

RTD Civ. 2008 p.517

La sous-caution ne peut pas, en principe, se prévaloir, à l'encontre de la caution, des exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal envers le créancier
 (Com. 27 mai 2008, n° 06-19.075, D. 2008. 1546, obs. V. Avena-Robardet ; RLDC juill.-août 2008. 33, obs. G. Marraud des Grottes ; *adde* N. Martial-Braz, *Aux armes, sous-cautions !*, RLDC juill.-août 2008. 29 s.)

Pierre Crocq, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

La notion de sous-cautionnement est souvent victime d'une confusion avec la celle de pluralité de cautions et pourtant, depuis 2002 (comp., à propos de la jurisprudence antérieure et des hésitations qu'elle pouvait faire naître, C. Houin-Bressand, *Les contre-garanties*, préf. H. Synvet, Nouv. bibl. de thèses, Dalloz, 2006, n° 300 s.), l'objet du sous-cautionnement est clairement déterminé par la jurisprudence : à la différence d'un cofidéjusseur, la sous-caution ne garantit que le recours personnel de la caution à l'encontre du débiteur principal ; elle ne garantit pas la dette du débiteur principal à l'égard du créancier ni, *a fortiori*, le recours subrogatoire que pourrait exercer la caution à l'encontre du débiteur principal après avoir payé ce créancier !

La Cour de cassation en a déjà donné plusieurs illustrations à propos du droit d'agir de la caution à l'encontre de la sous-caution en affirmant, d'une part, que la caution ne pouvant pas prétendre être subrogée dans les droits du créancier à l'encontre du débiteur principal, elle ne peut pas se prévaloir d'une déclaration de créance faite à la procédure collective de ce dernier par le créancier (Civ. 1^{re}, 7 mai 2002, n° 99-21.088, Bull. civ. I, n° 123 ; JCP G 2002. I. 174, n° 9, obs. M. Cabrillac ; RTD civ. 2003. 324 s., obs. P. Crocq ; D. 2002. AJ. 1902 s., obs. A. Lienhard ; RTD com. 2003. 165 s., obs. A. Martin-Serf ; JCP G 2002. I. 162, n° 12, obs. Ph. Simler - Com. 30 mars 2005, n° 00-20.733, Bull. civ. IV, n° 71 ; D. 2005. Pan. 2084, obs. P. Crocq ; RD banc. fin. 2005, n° 87, obs. D. Legeais ; D. 2005. 1151, obs. A. Lienhard) et, d'autre part, qu'elle n'est « fondée à réclamer à la sous-caution que les intérêts au taux légal à compter de son paiement », sans pouvoir bénéficier du taux d'intérêt conventionnel prévu pour la dette du débiteur principal à l'égard du créancier (Com. 16 janv. 2007, n° 05-19.902, RLDC mars 2007. 33 s., obs. J.-J. Ansault ; D. 2007. 499, obs. V. Avena-Robardet ; RD banc. fin. 2007. 20, obs. D. Legeais ; Banque et droit, n° 112, mars-avr. 2007. 60 s., obs. N. Rontchevsky ; JCP G 2007. I. 158, n° 11, obs. Ph. Simler).

De même, la Cour de cassation en a également tiré plusieurs conséquences à propos des exceptions susceptibles d'être opposées par la sous-caution à l'encontre de la caution en affirmant que, si l'admission de la créance née du recours personnel de la caution à la procédure collective du débiteur principal est opposable à la sous-caution (Com. 29 mai 2001, Bull. civ. IV, n° 104 ; D. 2001. AJ. 1948 s., obs. A. Liénhard ; JCP G 2001. I. 360, n° 11, obs. M. Cabrillac ; Banque et droit, n° 78, juill.-août 2001. 56 s., obs. F. Jacob ; Dr. et patr. nov. 2001. 111 s., obs. M.-H. Monsérié-Bon ; Act. proc. coll. 2001, n° 153, obs. C. Regnaut-Moutier ; JCP E 2002, n° 591, obs. Ph. Simler), il n'en demeure pas moins qu'à défaut d'une telle admission, la sous-caution a qualité pour opposer à la caution tout événement susceptible d'exercer une influence sur l'existence de ce recours personnel à l'encontre du débiteur principal (Com. 17 sept. 2002, n° 00-14.190, Bull. civ. IV, n° 123 ; D. 2002. AJ. 2800 ; D. 2002. Somm. 3336, obs. L. Aynès ; RTD civ. 2003. 324 s., obs. P. Crocq ; RD banc. fin. 2002. 318, obs. D. Legeais ; Act. proc. coll. 2002, n° 208, obs. C. Regnaut-Moutier).

Mais il reste à savoir quels sont exactement ces événements que la sous-caution peut alors opposer à la caution qui lui demande paiement.

Certains ne font pas de doute. Tel est notamment le cas, sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 26 juillet 2005, de l'extinction du recours personnel de la caution pour défaut de déclaration en temps utile de sa créance à la procédure collective du débiteur principal (V., en ce sens, Civ. 1^{re}, 7 mai 2002, et Com. 30 mars 2005, préc.).

D'autres sont moins évidents et tel est le cas des événements affectant la dette du créancier à l'encontre du débiteur principal à propos desquels la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 27 mai 2008, vient, pour la première fois à notre connaissance, d'apporter un éclaircissement important en posant à la fois un principe et une exception.

Le principe est, tout d'abord, que puisque la sous-caution « garantit la créance de la caution à l'égard du débiteur principal et non la créance du créancier initial à l'égard de ce débiteur », elle « ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal à l'égard de ce créancier ». La solution est logique : le sous-cautionnement étant dans la dépendance de la dette qu'il garantit, seules les exceptions afférentes à cette dette sont susceptibles d'être invoquées par la sous-caution, à l'exclusion des exceptions nées d'un autre rapport de droit.

Toutefois, cela ne veut pas dire, pour autant, que toute possibilité de faire état d'une exception relative au rapport « créancier/débiteur principal » soit désormais totalement exclue pour la sous-caution et l'arrêt rendu le 27 mai 2008 réserve, à juste titre, une exception : la possibilité pour la sous-caution d'agir en responsabilité contre la caution pour avoir fautivement omis d'invoquer une telle exception lorsque le créancier principal a agi en paiement à son encontre.

Cette possibilité exceptionnelle n'est pas totalement une nouveauté même si c'est la première fois que la Haute juridiction la formule aussi clairement. En effet, dans l'arrêt précité rendu le 17 septembre 2002, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait déjà affirmé que la sous-caution avait qualité pour exiger de la caution une justification de la déclaration de créance effectuée par le créancier à la procédure collective du débiteur principal ce qui sous-entendait, déjà, que la sous-caution puisse reprocher à la caution d'avoir payé le créancier alors que la créance de ce dernier était éteinte du fait d'un défaut de déclaration en temps utile à la procédure collective du débiteur principal.

En commentant cet arrêt, nous avons alors écrit que ceci pouvait être justifié par le fait qu'une caution n'a pas de recours personnel contre le débiteur principal lorsqu'elle a payé une dette qui était déjà éteinte (Com. 11 déc. 1985, Bull. civ. IV, n° 293), ce qui implique alors que la sous-caution n'ait plus rien à garantir, et qu'en reconnaissant implicitement cela, la Haute juridiction avait aussi nécessairement admis que la sous-caution puisse se prévaloir, à

l'encontre de la caution, de l'application de l'article 2308, alinéa 2 du code civil (lequel permet au débiteur principal d'opposer à la caution la faute qu'elle a pu commettre en payant, à tort, le créancier), alors que cette possibilité lui avait été refusée, peu de temps auparavant, par un autre arrêt rendu par une autre chambre de la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 26 févr. 2002, n° 99-12.299, Bull. civ. I, n° 67 ; D. 2002. 2863, note J. Djoudi  ; RD banc. fin. 2002. 124, obs. D. Legeais ; JCP G 2002. I. 162, n° 11, obs. Ph. Simler).

Cette interprétation semble aujourd'hui confortée par l'affirmation selon laquelle la sous-caution peut invoquer la responsabilité de la caution pour avoir fautivelement omis d'invoquer une exception qui était susceptible d'être opposée au créancier par le débiteur principal.

A partir de là, on peut se demander si cette nouvelle affirmation jurisprudentielle pourrait également trouver à s'appliquer à propos de l'article 2314 du code civil, ce qui impliquerait que la sous-caution puisse aussi reprocher à la caution de ne pas s'être prévalu du bénéfice de subrogation à l'encontre du créancier (V., déjà en ce sens, J. François, Les sûretés personnelles, Economica, 2004, n° 66, p. 49, note 1).

Si tel était le cas, la Cour de cassation adopterait, mais par un raisonnement différent, la même solution que celle qui a été retenue à propos des cofidésseurs par un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 11 décembre 2007. Dans cet arrêt, la Haute juridiction a, en effet, jugé, en se fondant sur le fait que la caution qui a payé le créancier exerce ensuite un recours de nature subrogatoire à l'encontre de son cofidésseur, que ce dernier peut lui opposer toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier et notamment le bénéfice de subrogation (Com. 11 déc. 2007, n° 06-13.592, Bull. civ. IV, n° 261 ; RD banc. fin. janv.-févr. 2008. 37, obs. D. Legeais ; JCP G 2008. I. 152, n° 10, obs. Ph. Simler).

Décidément, il semble bien qu'un grand vent de solidarisme contractuel se soit levé sur le cautionnement puisque, de la même manière que le créancier doit préserver les intérêts de la caution, jusqu'à se voir parfois imposer l'inscription d'une sûreté légale (V., en ce sens, Civ. 1^{re}, 3 avr. 2007, RTD civ. 2007. 595 ) , la caution se voit également, à présent, imposer de veiller à la préservation de ceux de son cofidésseur ou de sa sous-caution !

Mots clés :

CAUTIONNEMENT * Caution * Sous-cautionnement * Exception inhérente à la dette du débiteur principal à l'égard du créancier initial