

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA DÉFENSE DE LA CAUTION LIMITÉE PAR LE PRINCIPE DE LA CONCENTRATION DES
MOYENS*

JULIEN THÉRON

Référence de publication : Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2012, dossier 40

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA DÉFENSE DE LA CAUTION LIMITÉE PAR LE PRINCIPE DE LA CONCENTRATION DES MOYENS

1. - Les créanciers le savent. Dans bien des cas, la caution amenée à payer la dette d'autrui va essayer d'invoquer tous les arguments possibles et imaginables pour ne pas y procéder. Le créancier devra alors saisir les tribunaux de cette situation. On pourrait être tenté d'illustrer ces propos par un vocabulaire martial. Le créancier agissant en justice ne combat-il pas pour le droit ? *Zweck in recht* écrivait Ihering... En outre l'action en justice n'a-t-elle pas été comparée au droit en état de guerre, de lutte contre ceux qui le contestent^{Note 2} ? Enfin le titre de ce texte fait référence à la notion de défense de la caution. Or, de qui se défend-on sinon de ceux qui attaquent ? Pourtant un tel vocabulaire ne traduit pas parfaitement la réalité. La défense à laquelle se livre la caution relève bien plus souvent du jeu du chat et de la souris que de Waterloo... Pour résumer, la caution essaie souvent de filer, au dernier moment de s'échapper des pattes du créancier.

2. - La question qui sera posée est alors simple : pour éviter que ce jeu ne s'éternise, n'est-il pas opportun de le limiter dans le temps ? Ne doit-on pas obliger la caution à utiliser tous ses arguments de défense au cours d'un seul et même procès pour éviter que celui-ci ne soit fractionné ? C'est à ce titre que le principe de concentration des moyens est admis. Encore faut-il interpréter ce dernier de manière restrictive et éviter qu'il ne glisse vers un principe de concentration des demandes qui – lui – est inadmissible.

3. - Les défenses pouvant être invoquées par les caution sont très nombreuses : extinction à titre accessoire, extinction à titre principal, ou encore actions en responsabilité... Il est cependant vrai que depuis quelques années ces « souris » connaissent quelques restrictions, quelques limites quant aux défenses qu'elles peuvent utiliser. Depuis un arrêt de chambre mixte du 8 juin 2007^{Note 3}, la catégorie des exceptions purement personnelles au débiteur – c'est-à-dire celles qui ne peuvent pas être invoquées par la caution – s'est élargie. Le vice du consentement ou encore la rupture abusive du crédit subie par le débiteur principal ne peut pas être invoqué par la caution^{Note 4}. Peut-on parler pour autant de limitation des modes de défense de la caution tant ils restent nombreux ? Il n'est pas certain que les créanciers aient ce sentiment. Peut-être même à certains égards appréhendent ils la caution comme cette souris pernicieuse des dessins animés Warner Bros : Jerry ! Cet animal petit et rusé qui n'a de cesse de débusquer des issues

inopinées, des chaussees trappes ahurissants. Non pas simplement pour échapper à son sort – ce qui serait légitime – mais bien souvent par sadisme...

4. - Le temps pour contester son obligation de payer doit connaître une limite. Logiquement, une fois qu'un jugement est intervenu pour constater le droit au paiement du bénéficiaire, la caution ne devrait plus pouvoir se défilier. Mais même dans cette situation certaines cautions ne sont pas dociles. Elles essaient de sortir des griffes de la justice, en avançant un dernier argument qu'elles n'avaient pas invoqué au cours du procès.

5. - C'est ici qu'intervient le principe de concentration. En son application les parties à un litige sont tenues d'invoquer tous les moyens au soutien de leurs prétentions au cours d'un seul et même procès. Après, il sera trop tard. L'adversaire comme le juge pourra soulever une fin de non recevoir. En somme, le principe de concentration interdit à la caution définitivement condamnée d'avancer un nouvel argument pour ne pas payer. Tom a attrapé Jerry, l'épisode est terminé.

6. - Pour saisir précisément dans quelle mesure ce principe peut être opposé à la caution, il convient de le détailler. À cette fin, il faut partir de la notion d'autorité de chose jugée. Cette dernière signifie que ce qui est tranché, décidé par un jugement a force de vérité légale. Autrement dit, si un jugement constate que la caution doit s'exécuter, une fois les voies de recours épuisées l'existence de cette obligation est présumée vraie. La caution ne devrait pas pouvoir saisir un tribunal pour contester ce paiement. Mais les choses ne sont pas aussi simples que cela. Dans notre hypothèse la caution invoque non pas un argument qui a déjà été vérifié par le juge, mais un nouveau moyen de défense. Il est alors difficile de considérer qu'il est couvert par l'autorité de chose jugée.

7. - La caution a par exemple essayé de se défendre lors d'un premier procès en avançant le paiement de la dette principale par le débiteur. Puis, une fois ce dernier terminé elle invoque une prétendue novation. Ne s'agit-il pas ici d'une nouvelle prétention distincte de celle qui a déjà été tranchée ? Aux termes de l'article 1351 du Code civil pour qu'il y ait autorité de chose jugée, il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, et portée entre les mêmes parties. Ici, la chose demandée est incontestablement la même (ne pas payer), les parties sont identiques,

mais la cause semble distincte. La caution se fonde sur un élément nouveau : la novation. Pourtant depuis l'arrêt *Césaréo*^{Note 5} l'autorité de chose jugée peut être opposée dans cette situation. Nul n'ignore que cet arrêt d'assemblée plénière est venu modifier la notion de cause et a consacré un principe de concentration des moyens. En l'espèce le demandeur se plaignait d'avoir travaillé sans recevoir de rémunération. Il avait alors agi en vain sur le fondement d'un salaire différé. Puis une fois ce procès terminé il avait assigné de nouveau le défendeur en se fondant sur l'enrichissement sans cause. L'assemblée plénière considéra que cette seconde action était irrecevable. Elle estima qu'elle était couverte par l'autorité de chose jugée. Autrement dit : changer de fondement juridique ne modifie pas la cause. Désormais, la cause doit être considérée comme l'ensemble de faits qui suscitent la chose demandée. Dans cette espèce le fondement qui poussait le demandeur à réclamer une somme d'argent était identique : un travail qui n'avait pas été rémunéré. Il découle de cet arrêt que lors d'un procès (et non pas seulement d'une instance^{Note 6}) le demandeur doit avancer tous les fondements juridiques qui viennent au soutien de sa demande. Après il ne le pourra plus sous peine de se voir opposer l'autorité de chose jugée.

8. - D'abord opposé au demandeur, le principe de concentration a par la suite été imposé au défendeur^{Note 7}. C'est cette « bilatéralisation » de la concentration des moyens qui a permis de l'imposer à la caution. Il en résulte que lorsque la caution est assignée en justice par le créancier elle doit avancer tous les moyens qui soutiennent sa défense. Après il sera trop tard. Si l'on en croit les bases de données six arrêts ont été rendus sur ce point par les différentes chambres de la Cour de cassation^{Note 8}. Tous ont été abondamment commentés et sont à l'origine d'une vive controverse. La raison en est simple : en matière de cautionnement la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation semblent avoir franchi un pas de plus dans la consécration du principe de concentration. Ces deux chambres auraient érigé un principe de concentration des demandes. Les termes sont ici très importants. Il ne s'agit plus seulement de l'obligation qui est faite de donner tous les arguments juridiques qui peuvent justifier sa demande (le refus de payer). Il faut en plus qu'au cours de ce même procès la caution fasse toutes les demandes qui seraient plus ou moins liées au cautionnement, après il sera trop tard. Il en va par exemple ainsi d'une demande de dommages et intérêts. Une fois condamnée à payer si elle n'a pas demandé au sein du procès à ce qu'il soit statué sur une éventuelle responsabilité du créancier elle ne pourra plus le faire. Et par conséquent il n'y aura pas de compensation entre ce qu'elle doit à au créancier et ce que ce dernier devrait lui verser en raison du préjudice causé. Il y a tout un pan de la défense des cautions qui disparaît alors. Au nom de quoi écarte-t-on ce type de défense ? Certainement pas de l'autorité de chose jugée puisqu'aucun juge ne s'est prononcé sur ce point. La concentration des demandes ne dérivant pas de la

présomption de vérité légale attachée au jugement, elle doit être rejetée. Le seul motif de limitation des flux judiciaires ne peut pas justifier un tel mécanisme.

9. - En somme, il faut distinguer concentration des moyens et concentration des demandes. À l'instar de Spike le vilain chien de Tom et Jerry, le principe de concentration des moyens fait parti du décor. C'est pourquoi, il faut reconnaître qu'en égard à la défense de la caution, il y a là en premier lieu une limite admise voire admissible (1). En revanche, il importe d'affirmer en second lieu que la concentration des demandes constitue une limite inadmissible (2).

1. LA CONCENTRATION DES MOYENS : UNE LIMITE ADMISSIBLE

10. - En application du principe de concentration des moyens la caution ne pourra avancer ses moyens de défense qu'au cours d'un seul et même procès. Mais que faut-il entendre par « moyen de défense » ? Cela signifie-t-il qu'elle ne pourra plus jamais agir contre le créancier ? Une telle conception serait vraisemblablement excessive. Pour s'en assurer il importe de déterminer avec précision les modes de défense concernés par le principe de concentration (A) avant de poser la question de la légitimité d'une telle limite (B).

A. - L'étendue de la limite admise

11. - La première difficulté consiste à déterminer ce qu'il faut entendre par moyen de défense. Selon le Code de procédure civile (*CPC, art. 71 et s.*), constitue un simple moyen de défense tout moyen qui tend à faire rejeter la prétention adverse. Le moyen de défense se caractérise donc par deux éléments :

- * sa vocation : faire rejeter la demande adverse ;
- * son aptitude limitée : il ne peut servir qu'à rejeter la demande adverse.

12. - En cela la doctrine^{Note 9} distingue le moyen de défense de la demande reconventionnelle. Cette dernière est définie par l'article 64 du Code de procédure civile comme celle par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de l'adversaire. Deux observations doivent être faites :

- * d'abord, la demande incidente à la différence du simple moyen de défense modifie l'objet du litige. L'article 4 du Code de procédure civile énonce en effet que l'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties et... peut être modifié par des demandes incidentes. La demande reconventionnelle modifie donc l'objet du litige ;
- * ensuite, comme l'a souligné un auteur^{Note 10}, par opposition au moyen de défense, la demande reconventionnelle, aurait pu faire l'objet d'un procès à elle toute seule. Elle aurait pu être invoquée à titre autonome. Tel n'est pas le cas du moyen de défense. Il est indissociable de la prétention du défendeur puisqu'il ne vise qu'à l'écarter. Il ne peut par conséquent être admis seul faute d'intérêt à agir^{Note 11}.

13. - Au regard de ces éléments, lorsque la caution invoque l'extinction de son cautionnement à titre principal ou à titre accessoire, il ne fait aucun doute qu'il s'agit de simples moyens de défense. Ainsi la caution peut affirmer qu'elle ne doit rien parce que l'obligation principale est éteinte : que la dette principale ait été réglée, qu'il y ait eu novation, dation, compensation... Dans tous ces cas la caution ne fait que lever un bouclier. Ou plus exactement la souris ne fait que se cacher, s'échapper. Il ne s'agit que de moyens de défense. Ils répondent aux deux critères établis : ils permettent à la caution d'éviter de payer, et ne permettent que cela. On imagine mal une caution agir en justice avant toute demande en paiement de la part du créancier, pour qu'il soit reconnu que la dette principale a été novée, ou compensée... Il en va de même lorsqu'elle avance que le cautionnement est éteint à titre principal.

14. - La conclusion est identique à propos de la stratégie de défense consistant pour la caution à invoquer le bénéfice de subrogation. Comme l'a souligné une partie de la doctrine : il n'y a pas ici une action en responsabilité contractuelle^{Note 12}. Il faut avec elle rappeler que le bénéfice de subrogation n'a qu'un seul effet : la déchéance. En outre, il n'est invoqué que par exception. Ne pouvant être évoqué à titre

principal dans le cadre d'une action autonome, il s'agit indubitablement d'un moyen de défense. Il est donc sous le joug du principe de concentration des moyens^{Note 13}.

B. - La légitimité de la limite

15. - Une question doit être posée : la concentration des moyens constitue-t-elle une limite légitime à la défense de la caution ?

16. - Sur un plan théorique, le principe de concentration des moyens dérange. Il est avancé comme violant la notion d'autorité de chose jugée. Pourtant à y regarder de plus près : lorsqu'une caution invoque après un procès un nouveau moyen de droit, elle demande la même chose que ce qui a été jugé – ne pas payer – et se fonde sur la même cause – le cautionnement. Arrêtons-nous sur ce dernier point – la cause – qui est le plus épineux. C'est entendu, depuis l'arrêt *Césaréo*, la cause n'est pas réductible au fondement juridique c'est à dire à la règle invoquée. Il s'agit désormais de l'ensemble de faits à l'origine de la demande. À bien y réfléchir, il n'est pas certain qu'une telle position soit totalement illégitime.

17. - Lorsqu'un litige naît. À l'état pur, il est factuel : une personne affirme avoir moins que sa part. Elle s'adresse au juge pour que l'équilibre soit rétabli. Dans le cadre de notre étude, le créancier ne parvient pas à obtenir paiement de la part de la caution. Le tribunal devra alors se prononcer sur la réalité de ce déséquilibre. Le créancier a-t-il droit à cette somme de la part de la caution ? Il appartient alors aux parties, maîtresses de leurs droits d'avancer tous les arguments en leur faveur. S'il décide après vérification de condamner la caution à payer : il juge que le déséquilibre existe. Cela ne peut plus être remis en cause. Ce que dit le juge est considéré comme irréfragablement vrai...

18. - Imaginons que la caution n'ait pas avancé que le débiteur principal bénéficiait d'une remise de dette. Puis une fois le procès terminé elle l'invoque. C'est trop tard. Il a été constaté qu'il y avait un déséquilibre de fait et que pour le combler elle devait s'exécuter. Certes le tribunal n'a pas jugé qu'il n'y avait pas de remise de dette. Il peut paraître difficile dans ces conditions d'accorder autorité à ce qui n'a

pas été tranché...Pour autant il faut souligner que cela aurait été vérifié si la caution et son conseil le lui avaient suggéré. Il n'y a rien de choquant à ce qu'il soit de la responsabilité des parties d'invoquer tous les arguments qui justifient leurs prétentions. Comme le soulignent deux auteurs : « aux avocats d'accomplir correctement leur mission »^{Note 14}.Surtout l'autorité de chose jugée n'est qu'une présomption. On présume comme vrai ce que décide le jugement. Il y a une part de fiction. Mais celle-ci est particulièrement justifiée en matière de litige. Il est légitime de considérer que les parties auront invoqué tout ce dont elles pouvaient arguer pour protéger leurs droits.

19. - Sur un plan pratique, placé du côté du créancier, la concentration des moyens opposée à la défense est évidemment légitime. Ce principe permet de vider le contentieux. Une fois le procès terminé, fini le jeu du chat et de la souris. La caution aura beau invoquer un nouveau moyen elle ne pourra plus être entendue. La célèbre cible illustrant la fin des dessins animés de la Warner Bross s'est définitivement resserrée sur Jerry. La caution devra payer.

20. - Finalement la concentration des moyens constitue une limite légitime à la défense de la caution. Par contre tel n'est pas le cas du principe de concentration des demandes qui semble émerger.

2. LA LIMITE INADMISSIBLE : LA CONCENTRATION DES DEMANDES

21. - La concentration des demandes est tellement difficile à admettre que les chambres de la Cour de cassation qui y ont eu recours ne l'ont pas fait de manière officielle. En outre, à leur décharge, il faut souligner que les hypothèses étaient très particulières.En somme, si la défense de la caution est limitée par la concentration des demandes, il importe tout d'abord de souligner qu'il y a là une limite non officielle (A), et ensuite qu'elle semble avoir un champ d'application étroit (B).

A. - Une limite non officielle

22. - Il est des domaines où la concentration des demandes constitue officiellement le principe. Tel est le cas devant le conseil de prud'hommes. En application du Code du travail (*C. trav., art. R. 1452-6*), toutes les demandes liées au contrat de travail font l'objet d'une seule instance. Par ailleurs, il est arrivé que la première chambre civile ait fait expressément référence à la concentration des demandes en matière d'arbitrage^{Note 15}. Elle avait indiqué qu'il « incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause ». En matière de cautionnement, la formule n'a pas été reprise. Les arrêts qui appliquent un principe de concentration des demandes font uniquement référence à la concentration des moyens. Prenons pour l'illustrer l'arrêt considéré comme le plus emblématique de ce phénomène, celui rendu par la première chambre civile le 1er juillet 2010^{Note 16}. Dans cette espèce, alors qu'une caution avait été définitivement condamnée à verser son dû au créancier, elle assigna ce dernier en dommages et intérêts et demanda la compensation... La haute Cour considéra que l'autorité de chose jugée s'y opposait. Pour le justifier, elle avança qu'« il appartenait à la caution,... de présenter... l'ensemble des moyens qu'elle estimait de nature à justifier le rejet total ou partiel de la demande »^{Note 17}. Plus récemment la chambre commerciale dans un arrêt du 25 octobre 2011^{Note 18} dans des circonstances proches rendit une solution similaire dans des termes identiques.

23. - S'il est fait référence à la concentration des moyens il n'en demeure pas moins, et la doctrine est unanime, qu'il s'agit dans les deux espèces de concentration des demandes. La première chambre civile et la chambre commerciale considèrent ici qu'une demande en dommages et intérêts ne constitue qu'un « moyen » qui aurait dû être invoqué lors du premier procès. Il faut reconnaître que de prime abord on pourrait être convaincu. Après tout, dans ces espèces si la caution agit en dommages et intérêts contre le créancier, ce n'est que pour obtenir la compensation. À ce titre ces arrêts relèvent que ce type de demande ne tend « qu'à remettre en cause ce qui a été jugé ». La caution cherche en effet à ne rien verser. Il semble par conséquent que l'on puisse opposer l'autorité de chose jugée. Objet et cause semblent identiques à ceux du premier procès. La chose demandée par la caution est la même : ne pas payer. Tandis que la cause de cette demande paraît identique : le cautionnement. Autrement dit ici encore la caution ne veut pas payer en exécution dudit contrat.

24. - Pour autant il n'y a là qu'une apparence. Il n'y a ni le même objet, ni la même cause. L'objet d'abord est distinct. Elle réclame une somme d'argent de la part du créancier. La caution ne se contente pas de dire qu'elle ne doit pas payer. D'ailleurs en demandant la compensation, elle reconnaît

nécessairement qu'elle est débitrice. La cause ensuite est différente. En effet ces dommages et intérêts ne sont pas réclamés en application du contrat de cautionnement (cause du premier procès) mais d'une faute du créancier qui lui a causé un préjudice. C'est un autre déséquilibre que la caution demande au juge de constater, une autre brèche que celle qui lui a déjà été soumise.

25. - Et puisque cette demande n'a ni le même objet ni la même cause que ce qui a déjà été jugé, il ne peut *a fortiori* s'agir d'un simple moyen de défense comme l'affirment ces chambres. Pour preuve, à la différence d'un moyen, une action en responsabilité peut être engagée de manière autonome. Elle ne sert pas qu'à rejeter la demande adverse. Et si *in fine* il y a compensation, faut-il rappeler que cela est indépendant de la volonté des parties ?

26. - On ne peut donc qu'approuver la deuxième chambre civile^{Note 19} qui dans des circonstances similaires a considéré que l'autorité de chose jugée ne pouvait être opposée.

27. - Le fait que la chambre commerciale et la première chambre ne fassent pas expressément référence à la concentration des moyens, n'est peut être pas anodin. Il n'y a peut être recours à cette technique que dans les hypothèses où ce qui est théoriquement une demande, n'en constitue pas moins dans l'esprit de tous qu'un simple moyen de défense. Un moyen de ne pas payer qui aurait dû être invoqué au cours du premier procès. Autrement dit cette limite serait non officielle parce qu'elle a un champ d'application étroit. Parce que la Cour entend en faire un usage très restreint.

B. - Une limite au champ d'application étroit

28. - Pourquoi affirmer que la concentration des demandes n'a pas vocation à se propager dans tous les domaines ? Il faut le reconnaître, sauf à être devin, qu'il est impossible d'en être certain. Il y a dans ces propos l'expression d'un souhait : que par capillarité la concentration des demandes ne s'étende pas. Elle ne doit pas se généraliser. Mais au-delà il faut souligner que la lecture des arrêts rendus en la matière fournit un tel espoir.

29. - À l'évidence, sur un plan pratique, de manière à éviter un éclatement du contentieux, le principe de concentration des demandes est bénéfique, surtout pour le créancier...Pourtant le principe de concentration des demandes ne doit pas se généraliser. D'abord parce qu'il a été constaté qu'il était *contra legem*. C'est une violation de 1351 du Code civil, puisque l'on considère qu'il y a autorité de chose jugée sans que soient respectés les critères de 1351 du Code civil. Il pourrait être objecté qu'il en est de même en droit du travail à propos du contrat de travail. Pourtant tel n'est pas le cas. Dans ce dernier cas, la loi le prévoit. Ensuite un tel principe doit être rejeté parce qu'il conduit à consacrer un déni de justice. En effet celui à qui on l'oppose se voit dans l'impossibilité de faire juger sa situation, de soumettre au juge l'atteinte à ses droits subjectifs.

30. - Il est un élément qui permet d'espérer que le recours à la technique de la concentration des demandes sera rare. Il n'y a actuellement que peu de décisions procédant de la sorte. Ce sont les deux arrêts précités, l'un rendu par la première chambre civile et l'autre par la chambre commerciale^{Note 20}. Or, ils ont été rendus dans un contexte très particulier.

31. - Il importe en effet de souligner que certains arrêts sont parfois présentés à tort comme glissant vers la concentration des demandes. Il en est ainsi de deux décisions qui ont considéré que la caution une fois définitivement condamnée ne peut plus agir en nullité contre l'acte de cautionnement^{Note 21}. Il est vrai que l'action en nullité se départit apparemment du simple moyen de défense dans la mesure où elle peut faire l'objet d'une demande autonome. Pour autant, il faut rappeler que récemment l'assemblée plénière^{Note 22} a considéré que la nullité constitue un simple moyen de défense dès lors que le défendeur ne réclame pas les restitutions. Dans ce cas en effet, il s'agit de demander le rejet pur et simple de la demande d'exécution. Ensuite, a été présenté comme appliquant la concentration des moyens un arrêt rendu par la chambre commerciale le 6 juillet 2010^{Note 23}. Dans cette espèce un dirigeant s'était porté caution de sa société à l'égard d'un prêteur. Simplement il avait été stipulé dans l'acte de cautionnement qu'il ne serait engagé qu'à hauteur des revenus versés par la société. Une fois celle-ci en liquidation judiciaire, le créancier actionna la caution. Celle-ci fut condamnée à payer, sans avoir invoqué qu'elle ne percevait plus de rémunération de la part du dirigeant et par conséquent que compte tenu de l'assiette de la sûreté elle ne devait rien. Ce ne fût qu'après coup une fois la condamnation définitive qu'elle demanda à faire reconnaître cet élément pour ne pas payer. L'autorité de chose jugée lui fut opposée. Il n'y a là qu'une application du principe de concentration des moyens. Son action avait le même objet – ne pas payer – et la même cause – le contrat de cautionnement – que le premier procès.

32. - Il reste donc deux arrêts appliquant réellement la concentration des demandes. Commençons par le plus emblématique. Il s'agit de l'arrêt rendu par la première chambre civile le 1er juillet 2010^{Note 24} présenté comme celui qui a entamé le glissement vers la concentration des demandes.

33. - En l'espèce l'action en responsabilité engagée par la caution l'avait été... pour perte de droits préférentiels (notamment non renouvellement d'une hypothèque). Autrement dit, la caution usait ici d'une action en responsabilité contractuelle pour se prévaloir du bénéfice de subrogation. Il est alors tentant de souligner l'opportunité de cet arrêt. Il faut éviter de fractionner le procès. La caution aurait dû invoquer le bénéfice de subrogation pendant le premier procès. Le recours à la concentration des demandes n'est-il pas légitime dans cette situation ? On est bien loin de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile^{Note 25} au sein duquel elle affirme que l'action en responsabilité engagée par la caution contre le créancier a un objet distinct de l'action en paiement exercé par ce dernier. Ici en effet il était reproché à la banque d'avoir octroyé trop facilement des avances aux débiteurs. Dans ce cas l'action en responsabilité présente une réelle autonomie.

34. - Enfin le deuxième arrêt appliquant réellement la concentration des demandes est celui rendu par la chambre commerciale le 25 octobre dernier^{Note 26}. Ici encore des dommages intérêts avaient été réclamés pour perte du recours subrogatoire. Le créancier avait omis de déclarer une partie de la créance dans une procédure collective. Il faut cependant souligner ici qu'il n'est pas fait référence à la perte de droit préférentiel. Il ne s'agit donc pas nécessairement d'une action en responsabilité cherchant à contourner l'omission de réclamer le bénéfice de subrogation.

35. - Est-ce à dire que le domaine de concentration s'étend ? S'il vaut mieux ne pas l'espérer ce n'est pas par mesure de protection à l'égard de la caution. Dans toutes ces hypothèses, elle pouvait utiliser ces modes de défense au cours du premier procès. Et il n'y a rien de choquant à responsabiliser les parties à un procès. Si le procès est la chose des parties, il n'en est pas de même du juge et plus largement de la justice. Un espace leur est ouvert pour vider le contentieux, à elles d'en faire le meilleur usage lorsque sont en cause leurs seuls droits subjectifs. S'il faut rejeter le principe de concentration des demandes, c'est tout simplement parce qu'il conduit au dévoiement d'une notion essentielle à notre système juridique et au-delà

à la paix sociale : l'autorité de chose jugée. Si la présomption de vérité ne correspond manifestement pas à la réalité (puisqu'est considéré jugé ce qui ne l'a pas été), alors elle n'emportera plus la conviction de ses destinataires. La justice ne remplira dès lors plus son rôle.

Note 1 Acte du colloque « Quelle protection pour la caution ? », CEDAG, 24 mai 2012.

Note 2 R. Demogue, Les notions fondamentales du droit privé : essai critique : Rousseau 1911, p. 520.

Note 3 Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : JCP G 2007, II, 10138, note P. Simler ; D. 2007, p. 2201, note D. Houtcieff.

Note 4 Cass. com., 22 sept. 2009, n° 08-10.389 : JurisData n° 2009-049597.

Note 5 Cass. ass. plén., 7 juill. 2006 : Bull. civ. 2006, ass. plén. n° 8 ; RTD civ. 2006, obs. R. Perrot ; D. 2006, p. 2135, note L. Weiller.

Note 6 Sur ce point V. G. Bolard, note ss. Cass. 1re civ., 28 mai 2008, 07-13.266 : JurisData n° 2008-044114 ; JCP E 2008, II, 10170.

Note 7 Cass. com., 20 févr. 2007 : Bull. civ. 2007, IV ; Dr. et patrimoine 2008, p. 98, obs. S. Amrani-Mekki.

Note 8 Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-21.383 : JurisData n° 2011-023406 ; BJED, 2012, n° 2, p. 95, note O. Staes ; D. 2011, p. 2735, obs. V. Avena-Robardet ; RD bancaire et fin. 2012, comm. 14, obs. D. Legeais ; JCP G 2011, 1397, obs. Y.-M. Serinet. – Cass. com., 6 juill. 2010, n° 09-15.671 : JurisData n° 2010-011290 ; RD bancaire et fin. 2010, comm. 170, obs. D. Legeais ; RLDC oct. 2010, p. 38, obs. J.-J. Ansault. – Cass. com. 23 sept. 2010, n° 09-69.730 : JurisData n° 2010-016627 ; RTD civ. 2011, p. 586, obs. P. Théry ; JCP G 2010, 1052, art. E. Jeuland « Concentration des demandes : un conflit latent entre des chambres de la Cour de cassation ». – Cass. 1re civ., 1er juill. 2010, n° 09-10.364 : JurisData n° 2010-010670 ; RTD civ. 2010, p. 586, obs. P. Théry ; D. 2010, p. 406, obs. P. Croq ; JCP G 2010, 1052, E. Jeuland, op. cit. – Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-15.891. – Cass. com., 12 nov. 2008, n° 08-10.138.

Note 9 Par ex. P. Théry, obs. ss Cass. ass. plén., 22 avr. 2011 : RTD civ. 2011, p. 795.

Note 10 P. Théry, op. cit.

Note 11 Sauf à entrer dans le cadre des rares actions déclaratoires qui semblent être aujourd'hui admises depuis Cass. 1re civ., 9 juin 2011, n° 10-10.348 : JurisData n° 2011-010935 ; D. 2011, p. 2140, obs. C. Creton.

Note 12 D. Houtcieff, Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution : RTD civ. 2006, p. 191 et s.

Note 13 D. Houtcieff, *op. cit.* : « il n'est qu'un bouclier pour la caution, non pas une épée entre ses mains ».

Note 14 L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé* : LexisNexis 2011, 7e éd., n° 739.

Note 15 Cass. 1re civ., 28 mai 2008, n° 07-13.266 : JurisData n° 2008-044114 ; JCP G 2008, II, 10170.

Note 16 *Op. cit.*

Note 17 Arrêts cités en notes 4 et 5.

Note 18 *Op. cit.*

Note 19 Cass. 2e civ., 23 sept. 2010, *op. cit.*

Note 20 Cass. 1re civ., 1er juill. 2012, *op. cit.* – Cass. com., 25 oct. 2011, *op. cit.*

Note 21 Cass. com., 20 oct. 2009, *op. cit.* – Cass. com., 12 nov. 2008, *op. cit.*

Note 22 Cass. ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-16.008 : JurisData n° 2011-007275 ; RTD civ. 2011, p. 795 ; D. 2011, p. 18770, note O. Deshayes et Y.-M. Laithier.

Note 23 *Op. cit.*

Note 24 *Op. cit.*

Note 25 Cass. 2e civ., 23 sept. 2010, *op. cit.*

Note 26 *Op. cit.*