> SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil : Les sûretés*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2012, p. 170.

Ce n'est que lorsque les cautions sont solidaires entre elles et donc unis par un lien de solidarité, que la question du bénéfice de division se pose.

### **B- Le refus du bénéfice de division aux cautions solidaires**

Lorsque la dette est garantie par plusieurs cautions, en cas d'insolvabilité du débiteur principal, le créancier peut décider de diviser les poursuites, c'est-à-dire de poursuivre chacune des cautions pour sa part.

La conséquence est qu'il supportera l'insolvabilité de l'une quelconque d'entre elles sans pouvoir demander sa part aux autres cofidélus : le créancier qui divise volontairement son action ne peut revenir sur cette division et supporte l'insolvabilité des cautions poursuivies sans pouvoir la reporter sur les autres cautions.

Mais le créancier peut aussi choisir de poursuivre pour le tout l'une quelconque des cautions. Celle-ci peut, en réplique, demander au créancier de diviser les poursuites. Il aura alors invoqué le bénéfice de division.

Le bénéfice de division est la faculté dont dispose la caution qui n'est pas liée par un lien de solidarité avec d'autres cautions du même débiteur de limiter l'étendue de son engagement en obligeant le créancier à diviser ses poursuites. La caution souhaite ainsi que les poursuites dirigées contre elles aient pour objet, non pas la totalité de la dette garantie mais seulement sa part contributive dans celle-ci. Le bénéfice de division permet ainsi à la caution qui s'est engagée solidairement avec d'autres cautions du même débiteur, d'alléger son obligation.

On le voit bien, le bénéfice de division suppose une pluralité de cautionnements d'une même dette et partant une pluralité de caution. Et ce qui est ici en cause, c'est la possibilité ou non d'invoquer le bénéfice de division.

A cet égard, l'article 28 de l'AUS dispose : « S'il existe plusieurs cautions pour un même débiteur et une même dette, sauf stipulation de solidarité entre elles ou renonciation par elles à ce bénéfice, chacune d'elles peut, sur premières poursuites du créancier, demander la division de la dette entre les cautions solvables au jour où l'exception est invoquée. La caution ne répond pas des insolvabilités des autres cautions survenues après la division ». La situation des cofidéljusseurs est à cet égard différente de celle des codébiteurs conjoints, entre lesquels la dette se divise de plein droit.

Dans un style presque similaire, le législateur français est allé dans le même sens : « Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette. Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution »<sup>33</sup>.

On peut remarquer que le législateur n'a jamais lié le bénéfice de division à la situation de la caution solidaire : s'il existe plusieurs cautions pour un même débiteur et une même dette, sauf stipulation de solidarité entre elles ou renonciation par elles au bénéfice de division, chacune d'elles peut demander la division de la dette entre les cautions solvables au jour où l'exception est invoquée. En employant l'expression « plusieurs cautions » tout court, il renvoie aussi bien aux cautions solidaires qu'aux cautions simples. D'ailleurs, « lorsque chaque caution est solidaire du débiteur principal, sans qu'elles soient solidaires entre elles, la solidarité ne devrait pas entraver le bénéfice de division »<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> C. civ., arts. 2302 et s.

<sup>34</sup> BOURASSIN (M.) et allii, *Droit des sûretés*, 3<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 2012, p. 72.

Il ne ressort pas non plus des dispositions pertinentes de l'AUS en l'occurrence l'article 28, que le bénéfice de division est l'apanage de la caution simple. Les cautions, qu'elles soient simples ou solidaires, ont le bénéfice de division dès lors qu'elles ne sont pas solidaires entre elles. A contrario, elles disposent d'un tel bénéfice. Bien que le législateur français n'ait pas réservé à la caution simple le bénéfice de division, certains auteurs invitent à lire à travers les articles 2302 et 2303 le principe selon lequel : « L'existence d'une pluralité de cautions simples<sup>35</sup> est une condition préalable à l'existence du bénéfice de division... Les cautions simples sont engagés à la totalité de la dette mais elles jouissent du bénéfice de division »<sup>36</sup>. Il s'agit là d'une lecture erronée des articles sus visés. Le premier indique clairement que « lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette ». Et le second ajoute que « néanmoins, chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution ».

Ce qui entrave le bénéfice de division, c'est la stipulation de la solidarité entre les cofidésseurs. En l'absence d'une telle solidarité stipulée au contrat entre les cofidésseurs, chacun d'eux peut opposer au créancier le bénéfice de division. C'est le lieu de relever la position quelque peu surprenante de la jurisprudence en France. La Cour de cassation a jugé à maintes reprises que, lorsque plusieurs personnes se sont portées cautions solidaires d'un même débiteur pour une même dette, elles ne peuvent, sauf convention contraire<sup>37</sup>, opposer au créancier

---

<sup>35</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>36</sup> MIGNOT (M.), *Cours droit des sûretés*, Montchrestien, Paris, 2010, p. 65. LEGAIS (D.), *Sûretés et garanties*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2011, p. 240.

<sup>37</sup> Une clause expresse accordant le bénéfice de division à chacune d'elles est alors devenu nécessaire.

le bénéfice de division, même si aucune solidarité des cautions entre elles n'a été stipulée<sup>38</sup>.

Au regard des dispositions assez claires de l'article 28 de l'AUS, cette solution ne peut faire fortune dans l'espace OHADA. En effet, en cas de pluralité de cautions, la caution, même solidaire, peut, lorsqu'aucune solidarité n'est stipulée entre les cofidésusseurs, opposer au créancier la division de la dette entre tous les cofidésusseurs. Seule la stipulation de la solidarité entre les cofidésusseurs ou la renonciation au bénéfice de division empêche cette division de la dette.

Lorsque la solidarité est stipulée, elle n'entrave que le bénéfice de division. On a pu écrire que la solidarité « a pour seul effet d'exclure le bénéfice de division, mais non le bénéfice de discussion. La dette de chacun des cofidésusseurs est autonome, l'une n'est pas l'accessoire de l'autre ; seules les exceptions touchant à la dette commune (paiement, extinction par satisfaction indirecte du créancier, remise de dette...) bénéficient à tous les cofidésusseurs solidaires. Les exceptions tenant à leur lien propre avec le créancier (ex : redressement ou liquidation judiciaires) ne peuvent être invoquées par les autres »<sup>39</sup>.

Les cofidésusseurs peuvent être tenus en des termes différents, notamment en ce qui concerne la solidarité de chacun d'eux avec le débiteur. En effet, ce n'est pas de principe qu'ils soient tenus dans les mêmes termes pour le paiement de la dette du débiteur principal. Dans cette relation plurielle, on peut noter des relations de cautionnement simples et des relations de cautionnement solidaire.

---

<sup>38</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 1984, Bull. cv. I, n° 213 ; Com. 7 jan. 1992, Bull. Civ. IV, n° 1; Com. 11 déc. 2001, Bull. Civ. IV, n° 195. Naturellement, cette position de la haute juridiction a fait l'objet de vives critiques. V. AYNES (L.) et CROCQ (P.), op. cit., note de bas de page n° 100.

<sup>39</sup> AYNES (L.) et CROCQ (P.), op. cit., p. 48.

Autrement dit, entre les cofidėjusseurs, certains peuvent ętre cautions simples du dębiteur principal et d'autres cautions solidaires.

Bien plus encore, les cofidėjusseurs peuvent tous ętre ou non dans un lien de solidaritę. Lorsque les cofidėjusseurs ne sont pas dans un lien de solidaritę, chacun d'eux, qu'il soit caution simple ou solidaire, dispose du bęnęfice de division. En revanche, lorsqu'ils sont dans un lien de solidaritę, aucun d'eux n'a le bęnęfice de division. Dans tous les cas, ceux qui se seront portęs cautions solidaires n'auront pas le bęnęfice de discussion et ceux qui se seront portęs cautions simples pourront jouir d'un tel privilęge. Ainsi par exemple, lorsque les cautions sont solidaires entre elles, sans l'ętre avec le dębiteur principal, « la solidaritę n'exclut normalement que le bęnęfice de division »<sup>40</sup>.

Dans la mesure oų les renonciations qu'implique la solidaritę ne sont pas les męmes selon qu'elle affecte les rapports entre la caution et le dębiteur principal (cautionnement solidaire) ou les rapports entre cautions solidaires ou encore ces deux rapports ę la fois, on peut aller loin et examiner les divers cas de figures qui peuvent se pręsenter :

- tous les cofidėjusseurs sont chacun solidaires avec le dębiteur principal (cautionnements solidaires) sans ętre dans un lien de solidaritę entre eux (absence de stipulation de solidaritę<sup>41</sup>) : chacun d'eux a le bęnęfice de division mais pas le bęnęfice de discussion ;
  
- tous les cofidėjusseurs sont chacun solidaires avec le dębiteur principal (cautionnements solidaires) et sont dans un lien de solidaritę entre eux : aucun d'eux n'a ni le bęnęfice de discussion ni le bęnęfice de division ;

---

<sup>40</sup> BOURASSIN (M.) et allii., op. cit., p. 72.

<sup>41</sup> A ceci, nous assimilons ę chaque fois l'hypothęse de la renonciation au bęnęfice de division qui produit les męmes effets.

- tous les cofidésseurs sont cautions simples du débiteur (cautionnements simples) et sont dans un lien de solidarité entre eux : chacun d'eux a le bénéfice de discussion mais aucun d'eux n'a le bénéfice de division ;
- tous les cofidésseurs sont cautions simples du débiteur (cautionnements simples) et ne sont pas dans un lien de solidarité entre eux : chacun d'eux a aussi bien le bénéfice de discussion que le bénéfice de division ;
- parmi les cofidésseurs, certains sont cautions simples (cautionnements simples) et d'autres sont engagés solidairement avec le débiteur principal (cautionnements solidaires) et tous sont unis par un lien de solidarité : chaque caution simple a le bénéfice de discussion mais pas le bénéfice de division et chaque caution solidaire n'a ni le bénéfice de discussion ni le bénéfice de division ;
- parmi les cofidésseurs, certains sont cautions simples (cautionnements simples) et d'autres sont engagés solidairement avec le débiteur principal (cautionnements solidaires) et il n'y a pas stipulation de solidarité entre eux : chaque caution simple a les bénéfices de discussion et de division tandis que chaque caution solidaire n'a pas le bénéfice de discussion mais a le bénéfice de division.

On en déduit qu'en présence de cofidésseurs, la meilleure garantie possible est d'exiger de chacun des cofidésseurs un cautionnement solidaire doublé d'une solidarité entre eux, à travers des clauses du genre : « Le signataire s'engage solidairement avec le débiteur et avec toute caution, actuelle ou à venir ».

## **Conclusion**

La confusion entretenue dans la doctrine autour des notions caution solidaire et cautions solidaires et par suite, autour des conséquences qui s'attachent à l'une et à l'autre notamment en ce qui concerne les renonciations qui s'en infèrent, justifie la présente étude visant à faire la part des choses.

S'il est vrai que ces deux notions renvoient à l'existence d'une solidarité, il est tout aussi vrai que celle-ci est diversement établie, prenant en compte des acteurs différents selon le cas.

S'agissant de la caution solidaire, à laquelle on oppose la caution simple, la solidarité en jeu, qui est d'ailleurs présumée, est exclusivement celle établie entre la caution et le débiteur principal. Elle n'a pour seul effet que de priver la caution solidaire du bénéfice de discussion.

Pour ce qui concerne les cautions solidaires, le lien de solidarité n'est établi qu'entre les cautions qui peuvent être, chacune en ce qui la concerne, caution simple ou caution solidaire. La seule et unique conséquence qui s'y attache est que les cautions solidaires sont chacune privées du bénéfice de division.

Ainsi est fait la part des choses.