Chronique de *Droit des Sûretés*

NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des Facultés de droit
Professeur*

FRANÇOIS JACOB
Agrégé des Facultés de droit
Professeur*

***Centre de droit des affaires de l'Université Robert Schuman (Strasbourg III)**

Cautionnement et sous-cautionnement. Article 2032 du Code civil. Refus du recours avant paiement de la caution contre la sous-caution.

Cass. com., 12 juin 2001, n° 1188 FS-P, Spinelli c/Banca commerciale italiana

La caution ne peut agir avant paiement sur le fondement de l'article 2032 du Code civil que contre le débiteur par elle-même cautionné et non contre la caution solidaire de celui-ci.

Les articles 2032 et 2039 du Code civil instituent au bénéfice de la caution une possibilité de recourir contre le débiteur principal avant même d'avoir payé, «*pour être par lui indemnisé*» (art. 2032 c. civ.). Le caractère exceptionnel de cette possibilité, qui ne s'explique assurément pas aussi bien que celle qu'a la caution solvens d'agir en remboursement, n'est pas contestable. Au demeurant, le Code civil n'ouvre le recours avant paiement que dans un nombre limité de cas – par exemple celui dans lequel le débiteur principal ferait l'objet d'une procédure collective (art. 2032, 2°, c. civ.). La question s'est cependant posée de savoir si les articles 2032 et 2039 ne pouvaient bénéficier à d'autres qu'à la caution, ou être invoqués contre d'autres que le débiteur principal, comme un codébiteur solidaire du débiteur principal ou une sous-caution. Jusqu'à présent, la jurisprudence s'en est généralement tenue à des réponses négatives. Aussi bien, l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 juin 2001 peut-il être regardé comme classique [1].

En l'espèce, une banque s'était portée caution des dettes d'une société envers une autre, tandis que deux époux s'étaient portés cautions de la société débitrice envers la banque. Cette société ayant été mise en redressement judiciaire, les époux furent assignés par la banque en exécution de leurs engagements – probablement sur le fondement de l'article 2032, 2° du Code civil – et effectivement condamnés au paiement de sommes dues au titre des cautionnements par les juges du fond. Pour justifier sa solution, cependant, la cour d'appel saisie de l'affaire s'était contentée de relever que la banque avait joint les actes par lesquels elle s'était portée caution de la société. La Cour de cassation va le lui reprocher. Proclamant tout d'abord que «*La caution ne peut agir avant paiement sur le fondement de l'article 2032 du Code civil que contre le débiteur par elle-même cautionné et non contre la caution solidaire de celui-ci*», la Cour de cassation poursuit en faisant valoir qu'en se déterminant comme elle l'a fait, «*sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la banque avait payé* (la société) *avant d'exercer son recours contre les sous-cautions*», la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Cet arrêt du 12 juin 2001 méritait d'être ici signalé pour deux raisons. La première est que la proposition selon laquelle la caution ne peut agir avant paiement contre la sous-caution du débiteur cautionné n'avait plus été formulée à ce niveau de juridiction depuis, semble-t-il, de longues années [2]. L'autre raison est qu'une solution contraire à celle qui est ici à nouveau retenue pouvait être défendue et l'a du reste été par un auteur particulièrement éminent [3]. Un premier argument consiste à relever très simplement que la sous-caution, obligée envers la caution «de premier rang» à garantir l'exécution des obligations du débiteur principal à son égard, est censée devoir «*tout ce que peut devoir le débiteur principal à sa caution*» [4]. Un autre argument, mais d'opportunité cette fois, consiste à relever qu'obliger la caution d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure collective à produire et attendre avant d'agir contre l'éventuelle sous-caution revient à imposer à la caution un long détour qui laisse à la sous-caution tout le temps de devenir, volontairement ou non, insolvable [5].

Ces arguments, on peut le regretter, n'ont pas été entendus, la Cour de cassation préférant s'en tenir à une

interprétation restrictive de l'article 2032 du Code civil. Le principe est ici encore confirmé qui veut que, vis-à-vis de la sous-caution, la caution de premier rang est un créancier qui doit être traité comme tel et uniquement comme tel [6], ce qui implique qu'on lui refuse l'exercice d'un recours qui n'est ouvert par les textes… qu'à la caution.

On se consolera pourtant en relevant, à la suite de M. Simler, qu'en sa qualité de créancière de la sous-caution, la caution de premier rang est loin d'être démunie et peut même espérer, par le biais de mesures telles que l'inscription d'une hypothèque judiciaire provisoire ou la pratique d'une saisie conservatoire que tout créancier au moins virtuel est en droit de solliciter, obtenir «*tout ou partie de ce qui lui est refusé sur le fondement de l'article 2032*» [7].

F. J.

[1] Sur cet arrêt, V. aussi D. 2001, AJ, p. 2299.

[2] Le premier arrêt à avoir retenu cette solution a été rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 24 mars 1980 (*Bull. civ.* IV, n° 141). Un autre arrêt de la Cour de cassation, rendu par la chambre commerciale également, le 3 mars 1981 (*Bull. civ.* IV, n° 117), va dans le même sens

[3] V. Ch. Mouly, Les recours anticipés de la caution contre sa sous-caution, *JCP* 1980, I, 2985.

[4] Ch. Mouly, art. préc., n° 19.

[5] Ch. Mouly, art. préc. n° 20.

[6] V. Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, 3e éd., *Litec* 2000, n° 619. V. aussi la dernière chronique de droit des sûretés de cette revue, *Banque & droit* juillet-août 2001, p. 56

[7] V. Ph. Simler, loc. cit., qui souligne que la situation de la caution sollicitant de telles mesures ne sera différente de ce qu'elle aurait été si l'article 2032 avait pu être invoqué qu'à la condition d'admettre que le recours avant paiement permet à la caution d'obtenir un versement anticipé de ce que le débiteur pourrait lui devoir à terme, ce qui n'est pas encore définitivement acquis (sur l'objet du recours offert par l'article 2032, v. Ph. Simler, op. cit., n° 611 et s.).