

Chronique de droit des sûretés



Nicolas Rontchevsky
Agrégé des Facultés de droit
Professeur



François Jacob
Maître de conférences
Université Robert Schuman (Strasbourg III)

I Sûretés personnelles

■ **Cautionnement. Recours avant paiement en cas de faillite du débiteur. Déclaration de créance de la caution**

Cass. com, 3 mars 1998, Sté Crédit industriel de Normandie c/Lise ès qual.

La banque agissant en sa qualité de caution contre le débiteur soumis à une procédure collective avant d'avoir payé a le droit de déclarer sa créance au passif de cette procédure mais ne peut obtenir le paiement de celle-ci par une inscription au compte-courant dont le débiteur est titulaire sans que soit démontrée la compensation.

On sait que le code civil ouvre à la caution deux catégories de recours contre le débiteur principal : d'une part, des recours après paiement – recours personnel prévu par l'article 2028 et recours subrogatoire prévu par l'article 2029 (22) – et d'autre part, un recours avant paiement dans six circonstances visées par les articles 2032 et 2039 du code civil. Le recours avant paiement est «un peu mystérieux» (23) et son objet est discuté en doctrine (24).

A cet égard, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 mars 1998 (25) retient l'attention car il confirme la nature indemnitaire du recours avant paiement dans une affaire concernant l'hypothèse envisagée par l'article 2032, 2° du code civil qui autorise la caution à agir contre le débiteur avant même d'avoir payé «lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture». La Haute juridiction affirme que «la banque agissant en sa qualité de caution contre le débiteur soumis à une procédure collective avant d'avoir payé a le droit de déclarer sa créance au passif de cette procédure mais ne peut obtenir le paiement de celle-ci par une

inscription au compte courant dont le débiteur est titulaire sans que soit démontrée la compensation» (26). Cette solution met bien en évidence l'originalité du recours avant paiement et son autonomie par rapport aux recours après paiement.

La Cour de cassation avait déjà jugé dans un arrêt remarqué du 2 mars 1993 (27) que «l'action engagée avant paiement par la caution contre le débiteur principal, dans l'un des cas prévus à l'article 2032 du code civil, se fonde sur une créance personnelle d'indemnité distincte de celle qui appartient au créancier contre le débiteur principal». Autrement dit, le recours avant paiement a pour objet l'indemnisation du préjudice actuel subi par la caution du fait de l'ouverture de la procédure collective du débiteur principal (28). La caution peut ainsi réclamer, avant d'avoir elle-même payé, le remboursement anticipé de l'intégralité de la dette (29) et les sommes qu'elle aura obtenues sur ce fondement viendront en déduction de celles éventuellement dues par le débiteur principal au titre des recours après paiement (30). La nature indemnitaire du recours avant paiement entraîne deux conséquences importantes.

En premier lieu, la caution peut opposer la compensation de sa créance d'indemnité avec ce qu'elle peut elle-même devoir au débiteur (31). Mais comme le souligne l'arrêt du 3 mars 1998, la caution ne peut opposer la compensation que si les conditions de celle-ci sont réunies (32). En l'espèce, la Cour de cassation relève que la cour d'appel a considéré par des constatations non remises en cause par le pourvoi que la banque ne disposait pas d'une créance certaine, liquide et exigible avant la demande de clôture du compte faite par le liquidateur (33). La compensation n'avait donc pas pu s'opérer.

En second lieu, lorsque la caution entend exercer le recours avant paiement sur le fondement de l'article 2032, 2° du code civil, elle doit déclarer en temps utile sa créance au passif de la procédure collective du débiteur principal ainsi que le souligne également l'arrêt du 3 mars 1998 (34). Il convient cependant de rappeler que la déclaration par la cau-

tion de sa créance d'indemnité préserve seulement son propre recours et n'assure pas la survie de la créance principale qui sera éteinte si elle n'a pas fait l'objet d'une déclaration distincte de la part du créancier, de sorte que la caution sera alors libérée (35). Le créancier ne peut en effet invoquer les dispositions de l'article 2032 du code civil pour remédier à sa propre carence et les détourner ainsi de leur finalité qui est de faciliter l'action récursoire de la caution (36).

Quoi qu'il en soit, si la caution n'a pas déclaré sa créance personnelle d'indemnité, celle-ci est éteinte (37). Mais l'extinction de cette créance est sans incidence sur les recours dont dispose la caution après paiement. En effet, une fois qu'elle aura payé le créancier, la caution pourra exercer contre le débiteur principal le recours subrogatoire (qui est conservé par la déclaration du créancier) ainsi que le recours personnel qui naît du paiement (38). Un arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 25 novembre 1992 (39) a d'ailleurs jugé que le recours personnel ne pouvant s'exercer qu'à partir du moment où la caution était effectivement devenue créancière, c'est-à-dire en l'espèce postérieurement au prononcé du redressement judiciaire du débiteur principal, elle était fondée à exercer son recours après avoir payé. Cette motivation a pour conséquence que la caution qui a payé le créancier après l'ouverture de la procédure collective du débiteur principal pourrait bénéficier du privilège de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 (40), même si la solution ne paraît pas conforme à l'économie générale de ce texte (41).

N. R.

(22) Sur les recours après paiement, v. notamment M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 229 et s., spéc. n° 232 sur le cumul et la combinaison de l'action personnelle et de l'action subrogatoire.

(23) L. Aynès, obs. au D. 1993, S.C., p. 310 sur Cass. com., 2 mars 1993.

(24) Les auteurs sont partagés sur le point de savoir si le recours avant paiement est purement conservatoire ou de nature indemnitaire ; sur ce débat, v. notamment Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, *Litec*, 2^e éd., 1991, n° 579 et s. ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 239 ; L. Aynès, op. cit., n° 166.

(25) *D. Affaires* 1998, p. 536, note A. L.

(26) Le même arrêt juge par ailleurs que dès lors que le jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire n'avait pas été publié et qu'il n'était pas soutenu que la banque ait eu connaissance de la mise en redressement judiciaire de son client, aucune faute ne pouvait être retenue à son encontre pour avoir, en qualité de mandataire du débiteur, effectué un paiement le jour même du prononcé du redressement judiciaire.

(27) Cass. com., 2 mars 1993 : *Bull. civ.* IV, n° 80 ; D. 1993, SC, p. 310, obs. L. Aynès ; *RTD Civ.* 1993, p. 859, obs. M. Bandrac ; *RTD Com.* 1994, p. 120, obs. A. Martin-Serf ; adde Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 1994 : *Bull. civ.*, I, n° 305.

(28) V. L. Aynès, obs. préc. au D. 1993, SC, p. 310.

(29) V. Cass. com., 29 octobre 1991 : *Bull. civ.*, IV, n° 316, qui autorise la caution à déclarer au passif de la procédure collective du débiteur principal une créance d'indemnité du même montant que la créance cautionnée.

(30) V. Ph. Simler, op. cit., n° 583.

(31) V. déjà en ce sens Cass. com., 5 novembre 1971 : *Bull. civ.*, IV, n° 264.

(32) Sur les conditions de la compensation, v. notamment F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *Dalloz*, 6^e éd., 1996, n° 1295 et s.

(33) On sait que la compensation peut être admise même postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective en cas de connexité entre les créances réciproques (v. notamment F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 1306 et la jurisprudence citée).

(34) V. déjà en ce sens, Cass. com., 2 mars 1993, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 1994, préc.

(35) V. Cass. com., 17 juillet 1990 : *Bull. civ.*, IV, n° 214 ; D. 1990, p. 494, note A. Honorat.

(36) V. Cass. com., 23 octobre 1990 : *Bull. civ.*, IV, n° 244.

(37) V. Cass. com., 2 mars 1993, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 1994, préc., qui affirme que la déclaration du créancier ne dispense pas la caution de déclarer sa créance fondée sur l'article 2032 du code civil.

(38) V. très clairement en ce sens, P. Rubellin, Le recours personnel de la caution contre le débiteur en redressement judiciaire : *Petites Affiches*, 21 juin 1995, p. 16, spéc. n° 27.

(39) *JCP* 1994, I, 3765, n° 7, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

(40) Pour une présentation générale de ce privilège, v. notamment M. de Juglart et B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, T. 6, Procédures collectives de paiement, 3^e éd. par E. Kerckhove, *Montchrestien*, 1998, n° 484 et s.

(41) V. sur ce point Ph. Simler et Ph. Delebecque, obs. préc. au *JCP* 1994, I, 3765, qui soulignent cependant que si cette solution était confirmée, la caution aurait tout intérêt à ne payer le créancier qu'après l'ouverture de la procédure collective du débiteur principal.