

PREMIÈRE PARTIE.

DES GARANTIES PERSONNELLES.

CHAPITRE PREMIER.

DU CAUTIONNEMENT.

Art. 3. Cet article annonce qu'il y a trois espèces de cautionnements, au point de vue de leur cause: la volonté du débiteur (évidemment acceptée par le créancier), l'ordre de la loi et celui de justice.

Il faut remarquer immédiatement qu'il n'y a pas encore cautionnement volontaire, à proprement parler, lorsque le débiteur et le créancier sont convenus que cette sûreté serait fournie, pas plus qu'il n'y a cautionnement lorsque la loi ou la justice l'ordonnent: il n'y aura cautionnement véritable que lorsqu'un tiers se sera engagé comme caution ou débiteur accessoire vis-à-vis du créancier: l'article suivant nous dira que c'est là le contrat de cautionnement.

Lorsque le débiteur promet de fournir une caution comme garantie d'une dette, c'est ordinairement par une clause du contrat principal et c'est alors une condition; plus rarement, c'est par une convention postérieure et spéciale, parce que le débiteur n'a plus le même intérêt à donner cet avantage au créancier, à moins que ce ne soit pour prévenir des poursuites ou obtenir une prorogation de terme: la convention est alors un contrat *in-*

nommé, car la promesse de fournir une caution n'a pas de nom consacré par la loi.

Ce contrat innommé est unilatéral, car le débiteur seul s'y oblige ; mais il est onéreux, si le créancier fait en compensation quelque sacrifice pour obtenir cette sûreté, par exemple, s'il donne un nouveau délai ou renonce à tout ou partie des intérêts déjà échus ou à échoir.

L'article 15 prévoit le cas où un débiteur s'est engagé à fournir une caution : il s'applique aussi bien au cas où cette promesse est l'objet d'une convention spéciale et innommée qu'à celui où cette promesse est une clause du contrat principal. Dans ce dernier cas, la clause aura le même caractère, onéreux ou gratuit, que le contrat principal lui-même.

Les règles des trois espèces de cautionnements, volontaire, légal et judiciaire, sont généralement les mêmes, mais comme il y a quelques dispositions propres aux deux cautionnements non volontaires, elles seront l'objet d'une Section spéciale.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'OBJET ET DE LA NATURE

DU CAUTIONNEMENT.

Art. 4. Il s'agit ici du véritable contrat de cautionnement, et ce qui prouve qu'il n'a rien de commun avec la promesse de cautionnement faite par le débiteur et dont il est parlé plus haut, c'est que celui-ci n'y figure pas. Sans doute, il pourra arriver que le garant, la caution, intervienne en cette qualité à l'acte principal même, conjointement avec le débiteur, mais il y aura moins là une clause de ce contrat principal qu'un contrat distinct

au fond, quoique non séparé en la forme ; ce sera un contrat accessoire assurément, mais il ne serait pas moins accessoire s'il intervenait après un certain intervalle de temps.

Le contrat de cautionnement est *unilatéral*, parce qu'il n'oblige que la caution ; il est *gratuit* ou *onéreux*, suivant le caractère du contrat principal auquel il se rattache. Sans doute, la caution, en s'engageant pour le débiteur, ne reçoit rien du créancier, en compensation de l'engagement qu'elle prend envers lui ; mais si celui-ci a fourni au débiteur une contre-valeur pour obtenir l'engagement principal, le cautionnement, qui en est l'accessoire et la condition, n'est pas reçu gratuitement. C'est à l'égard du débiteur et non à l'égard du créancier que la caution remplit un bon office et fait un acte de bienfaisance, comme mandataire ou gérant d'affaires ; ce point sera repris avec les articles 11 et 12.

Il va sans dire que le contrat de cautionnement est *consensuel*, et cela en deux sens, c'est-à-dire *non réel* et *non solennel*.

D'après la définition du cautionnement donnée par notre article, la caution n'est tenue d'acquitter la dette "qu'à défaut d'exécution par le débiteur," ce qui indique assez que son obligation n'est pas pure et simple mais conditionnel et subsidiaire.

Mais à quel moment précis pourra-t-elle être poursuivie ? Suffira-t-il que le créancier ait, préalablement et sans succès, sommé le débiteur de payer ? Faudra-t-il qu'il ait commencé et poussé plus ou moins loin des poursuites contre le débiteur ?

Ce sont là des questions qui seront résolues plus loin, au moyen de certaines distinctions.

La caution ne s'engage pas seulement à exécuter la dette principale, suivant sa forme et teneur, à défaut du débiteur : elle doit aussi indemniser le créancier de l'inexécution, lorsque celle-ci est imputable à la faute du

débiteur. En effet, il peut s'agir d'une obligation de faire, dans laquelle la personne même du débiteur a été prise en considération exclusive, et la caution ne serait pas reçue à l'exécuter elle-même; mais alors elle doit l'indemnité dont le débiteur en faute est tenu.

Art. 5. Cette disposition est une conséquence de la définition légale du cautionnement: du moment que la caution s'engage à acquitter telle dette du débiteur, elle ne peut en acquitter une autre.

Ce n'est pas à dire pourtant qu'une pareille promesse serait nécessairement et toujours sans effet: elle pourrait valoir comme novation; la novation serait alors double: par changement de débiteur et par changement d'objet dû. C'est pourquoi le texte déclare que le cautionnement ayant un objet autre que celui de l'obligation principale est nul "comme tel;" ce qui laisse aux tribunaux le pouvoir d'apprécier s'il y a ou non novation; or, la novation n'ayant pas besoin d'être expresse, mais seulement "claire" (v. art. 492), et les conventions devant s'interpréter de la manière qui leur donne un effet plutôt que de celle qui ne leur en donne aucun, il est naturel que cette promesse d'un autre objet soit considérée comme ayant fait novation.

Mais alors la situation sera bien différente, car le débiteur primitif sera libéré, ou, s'il reste tenu, ce ne sera plus que subsidiairement, à son tour, comme garant d'une délégation (v. art. 498).

Bien entendu, pour que ce cautionnement improprement dit opère novation, il faut qu'il intervienne après que l'obligation principale a été formée; car il serait impossible de nover celle-ci au moment même où elle prend naissance.

La disposition qui défend à la caution de promettre en cette qualité, "comme telle," un autre objet que

celui de la dette principale reçoit une exception facile à justifier.

Comme la caution, en promettant l'exécution de la dette principale, s'oblige implicitement aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution, il est naturel qu'elle puisse promettre d'avance une somme d'argent considérée comme l'estimation desdits dommages-intérêts et formant une clause pénale en vue de cette inexécution.

Art. 6. Ici, il ne s'agit plus d'un objet du cautionnement différant par sa nature de celui de l'obligation principale, mais d'un caractère plus onéreux de l'obligation accessoire. Par exemple, la somme promise par la caution est plus forte que celle promise par le débiteur ; ou sa promesse est pure et simple, quand celle du débiteur n'est qu'à terme ou sous condition ; ou bien le terme est plus court la caution que pour le débiteur ; de même, dans une obligation alternative où le choix était laissé au débiteur, la caution l'a laissé au créancier. On pourrait facilement multiplier de pareils exemples.

Dans ces cas, le cautionnement n'est pas nul ; comme il est facile de le ramener aux limites et modalités permises, sans en changer l'objet, cette opération aura lieu ; tandis que dans le cas de l'article précédent, il n'était pas possible de substituer l'objet permis à l'objet défendu.

Art. 7. Le présent article a pour but de prévenir une exagération de la prohibition précédente. Les sûretés fournies pour la garantie du cautionnement ne doivent pas être considérées comme une aggravation de l'engagement de la caution ; sans doute, on peut dire, au sujet de l'imputation des paiements, que le débiteur a plus d'intérêt à acquitter une dette pour laquelle ses biens sont grevés de gage ou d'hypothèque qu'une dette simplement chirographaire ; mais une caution n'agirait

pas de bonne foi si elle contestait l'exercice sur ses biens d'une sûreté qu'elle a conférée : ce serait faire soupçonner qu'elle cherche à se soustraire à son obligation.

On ne doit pas non plus voir une aggravation de l'engagement de la caution dans la circonstance qu'elle est soumise à des voies d'exécution plus rapides et même plus rigoureuses que celles auxquelles est soumis le débiteur. ainsi la caution pourrait être tenue par un acte authentique, quand le débiteur ne le serait que par un acte sous seing privé.

L'article 9 donne un autre exemple plus frappant encore de caution tenue plus rigoureusement que le débiteur, quant aux voies d'exécution, c'est celui où elle a cautionné sciemment une obligation annulable du débiteur principal : une fois l'obligation annulée, celui-ci payera s'il le veut et quand il lui conviendra, sans qu'on puisse jamais l'y contraindre ; la caution est tenue par toutes les voies de droit.

La caution qui peut donner des sûretés réelles de son engagement, quand le débiteur n'en a pas donné pour le sien, peut aussi donner des sûretés personnelles ; par exemple, une sous-caution, appelée dans l'usage et par notre article "certificateur de caution."

Du reste, ce n'est que par occasion que la loi le dit (2^e al.) ; car ici, il n'y a plus à craindre l'objection que la caution serait dans une condition plus onéreuse que le débiteur principal, puisque celui-ci a, lui-même et le premier, fourni une caution.

Art. 8. La loi fait ici une différence entre le cautionnement *limité* ou défini et le cautionnement *indéfini*.

Dans le premier cas, la caution est supposée avoir exprimé d'une façon limitative et déterminée la chose, l'objet, la somme ou quantité dont elle entendait garantir la prestation ; son obligation ne pourra pas s'étendre : elle ne comprendra ni les fruits, ni les intérêts

de la chose due, et pas même les frais faits contre le débiteur, à moins que la caution ne requière la discussion des biens de celui-ci, comme il sera expliqué ultérieurement.

Rappelons, à ce sujet, ce qui est dit par l'article 4, que la caution est toujours tenue de l'indemnité d'inexécution, laquelle n'est pas une extension de l'obligation, mais en est la réalisation transformée.

Dans le second cas, la caution a exprimé qu'elle garantissait telle dette du débiteur, sans restriction ni limites ; dès lors, son engagement recevra l'extension légitime ou aura les conséquences légales que peut avoir celui du débiteur. Sans doute, la dette de celui-ci sera elle-même déterminée dans son objet ou dans son chiffre (elle ne serait pas valable sans cela), mais elle peut s'augmenter de fruits, d'intérêts, de dommages-intérêts, de frais judiciaires ; or, la caution, en ne limitant pas sa garantie de la dette principale, est réputée avoir entendu garantir ces accessoires.

Remarquons seulement, sur les fruits de justice, que la caution n'est tenue que de ceux qui ont été faits depuis qu'elle en a été informée, afin qu'elle puisse les faire cesser en payant ; la première demande seule est supportée par elle, lors même qu'elle n'en aurait pas été informée, parce qu'il est naturel, sinon toujours obligatoire, que le créancier poursuive le débiteur avant la caution.

Art. 9. Le principe posé par le 1^{er} alinéa ne peut faire de difficulté ; mais il est bon qu'il soit inscrit dans la loi pour que la théorie du cautionnement y soit complète.

Pour qu'on ne puisse douter que le cautionnement de la dette d'un incapable reste valable après l'annulation en justice de cette dette, la loi l'exprime ; elle se place dans l'hypothèse où la caution a connu l'incapacité

du débiteur principal : elle doit être considérée comme ayant reconnu, dans les circonstances du fait, les causes légitimes d'une obligation valable, malgré la présomption contraire de la loi, pour les cas généraux. C'est, en somme, une obligation naturelle qu'elle a cautionnée civilement.

La loi consacre ce cas spécialement, parce qu'il sera certainement le plus fréquent.

Bien entendu, quand la loi exige que la caution ait connu l'incapacité du débiteur principal, c'est au moment où le cautionnement a été donné par la caution que cette connaissance est nécessaire : si elle n'était survenue que plus tard, le cautionnement, annulable dès le principe, comme l'obligation de l'incapable lui-même, resterait tel et tomberait avec la nullité de celle-ci une fois prononcée en justice.

Art. 10. On a déjà vu à l'article 321 du Livre des *Biens* que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. Cet article ne doit pas être restreint aux obligations principales et on nous dit ici qu'il s'applique de même aux obligations accessoires.

L'application de notre article aura lieu lorsque le créancier, manquant de confiance envers le débiteur, aura subordonné au cautionnement d'un tiers son consentement à un prêt ou à une vente. Dans ce cas, il pourra arriver que la caution soit forcée, par les circonstances, d'envoyer son engagement avant que la dette principale soit contractée : c'est un cautionnement conditionnel et cette condition est potestative de la part du créancier ou du débiteur, car l'un ou l'autre pourrait refuser de contracter.

Il peut arriver que le montant de la dette soit incertain au moment du cautionnement : par exemple, pour un prêt ayant le caractère *d'ouverture de crédit* ou pour une vente de marchandises dont le prix variera avec le

cours commercial ; cette incertitude ne serait pas un obstacle au cautionnement : du moment que l'objet de la dette principale sera assez déterminé pour remplir la condition prescrite par l'article 304-2^o du Livre des *Biens*, il le sera également assez pour la validité du cautionnement. Et remarquons que cette incertitude du montant du cautionnement ne lui donnerait pas le caractère *indéfini* : il resterait toujours limité dans le sens de l'article 8.

Art. II. C'est remplir un bon office envers le débiteur principal que de le cautionner, puisque c'est lui faire trouver près du créancier un crédit que, sans cela, il n'y trouverait pas.

Le plus souvent, c'est sur la demande du débiteur que ce bon office lui est rendu ; il y a alors mandat de sa part, de sorte que toute l'opération se décompose en trois contrats : le contrat principal entre le débiteur et le créancier (vente, louage, prêt, etc.), le mandat du débiteur à la caution, enfin le contrat de cautionnement entre la caution et le créancier.

C'est généralement le mandat qui sera le premier contrat, parce que le débiteur aura dû s'assurer d'abord du garant à fournir.

On n'a pas à revenir ici sur les caractères du mandat : ce contrat a été longuement expliqué au Chapitre XI du Livre précédent.

Quelquefois, la caution, sans avoir reçu mandat du débiteur, s'engagera pour lui et à son insû ; le bon office aura ainsi d'autant plus de mérite qu'il sera spontané ; les rapports de la caution avec le créancier n'en seront pas modifiés, mais ceux de la caution avec le débiteur seront réglés par les principes de la gestion d'affaires (v. art. 362 et 363).

Enfin, il peut arriver que la caution se soit engagée

comme telle envers le créancier malgré la volonté contraire du débiteur; par exemple, un parent du débiteur, voulant lui épargner des poursuites rigoureuses, aura, contrairement à sa volonté, donné sa signature en garantie au créancier; peut-être même il l'aura fait pour l'honneur du nom de la famille. Cette intervention de la caution peut encore être qualifiée de gestion d'affaires; mais elle présentera toujours une différence avec le cas précédent, quant au recours de la caution en cas de paiement. On s'y arrêtera à la Section II (v art. 30).

Art. 12.—Comme conséquence de ce caractère de mandat ou de gestion d'affaires que présente le cautionnement, la loi exige chez la caution la capacité de s'obliger à titre gratuit.

Sans doute, comme on l'a observé plus haut, la caution, dans ses rapports avec le créancier, est considérée comme *reçue* à titre onéreux, si le contrat auquel elle a accédé à ce caractère, mais dans ses rapports avec le débiteur, elle est presque toujours *fournie* gratuitement; de là résulte une distinction présentée par le texte: si l'incapacité de s'obliger gratuitement est générale ou *absolue* chez la caution, le créancier a dû la connaître ou est en faute de ne pas l'avoir connue; elle lui sera donc opposée comme fin de non-recevoir à ses poursuites; si l'incapacité n'est que *relative* au débiteur, étant fondée sur des rapports particuliers assez rares dans la loi, alors elle ne sera opposée au créancier que s'il l'a effectivement connue.

Cette distinction entre l'incapacité absolue de donner et l'incapacité relative de donner et de recevoir n'aura peut-être que cette seule application dans la loi, mais elle est commandée par la singularité même du cautionnement qui est à titre gratuit pour celui qui le donne et à titre onéreux pour celui qui le reçoit.

Ce qui précède s'applique naturellement au cautionnement civil ou ordinaire. Mais il y a deux espèces de cautionnements propres aux affaires commerciales, dont l'un au moins n'a pas le caractère gratuit. L'article 17 renvoie au Code de Commerce pour les particularités qui les concernent ; toutefois, on les exposera sommairement sous cet article.

Art. 13. La loi exige ici, mais il suffit que l'intention de cautionner "résulte clairement des circonstances ;" or, c'est seulement lorsque cette condition ne sera pas remplie que l'acte ne produira pas d'effet, pas plus d'ailleurs que n'en produirait, en pareil cas, un acte qui serait invoqué comme contenant un engagement principal.

Pour qu'il n'y ait pas abus dans cette facile admissibilité du cautionnement, la loi ne permet pas de voir un cautionnement dans "le seul fait d'avoir recommandé un contractant à l'autre ou d'avoir affirmé sa solvabilité présente ou future." Ce sont là des formules de bienveillance pour la personne recommandé, ou d'encouragement pour celui à qui on l'adresse, mais sans intention aucune de se porter garant de l'obligation. Toutefois, d'après les principes généraux, une pareille recommandation ou déclaration entraînerait une responsabilité plus ou moins étendue si elle était faite par dol.

La loi a dû prévoir aussi le cas où le nouvel engagement était assez clair pour qu'on dût lui donner effet, mais pas assez pour qu'on pût savoir s'il constituait un cautionnement ou bien une novation ou un engagement solidaire, et elle décide, d'après un principe général d'interprétation (v. art. 360), que l'on devra y voir un cautionnement, comme moins onéreux au promettant.

Art. 14. La disposition de cet article est encore une

de celles qui pourraient être suppléées par l'effet des principes généraux ; car, lorsqu'il n'y a pas de raison particulière pour que les effets d'un contrat cessent avec la vie des contractants, ces effets se produisent pour et contre leurs héritiers ; il faut même, pour que les exceptions soient admises, qu'elles soient écrites dans la loi ou résultent de la convention, expressément ou tacitement (v. art. 338). Mais la loi a cru devoir formuler ici l'application du principe, parce qu'il y avait, au moins en apparence, une raison de douter de la transmissibilité passive et même active du cautionnement. On a vu plus haut que la caution est, le plus souvent, mandataire du débiteur principal ; or, le mandat, étant fondé sur un sentiment de considération et de bienveillance réciproques des parties, cesse par la mort du mandant et par celle du mandataire ; on aurait donc pu croire un instant que la caution, comme mandataire, n'obligeait pas son héritier.

Mais ce serait, en réalité, se méprendre gravement sur la situation créée par le cautionnement ; sans doute, si la personne qui a consenti à se porter caution du débiteur vient à mourir avant de s'être engagée comme telle envers le créancier, elle n'a pas obligé héritier à prendre ledit engagement : elle n'est encore que mandataire du débiteur principal et le principe de non transmissibilité du mandat lui est encore applicable.

Il ne serait de même en cas de mort du débiteur avant que la caution se fût engagée : elle ne serait pas tenue vis-à-vis de l'héritier du débiteur d'accomplir son mandat.

Mais, du moment qu'en exécution du mandat, le cautionnement est souscrit, il y a là un nouveau lien pour la caution, et ce lien, n'ayant pas le caractère d'un bon office vis-à-vis du créancier, ne peut cesser par la mort de la caution.

Quant à la mort du créancier, il ne serait pas possible de douter qu'elle fût sans influence sur le cautionnement.

ment, puisque le créancier n'est pas mandant ; mais, pour que la loi ait plus d'harmonie et aussi pour que l'omission d'un cas sur deux ne fasse pas elle-même naître un doute, le texte se prononce de la même manière sur les deux décès.

Art. 15. Cet article suppose le cas annoncé plus haut : le débiteur ne pouvant encore fournir une caution au moment où s'est formé le contrat principal, alors pourtant que le créancier en faisait une condition de ce contrat, a promis de la fournir ultérieurement.

S'il s'agissait d'une caution fournie au moment même du contrat principal, le présent article ne s'appliquerait pas : le créancier serait considéré comme ayant accepté la caution dans les conditions où elle se trouvait ; sans doute, sa solvabilité lui aurait paru suffisante ; son domicile, éloigné ou non, ne l'aurait pas préoccupé ; elle pourrait aussi devenir insolvable sans qu'il eût le droit d'en demander une autre.

Mais il n'en est plus de même lorsque le débiteur a promis de fournir une caution et lorsque le contrat principal a été conclu avant que le créancier en ait accepté une : il y a lieu, dans ce cas, de pourvoir à son intérêt, comme aussi de prévenir trop d'exigences de sa part. Deux conditions suffisent mais sont nécessaires.

1° Il faut que la caution présentée en vertu de la convention soit solvable. En cas de contestation, c'est aux tribunaux qu'il appartiendra de décider si la solvabilité de la caution est suffisante.

Si la caution ainsi fournie devient insolvable, le débiteur doit en fournir une autre.

2° Il faut que la caution ait ou élise un domicile dans le ressort de la cour d'appel où l'exécution de l'obligation doit se faire. Cette condition a pour but de ne pas rendre les poursuites trop difficiles au créancier ; c'est aussi un moyen pour lui de se tenir plus facilement au

courant de l'état de solvabilité de la caution. Il va de soi que cette obligation de domicile est permanente et que si la caution change de domicile réel ou élu, le nouveau domicile doit remplir la même condition de lieu.

Les règles qui précèdent sont écrites pour le cas où le créancier a stipulé qu'il lui serait fourni *une caution*, sans la désigner davantage ; mais s'il a stipulé l'engagement d'une personne déterminée, alors on se trouve dans le même cas que si, au moment de la signature du contrat principal, il avait accepté cette même personne : il ne peut ni discuter, ni critiquer la solvabilité actuelle de la caution qu'il a obtenue suivant son désir ; il ne pourra se plaindre si l'insolvabilité survient ; enfin, quelque éloigné que soit le domicile de cette caution, ou si elle vient à en changer, il n'a pas lieu de réclamer : les conventions sont la loi des parties.

Le présent article est formellement écrit pour le cas où la caution est due en vertu d'une convention ; mais il sera déclaré applicable au cautionnement ordonné par la loi ou par jugement (voy. art. 47).

Art. 16. Il peut arriver que le débiteur qui a promis de fournir une caution soit peu connu et ne trouve personne pour le cautionner, ou que sa position pécuniaire n'encourage pas ses amis à le cautionner ; il est naturel alors qu'il puisse suppléer au cautionnement promis, en donnant une sûreté *réelle* suffisante, c'est-à-dire un nantissement mobilier ou immobilier ou une hypothèque, ou même, et à plus forte raison, en faisant un dépôt d'argent aux mains du créancier ou d'un tiers agréé par celui-ci ; le tout, sous l'approbation du tribunal, en cas de désaccord.

On pourrait décider, de même que, si un débiteur avait promis de fournir une sûreté réelle et ne pouvait y réussir, il pourrait être admis à la remplacer par un

cautionnement avec l'autorisation du tribunal, en cas de désaccord.

La loi a soin de se référer à l'article précédent, c'est-à-dire au cas où le débiteur *a promis* de fournir caution: autrement, c'est au créancier à voir, au moment où il contracte, s'il lui convient de recevoir une sûreté réelle et laquelle est suffisante.

Art. 17. L'aval est un cautionnement propre aux lettres de change, aux billets à ordre et aux autres effets de commerce négociables par endossement.

Ce qui est à remarquer, c'est que le *donneur d'aval* est tenu solidairement avec les débiteurs principaux.

Le Code de Commerce s'explique sur cette garantie particulière.

La garantie due par les commissionnaires est l'objet d'un pareil renvoi; mais il est bon cependant d'en donner ici une idée sommaire.

Déjà, sous l'article 229, à l'occasion du Mandat, on a indiqué le caractère distinctif de la commission commerciale, et l'on a dit que le commissionnaire agit en une double qualité: dans ses rapports avec son commettant ou mandant, il est un mandataire ordinaire; s'il vend ou achète, prête ou emprunte, il doit communiquer au commettant tous les droits et avantages de l'opération, comme aussi il se décharge sur lui des conséquences onéreuses de l'acte; mais dans les actes de vente ou d'achat, de prêt ou d'emprunt, qu'il a passés avec les tiers, en exécution de son mandat, il a agi en son propre nom, comme pour son compte et sans nommer son mandant ou commettant; en conséquence, c'est lui qui a l'action ou qui la subit, à raison desdits actes, sauf les comptes respectifs entre lui et le commettant, comme il est dit ci-dessus.

Ce n'est pas ici le lieu de développer les raisons pratiques qui ont fait adopter cette manière de

procéder en matière commerciale ; disons seulement que, bien qu'elle paraisse plus compliquée que le mandat civil, elle a le grand avantage de favoriser la conclusion d'affaires nombreuses et importantes auxquelles le mandat ordinaire ne se prêterait pas.

Lorsqu'une personne est commissionnaire par profession et avantageusement connue dans une ville de commerce, soit pour certaines denrées ou marchandises, soit pour toutes sortes de denrées, elle inspire confiance aux autres négociants qui traitent avec elle, pour acheter ou vendre ; tandis que ces mêmes négociants ne traiteraient pas avec le mandant ou commettant qu'ils ne connaissent pas et qui souvent même demeure dans un autre lieu.

SECTION II.

DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT.

§ 1^{er}—DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE LA CAUTION ET LE CRÉANCIER.

Art. 18. Cet article, rapproché de l'article 4 qui contient la définition du cautionnement, achève de déterminer ce que cet engagement a de conditionnel et il lève tout doute au sujet de la nécessité d'une sommation à faire au débiteur, préalablement aux poursuites contre la caution.

Il est naturel, en effet, que le créancier, avant de poursuivre la caution, lui fournisse une preuve suffisante que la dette n'est pas déjà payée par le débiteur.

Sans doute, une sommation n'est pas une preuve complète qu'il n'y a pas eu payement, car le créancier

peut la faire de mauvaise foi, ou, s'il est héritier, il peut ignorer que le payement a été fait à son auteur ; mais cette sommation aura donné lieu à une réponse du débiteur et si celle-ci contient ou une demande de délai, ou une allégation que l'échéance n'est pas arrivée, ou même une contestation de l'existence ou de la validité de la dette, c'est une preuve suffisante que la dette n'est pas payée.

Si le débiteur avait payé après la sommation, il ne manquerait pas d'en informer la caution : autrement, il serait responsable envers elle du trouble causé par les poursuites, si d'ailleurs le créancier était hors d'état de l'indemniser lui-même de ses poursuites mal fondées.

La loi dispense le créancier de faire cette sommation dans trois cas où elle serait évidemment inutile : la disparition du débiteur, sa faillite déclarée, son insolvabilité notoire.

La disparition du débiteur n'est pas nécessairement une fraude à l'égard de son créancier : elle peut être l'effet de quelque accident ; il suffit qu'il soit évident que la sommation n'atteindra pas le débiteur, pour qu'il n'y ait pas lieu d'exposer le créancier à une dépense et à un retard inutiles.

La faillite déclarée est une preuve légale que le débiteur ne peut payer.

L'insolvabilité, si elle n'a pas été déclarée en justice, à l'occasion d'une procédure, doit être notoire, c'est-à-dire indiscutable.

Art. 19. Si l'on suivait ici la raison pure, c'est-à-dire la logique rigoureuse, on pousserait plus loin le caractère conditionnel de l'obligation de la caution, et l'on exigerait que le créancier, avant de la poursuivre, épuisât toutes les voies de rigueur contre le débiteur lui-même, prît jugement contre lui, saisît ses biens, les fit vendre et s'en fit attribuer le prix con-

curremment avec les autres créanciers, enfin, qu'il ne recourût contre la caution qu'au cas d'insuffisance des biens du débiteur. Mais ce serait trop affaiblir la force et la simplicité de la garantie que le créancier a cherchée dans le cautionnement

Notre article présente pourtant la discussion préalable des biens du débiteur comme un droit, puisque la caution peut "l'exiger;" mais il annonce de suite qu'elle est soumise à des "restrictions et conditions," lesquelles sont l'objet des articles suivants.

Art. 20.—Le droit ou bénéfice de discussion est *de la nature* de cautionnement, puisqu'il appartient à la caution sans avoir été stipulé, mais il n'est pas *de son essence*, il n'en est pas inséparable; la caution peut donc y renoncer; sans doute, le créancier exigera souvent cette renonciation, il en voudra faire une condition du contrat principal; mais la caution, avertie, par cela seul de la rigueur qu'il veut lui imposer, aura pu refuser de s'y soumettre.

La renonciation au bénéfice de discussion n'a pas besoin d'être expresse: elle peut être tacite, pourvu qu'elle soit certaine; tel serait le cas où la caution aurait promis de "payer à première demande ou à présentation du titre ou de la quittance."

Une autre manière pour la caution de se priver du bénéfice de discussion est de "s'engager solidairement avec le débiteur principal;" dans ce cas, de même qu'un débiteur solidaire ne peut, à l'échéance, refuser le paiement immédiat et intégral, lors même que son codébiteur serait solvable pour sa part (v. art. 54), de même la caution solidaire devra payer la totalité immédiatement; sans préjudice, bien entendu, des délais de grâce et du fractionnement de la dette pouvant être accordés par le tribunal, conformément au droit commun.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que la caution solidaire

soit, à tous autres égards, un codébiteur solidaire : elle est toujours une caution, et comme telle, elle ne peut s'obliger sous des conditions plus dures que le débiteur principal ; de même, lorsqu'elle a payé, elle a recours pour le tout contre le débiteur principal, tandis qu'un codébiteur solidaire supporte toujours une part dans la dette.

Enfin, la loi ne veut pas que la caution laisse le créancier s'engager dans des poursuites contre elle, pour se voir ensuite arrêté dans cette procédure et obligé d'en commencer une autre contre le débiteur. Le texte ne dit pas cependant que le bénéfice de discussion doive être proposé par la caution sur les premières poursuites dirigées contre elle : ce serait refuser à la caution le droit de contester tout d'abord sa qualité de caution, ce qui est inadmissible ; ce qu'il ne faut pas, c'est que la caution puisse commencer par contester la dette principale au fond, puis, que, se voyant vaincue sur ce terrain, elle puisse renvoyer le créancier à poursuivre le débiteur principal.

Mais la caution pourra contester d'abord sa qualité de caution : par exemple, nier son consentement, en alléguer un vice, soutenir qu'elle était incapable ; puis, voyant ces moyens de défense rejetés, elle demandera au créancier de poursuivre le débiteur principal avant d'exiger d'elle le paiement. Il serait impossible, en effet, d'astreindre la caution à opposer tout d'abord le bénéfice de discussion, car ce serait, de sa part, une reconnaissance implicite de sa qualité de caution et, en cas d'insolvabilité du débiteur, le créancier pourrait lui dénier le droit de contester sa qualité de caution.

Art. 21. C'est ici que se trouvent les restrictions et conditions imposées à l'exercice du bénéfice de discussion.

L'idée dominante est que si la discussion des biens

du débiteur doit prendre un temps trop considérable, donner lieu à une procédure compliquée ou n'avoir pas de chances de succès, elle ne doit pas retarder la poursuite du créancier contre la caution.

La loi ne veut pas que la caution demande la discussion de biens trop éloignés du lieu où le paiement doit être fait : le ressort de la cour d'appel est une limite raisonnable ; elle rappelle d'ailleurs l'élection de domicile que doit faire la caution (v. art. 15).

Les immeubles litigieux ne peuvent être proposés à la discussion, parce que le résultat en serait trop incertain, de même, pour les immeubles hypothéqués au créancier mais qui ont été aliénés ; ici le motif est autre : sans doute, cette aliénation ne détruit pas la sûreté réelle résultant de l'hypothèque, car l'hypothèque donne un droit de suite contre le tiers détenteur qui, en principe, devra payer la dette ou se laisser exproprier (v. art. 248) ; mais ce ne sera que sur une procédure fort lente et compliquée, car ce tiers détenteur, s'il n'est pas en même temps obligé personnellement à la dette, pourrait opposer lui-même au créancier poursuivant un bénéfice de discussion analogue et même préférable à celui de la caution (v. art. 271). C'est donc ici pour éviter des pertes de temps et des frais que les immeubles aliénés sont exclus de la discussion.

Voici encore deux points sur lesquels la loi est sévère pour la caution.

1° Des immeubles du débiteur, remplissant d'ailleurs les trois conditions exigées plus haut, sont hypothéqués à d'autres qu'au créancier poursuivant et de façon à avoir la préférence sur lui, soit qu'il n'ait pas lui-même d'hypothèque, soit qu'il n'en ait qu'une postérieure en date et, par conséquent, inférieure en rang à celle des autres créanciers. Sans doute, dans ces deux cas, il n'est pas impossible qu'après la discussion et la vente forcée des immeubles hypothéqués, il reste des sommes

libres qui pourraient être attribuées au créancier poursuivant ; mais cette éventualité n'est pas assez probable pour motiver un sursis aux poursuites contre la caution.

2° Le débiteur a des biens mobiliers de diverses natures qui pourraient suffire à payer ses dettes ; mais il est si facile à la caution de se faire illusion sur l'importance de ces biens et si facile aussi au débiteur de les détourner et de rendre vaine la poursuite du créancier que la loi n'autorise pas la caution, au moins en général, à renvoyer le créancier à discuter les meubles du débiteur.

La discussion des valeurs mobilières sera cependant possible s'il s'agit d'objets remis en gage au créancier. La loi est même rédigée d'une façon assez large (elle vise des "sûretés réelles") pour que le créancier puisse être obligé de discuter des meubles sur lesquels il aurait un droit de rétention ou un privilège légal ; par exemple, un bailleur à loyer ou à ferme qui aurait une caution pour les loyers ou fermages pourrait être tenu, avant de poursuivre celle-ci, de faire vendre les récoltes du fonds ou les meubles garnissant les lieux, lesquels sont affectés par la loi à sa garantie.

Art. 22. Dans le cas prévu par cet article, le créancier doit imputer à sa négligence la perte qu'il éprouve ; la caution n'en doit pas souffrir et il est naturel et juste qu'elle soit déchargée de tout ce dont elle aurait pu l'être si la discussion avait été faite en temps utile.

La disposition du présent article, reposant sur la faute ou la négligence du créancier, cesserait donc d'être applicable, s'il survenait au créancier un empêchement majeur d'agir, tant par lui-même que par représentant ; mais alors il devrait en informer la caution, afin qu'elle prenne elle-même des mesures qui la préservent des conséquences de l'insolvabilité du débiteur (v. art. 34) :

autrement, le créancier se trouverait dans le cas de négligence.

Art. 23. Lorsqu'il y a plusieurs cautions d'une même detteleur obligation n'est ni solidaire ni intégrale, pas plus qu'elle ne l'est en principe entre les codébiteurs eux-mêmes ; la division aura donc lieu de plein droit et sans qu'il soit nécessaire que la caution poursuivie la demande formellement ; ainsi, le tribunal, s'il a une connaissance certaine et suffisante de l'existence de plusieurs cautions, pourra, dans la condamnation, observer d'office la division : ce n'est pas "statuer sur choses non demandées," ce qui lui est défendu, c'est appliquer la loi, comme il le ferait à l'égard d'un débiteur principal simplement conjoint que le créancier poursuivrait indûment comme solidaire.

La division se trouvant faite par têtes, par la seule force de la loi, est immédiate et dès l'engagement même des cautions ; si donc, il s'en trouve déjà d'insolvables, le créancier doit s'imputer de les avoir acceptées : c'était à lui, bien plutôt qu'aux autres cautions, de vérifier leur solvabilité. A plus forte raison, le créancier supporte-t-il les insolvabilités survenues postérieurement.

Rappelons seulement, à ce sujet, la disposition de l'article 15, 2^o alinéa, d'après laquelle le débiteur, dans un cas particulier, est tenu de remplacer par une autre caution celle qui est devenue insolvable.

Voyons maintenant les exceptions à la division de plein droit par portions vililes. Il y en a trois :

1^o Les cofidėjusseurs peuvent être convenus, tant entre eux-mêmes qu'avec le créancier, que leur responsabilité sera inégale : ce qui importe surtout au créancier c'est que la somme des parts forme la totalité de la dette.

2^o Ils peuvent s'être engagés solidairement, soit entre eux, soit avec le débiteur principal : il est naturel que,

dans ce cas, la division n'ait pas plus lieu de plein droit.

La seule objection qu'on pourrait faire ici, c'est que chaque caution solidaire se trouvera tenue plus sévèrement que chacun des débiteurs principaux, lorsqu'il y en aura plusieurs simplement conjoints, non solidaires eux-mêmes, ce qui paraît contraire à l'article 6. Mais il faut remarquer qu'il ne faut pas comparer la *personne* de chaque caution à celle de chaque débiteur, mais la dette même de la caution à la dette cautionnée ; or, la dette cautionnée dans ses diverses parties a le même montant que celle de chaque caution ; chaque caution est considérée comme ayant pris à sa charge toutes les obligations réunies des codébiteurs non solidaires ; elle doit plus que chacun pris individuellement, mais non plus que tous réunis.

3° Les cofidéljusseurs ont renoncé à la division autrement que par un engagement solidaire : ce ne peut guère être que par une renonciation expresse, ou bien en se soumettant à l'indivisibilité volontaire (v. art. 88).

On n'a pas à exprimer, comme exception, le cas où l'obligation principale serait indivisible et où, par conséquent, les cautions seraient elles-mêmes tenues indivisiblement : on n'excepte pas d'une règle ce qui par sa nature n'y est pas soumis.

Le 2° alinéa de notre article lève les doutes qui auraient pu exister sur le point de savoir si la division de plein droit est modifiée par l'accession de nouvelles cautions, ou même si elle commence avec cette accession, lorsqu'à l'origine il n'y en avait qu'une seule. La solution est affirmative : c'est un avantage nouveau sur lequel la caution n'avait peut-être pas compté, mais que personne n'a un intérêt légitime à lui contester.

Ainsi, il y avait deux cofidéljusseurs à l'origine : la part de chacun était d'une moitié de la dette ; une troisième caution s'engage plus tard : la part de chacune n'est plus que d'un tiers. Ainsi encore, il n'y avait

qu'une caution à l'origine : elle était tenue pour le tout ; une seconde caution intervient : chacune ne peut être poursuivie que pour une moitié.

Nous ferons une dernière observation sur toute cette matière : il ne faudrait pas croire que la division de plein droit, pas plus, du reste, que la division par voie d'exception, enlève au créancier tout avantage à avoir plusieurs cautions : sans doute, si les cautions étaient toutes et certainement solvables et s'il n'y avait aucun lieu de craindre qu'elles cessassent de l'être, il vaudrait mieux n'en avoir qu'une seule à poursuivre que d'avoir à exercer autant de poursuites qu'on aurait reçu de cautions ; mais lorsqu'on n'est pas sûr de la solvabilité d'une ou plusieurs, il vaut mieux en avoir un plus grand nombre, parce que les fractions de la dette qu'on s'expose à ne pouvoir faire payer seront d'autant plus petites que les cautions plus nombreuses.

Au surplus, le créancier qui veut mettre toutes les chances de son côté stipulera la solidarité entre les cautions, conformément à ce qui est dit ci-dessus.

Art. 24. Cet article devait figurer ici, parce qu'il indique un rapport de la caution avec le créancier ; mais comme ce rapport tend à assurer les droits de la caution contre le débiteur, c'est à l'occasion de ces droits et sous l'article 29 qu'il sera expliqué.

C'est une des particularités de cette matière du cautionnement que la caution joue un double rôle, au sujet de la garantie : vis-à-vis du créancier, elle est *garant* du débiteur, en ce sens qu'elle doit payer pour lui ; mais elle est, à son tour, *garantie* par le débiteur, en ce sens qu'il doit la préserver des poursuites, autant que cela est possible, et la rendre indemne de tout ce qu'elle a payé ou souffert de préjudice à raison de son cautionnement.

Ce droit de la caution, de demander la garantie au

débiteur, doit l'autoriser à faire mettre celui-ci en cause avec elle, lorsqu'elle est poursuivie par le créancier.

Elle obtiendra ainsi un double avantage :

1° Si le débiteur a des moyens plus ou moins efficaces de combattre les prétentions du créancier, la caution en profitera ;

2° Si la demande doit triompher, la caution obtiendra que le même jugement qui la condamnera, comme telle, à payer le créancier, condamne aussi le débiteur à lui rembourser à elle-même le capital, les intérêts, les frais et tous autres dommages-intérêts, s'il y a lieu (v. art. 29).

Pour que la caution arrive à ce résultat, il faut qu'elle puisse retarder l'instance commencée contre elle, afin d'avoir le temps d'appeler son garant en cause. C'est par la voie d'une exception dilatoire qu'elle obtiendra un sursis suffisant ; le délai qui lui sera accordé sera double : il dépendra de l'éloignement du domicile de la caution (demanderesse en garantie), au domicile du débiteur assigné, et du domicile de celui-ci au tribunal déjà saisi.

Le texte renvoie pour plus de détails au Code de Procédure civile (1).

Il nous dit aussi que la caution peut invoquer cette exception, " soit qu'elle ait ou non usé du bénéfice de discussion, et soit qu'elle jouisse ou non du bénéfice de division ;" lors donc que le créancier, n'ayant été qu'incomplètement désintéressé par la discussion, re-

(1) Le Code de Procédure civile ne donne pas, en général, à l'exception de garantie le caractère dilatoire mais il ne doit être considéré que comme statuant, en cela, sur la garantie d'éviction : en matière de cautionnement, de solidarité et d'indivisibilité, le présent Code donne formellement à l'exception un caractère dilatoire (v. art. 56, ci-après et 449 du Livre des *Biens*).

viendra contre la caution, celle-ci demandera à appeler le débiteur en cause ; de même, s'il y a plusieurs cautions, la poursuite sera divisée ; mais cela n'empêchera pas que l'exception dilatoire de garantie soit utile et recevable.

L'exception de garantie doit être, comme l'exception de discussion, présentée au commencement du procès, avant toute défense au fond ; et quand la caution jouit de deux exceptions à la fois, c'est évidemment celle de discussion par laquelle elle commencera, comme pouvant la mettre à l'abri de toute poursuite ultérieure.

Le droit de la caution à la garantie, soit par voie d'exception ou d'incident, soit par voie d'action principale, était déjà annoncé aux articles 398 et 399, au sujet de la garantie en général ; il fallait pourtant le mentionner ici, parce que, quant au moyen de l'exercer, il appartient aux rapports de la caution avec le créancier, mais c'est au sujet des rapports de la caution avec le débiteur qu'il sera précisé dans ses effets (v. art. 29).

Au surplus, ce que nous venons d'en dire permettra d'abrégier l'explication dudit article 29.

Art. 25. L'obligation née du cautionnement n'étant qu'accessoire et subsidiaire à l'obligation principale, il est naturel que la caution puisse opposer au créancier les moyens de défense qui appartiennent au débiteur principale ; et, en même temps que c'est un droit pour la caution, c'est aussi un devoir pour elle, un devoir dont l'inobservation pourrait lui nuire gravement dans son recours contre le débiteur, ainsi qu'on le verra au § suivant (v. art. 32).

Si maintenant on se reporte aux autres exceptions, à celles qui affectent plus directement la dette, on reconnaîtra qu'elles peuvent être tirées, soit de vices originaires du contrat principal, lesquels ont empêché sa formation, soit de faits postérieurs qui ont éteint

l'obligation formée.

A la première classe appartiennent les défauts ou vices de l'objet ou de la cause et, exceptionnellement, le défaut d'observation des formes solennelles requises ; à la seconde appartiennent les modes légaux ordinaires d'extinction de l'obligation, tels que le paiement, la novation, la remise, la résolution, etc.

Si la dette était subordonnée à une condition suspensive qui ne fût pas encore accomplie, la caution se prévaudrait de cette exception, comme tirée du défaut de formation de l'obligation.

Si la dette n'était pas encore échue, la caution pourrait également se refuser au paiement immédiat, car si le terme ne retarde pas la formation de l'obligation, il en retarde au moins l'exécution forcée.

A l'égard des moyens de nullité résultant de l'incapacité du débiteur ou des vices de son consentement, la loi ne permet à la caution de les opposer que si elle les a ignorés au moment de son engagement : autrement, elle serait considérée comme ayant voulu garantir civilement une obligation naturelle du débiteur, ce qui est permis par l'article 9.

Quant au terme de grâce qui aurait été accordé au débiteur par le tribunal, ou par le créancier, il n'a pas semblé nécessaire d'exprimer au texte que la caution a le droit de l'invoquer car si on le lui refusait, elle pourrait recourir de suite en remboursement contre le débiteur et celui-ci se trouverait privé du bénéfice du terme de grâce, par le fait du créancier qui pourtant doit le respecter.

Si l'on prétendait que la caution doit payer nonobstant le terme de grâce accordé au débiteur et attendre qu'il soit expiré pour se faire rembourser, on violerait un principe fondamental de la matière, celui d'après lequel la caution ne peut être tenue plus durement que le débiteur.

Bien que les exceptions ici reconnues appartiennent à la caution lui viennent du débiteur principal, il n'en faut pas conclure qu'il soit permis à celui-ci de les restreindre ou d'y renoncer au préjudice de la caution ; sans doute, en droit, il en souffrirait le premier et ce serait déjà un remède à l'abus ; mais, en fait, il pourrait être d'autant plus porté à être généraux envers le créancier qu'il serait moins solvable et que sa générosité atteindrait plutôt la caution que lui-même.

La raison décisive, c'est que les moyens de défense une fois acquis au débiteur le sont aussi à sa caution et ne peuvent être enlevés à celle-ci ; elle est d'ailleurs, à cet égard, comme créancière éventuelle du remboursement, un ayant-cause particulier et elle n'est pas exposée, comme les autres créanciers, ayant-cause généraux, à souffrir des actes du débiteur.

Remarquons, en terminant, que la loi n'a pas eu besoin de dire que la caution peut aussi, et même tout d'abord, opposer les exceptions qui lui appartiendraient personnellement, telles que les vices de son consentement ou son incapacité : cela allait de soi.

Bien entendu, le débiteur ne pourrait opposer au créancier les exceptions personnelles à la caution.

Art. 26. C'est une théorie toujours d'une application délicate que celle de l'autorité de la chose jugée, quand l'affaire sur laquelle le jugement est intervenu, intéresse plusieurs personnes.

Sans doute, il y a un principe dominant d'après lequel "la chose jugée ne peut ni nuire ni profiter à ceux qui n'ont pas été parties dans l'instance." Le principe est proclamé et appliqué au Livre des Preuves, comme présomption légale (art. 78 et s.).

Mais il faut reconnaître qu'une personne peut être représentée en justice par une autre, ce qui étend l'autorité de la chose jugée activement et passivement.

Quand la représentation a lieu en vertu d'un mandat conventionnel, soit général, soit spécial, son effet sur l'autorité de la chose jugée est assez facile à déterminer, d'après les règles générales du contrat de mandat : mais lorsque cette représentation est un effet légal du lien existant entre les divers intéressés, il peut s'élever de sérieuses difficultés sur son étendue, à moins que la loi ne s'en explique. C'est ce que fait ici le texte.

Il est certain que le débiteur représente la caution dans les jugements rendus sur l'obligation principale ; s'il triomphe, la caution est déchargée ; s'il succombe, la caution est tenue ; en supposant, bien entendu, dans ce dernier cas, qu'il n'y a pas eu dol concerté contre elle avec le créancier, autrement elle ferait tomber le jugement, en ce qui la concerne, par la révision (v. art. 341, 2^o al.).

Mais la caution représente-t-elle de même le débiteur principal ? On ne pourrait le soutenir : elle est autorisée à payer la dette reconnue, non à la reconnaître, soit expressément, soit tacitement en se laissant condamner. D'un autre côté, il n'y a pas besoin qu'elle soit autorisée à prendre les intérêts du débiteur ; si donc elle a pu faire juger mal fondée la prétention du créancier, non sur le cautionnement seul, mais sur la dette même, on ne voit pas de raison de refuser de voir là un acte de gestion d'affaires pour le débiteur, permettant à celui-ci d'invoquer le jugement contre le créancier. C'est ce que déclare notre article.

Ce n'est pas d'ailleurs la première disposition de ce genre que nous offre le Code : déjà, en matière d'usufruit, on a vu que le jugement intervenu entre un tiers et l'usufruitier ne peut nuire au nu-propiétaire, mais peut lui profiter et, de même, que le jugement concernant le nu-propiétaire peut profiter à l'usufruitier mais non lui nuire (v. Liv. des *Biens*, art. 98).

Remarquons que la loi ne fait pas ici la distinction,

pourtant fréquente, entre la caution-mandataire et la caution-gérant d'affaires : le mandat donné à la caution est de payer, s'il y a lieu, mais non de plaider ; c'est pourquoi, à l'article 32, elle sera déclarée responsable d'avoir plaidé sans avoir appelé le débiteur en cause.

La loi a soin de dire, en terminant, que les divers chefs du jugement intervenu en faveur de la caution ne peuvent être divisés, lorsqu'ils sont connexes entre eux. Par exemple, un chef du jugement aurait annulé l'obligation principale pour incapacité du débiteur, mais un autre chef aurait reconnu que celui-ci était tenu dans une certaine mesure comme enrichi par la convention : le débiteur ne pourrait se prévaloir du premier chef sans se soumettre au second ; même solution si le jugement avait reconnu que la convention principale était entachée d'un vice de consentement du débiteur, mais aurait reconnu aussi qu'il y a eu une confirmation ou ratification postérieure réparant ce vice.

Art. 27. Cet article applique les principes qui précèdent à l'interruption de la prescription et à la mise en demeure. Ce sont deux faits défavorables au débiteur, puisqu'ils conservent les droits du créancier.

S'ils sont intervenus directement contre le débiteur, ils nuisent à la caution, parce qu'elle est représentée par lui. Mais s'ils sont intervenus contre la caution, ils sont sans effet contre le débiteur, à moins que la caution ne se soit engagée sur son mandat, non si elle s'est engagée spontanément, comme gérant d'affaires.

La solution est la même, si la caution s'est engagée solidairement avec le débiteur : il y a alors un mandat mutuel, comme dans toute solidarité (v. Chap. suiv.).

Si les faits interruptifs de la prescription ou constituant la mise en demeure étaient contestés et qu'il fût intervenu un jugement à ce sujet, l'article précédent

recevrait son application.

Le présent article ne mentionne pas, à la suite de l'interruption de prescription, le cas où le créancier jouirait d'une suspension de prescription, soit relativement au débiteur principal, soit relativement à la caution: par exemple, il serait le conjoint de l'un ou de l'autre.

Les solutions sont faciles :

Si la prescription est suspendue contre le débiteur principal, la caution en subira les conséquences: les poursuites seront possibles contre elle comme contre le débiteur, car la caution est garant de la dette, tant qu'elle existe.

Si la suspension a lieu contre la caution, celle-ci ne sera pas privée du bénéfice de la prescription que peut invoquer le débiteur et elle pourra même l'invoquer du chef de celui-ci parce qu'elle ne peut être tenue plus durement ni plus longtemps que le débiteur. Il n'y aurait même pas à distinguer, comme pour l'interruption, si, dans ce cas, la caution a été présentée par le débiteur et s'est engagée sur son mandat, ou spontanément, parce que ce serait, de la part du débiteur, renoncer d'avance au bénéfice de la prescription, ce qui lui est défendu (v. art. 100).

Au contraire, si la caution s'était engagée solidairement avec le débiteur, on appliquerait les règles de la solidarité exposées plus loin (v. art. 61).

Art. 28. Cet article est exactement semblable au précédent pour la théorie: les faits seuls sont différents.

L'aveu ou la reconnaissance de la dette sont des preuves dont il sera parlé au Livre des *Preuves*.

§ II.—DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT
ENTRE LA CAUTION ET LE DÉBITEUR.

Art. 29. Cette disposition se trouve déjà expliquée, par avance, à l'occasion de l'article 24.

En effet, ce droit de la caution, d'appeler le débiteur principal en cause, est double, puisqu'elle a elle-même la double qualité de *garant* et de *garanti* : son droit existe contre le créancier à l'effet de suspendre la poursuite ; il existe contre le débiteur, à l'effet de le faire venir en cause et de le faire condamner subsidiairement envers elle au remboursement et aux indemnités prévues à l'article suivant.

Il est, tout à la fois, prudent et avantageux à la caution de ne pas s'engager seule dans le procès avec le créancier : prudent, parce qu'elle peut ne pas connaître tous les moyens de défense qui pourraient être utilement opposés au créancier, et si elle succombait, le débiteur pourrait lui reprocher de ne pas l'avoir appelé à son aide, ainsi qu'il sera dit plus loin (art. 32) ; avantageux, car, lors même qu'elle aurait un recours pleinement fondé contre le débiteur, il est plus court, plus économique et plus sûr de faire immédiatement condamner celui-ci au remboursement que d'intenter contre lui une action principale en garantie.

Au surplus, que le recours de la caution s'exerce par voie de demande incidente ou par action principale, ses chefs d'indemnité sont les mêmes.

Mais ce qui est important à noter, avec le dernier alinéa de notre article, c'est que ce droit d'appeler le débiteur en cause n'appartient à la caution que si elle s'est engagée en vertu d'un mandat du débiteur, et non si elle a agi seulement comme gérant d'affaires. Dans ce dernier cas, le débiteur ne peut être actionné par la caution qu'après qu'elle a payé, comme on le va voir à l'article suivant.

Art. 30. On trouve ici, comme fondement du droit de la caution à la garantie ou indemnité, les deux principales causes d'obligations : la convention et l'enrichissement indû ; leur application dépend de la cause elle-même du cautionnement.

C'est ici surtout qu'il importe de distinguer s'il a eu lieu en vertu d'un mandat du débiteur ou seulement du quasi-contrat de gestion d'affaires, soit à l'insu du débiteur, soit même malgré lui. Cette triple cause du cautionnement a été annoncée au début de la matière (art. 11).

Il faut voir maintenant la différence des effets d'après la différence des causes, en notant d'ailleurs une condition commune à tous les cas de recours de la caution, c'est qu'il faut qu'elle "ait fait un sacrifice personnel" pour procurer la libération au débiteur : autrement, si elle avait seulement obtenu la remise gratuite de la dette, elle n'aurait droit à aucune indemnité, n'ayant éprouvé aucun dommage.

I. Lorsque la caution a reçu du débiteur le mandat d'intervenir pour lui, c'est évidemment en vertu de la convention qu'elle doit être indemnisée.

Par application de ce principe, nous dirons que, lors même que la dette cautionnée aurait été entachée d'un vice qui permettait de ne pas la payer, ou lors même qu'elle aurait été déjà éteinte, la caution qui l'aurait acquittée, ayant d'ailleurs averti le débiteur des poursuites, serait en droit de réclamer le remboursement de ce qu'elle aurait payé en son nom ; c'est le débiteur qui, à ses risques et périls, répéterait le paiement indû contre le créancier.

C'est pour que le recours s'applique au paiement d'une dette nulle ou déjà éteinte que le texte ajoute au cas où la caution "a libéré le débiteur" (ce qui suppose qu'il devait réellement) celui où elle "a payé en son nom," ce qui comprend même le cas où il ne devait pas.

Les frais dont il s'agit sont les frais de justice et même les frais extrajudiciaires, comme ceux de change des monnaies ou de change de places, ceux de transport d'argent, de voyage, etc.

Les intérêts des avances et déboursés sont encore une suite de l'application des règles du mandat.

Enfin, la caution peut réclamer tous autres dommages-intérêts justifiés : par exemple, pour troubles dans ses affaires personnelles, temps perdu en procès ou démarches, vente de ses meubles ou immeubles au-dessous de leur valeur normale, afin d'obtenir des fonds en temps utile, ou même vente forcée dans des conditions défavorables.

A cet égard, la caution est mieux traitée qu'un créancier ordinaire de somme d'argent, lequel ne peut, en général obtenir d'autres indemnités que l'intérêt normal de l'argent (intérêt conventionnel ou légal) ; mais l'article 391, qui a posé ce principe, a réservé " les cas exceptés par la loi " et nous sommes en présence d'un de ces cas.

La loi ajoute que dans ce cas de mandat, la caution a son recours avant d'avoir payé, par cela seul qu'elle a subi condamnation : en effet, elle éprouve déjà un préjudice de l'exécution de son mandat et elle doit en être indemnisée.

II. Le cas où la caution s'est engagée spontanément et comme gérant d'affaires du débiteur, à son insu et, par conséquent, sans opposition de sa part, est déjà beaucoup moins favorable.

En l'absence de convention, ce n'est pas sur la perte qu'elle a éprouvée que se mesurera son indemnité, mais sur l'utilité qu'elle a procurée au débiteur ; en effet, si elle éprouve des dommages du cautionnement au-delà du service rendu, c'est par sa volonté ou sa maladresse : le débiteur n'en peut être responsable ; tel est, par exemple, le cas où la caution a payé une dette annulable

ou déjà éteinte. Mais si le débiteur se trouve enrichi par le fait que la caution a payé pour lui une dette vériditable et exigible, il est juste qu'il restitue cet enrichissement.

La caution ne doit obtenir les intérêts de ses déboursés que si le paiement qu'elle a fait a arrêté pour le débiteur lui-même les intérêts de sa dette, ce qui suppose que la dette en était productive; or, s'il s'agissait d'une dette ne portant pas intérêts, la caution ne pourrait alléguer avoir procuré, de ce chef, au débiteur une utilité ou un enrichissement.

C'est au moment où le débiteur a été libéré que s'apprécie son enrichissement: le texte a soin de l'exprimer, pour faire opposition au troisième cas ci-après; si donc le débiteur a acquis contre son créancier, depuis le paiement fait par la caution, des causes de compensation qui l'auraient libéré de sa dette, au cas où elle aurait encore existé, il n'en est pas moins tenu de rembourser la caution; seulement, dans l'application de la loi, il faudra encore que la caution n'ait pas eu le tort de laisser ignorer au débiteur que sa dette était éteinte; car, autrement, celui-ci pourrait soutenir que, s'il en avait eu connaissance, il n'aurait pas contracté de nouveau avec son créancier: il est désormais exposé au risque de l'insolvabilité de celui-ci, tandis que la compensation l'en eût préservé (comp. art. 33).

III. Supposons enfin, avec le 3^e alinéa de notre article, que la caution s'est obligée malgré le débiteur. Cette circonstance n'est pas exclusive de l'idée de gestion d'affaires: on peut rendre un bon office à quelqu'un malgré lui et, de même qu'on peut payer la dette d'autrui malgré le débiteur, de même on peut la cautionner malgré lui. Ce n'est d'ailleurs qu'après le paiement que la question de recours s'élèvera ici et alors interviendront les solutions déjà données par les articles 452 et 453 du Livre des *Biens*, au sujet du

payement fait par un tiers et justifiées sous ces articles.

Signalons ici, avec le texte, la seule différence importante entre ce troisième cas et le précédent : ce n'est plus au moment où le payement a été effectué qu'on apprécie le montant de l'enrichissement du débiteur comme base du recours de la caution, c'est au moment où elle exerce ce recours ; si donc dans l'intervalle il est survenu entre le débiteur et le créancier quelque convention ou autre acte qui eût diminué l'obligation, par voie de compensation ou autrement, au cas où elle eût encore existé, le recours de la caution est diminué d'autant. Bien entendu, nous nous plaçons dans l'hypothèse où il n'y aurait pas eu fraude de la part du débiteur.

Voici, pour terminer, une dernière différence entre les deux cas de gestion d'affaires et celui de mandat : ce n'est que dans le cas de mandat que la caution peut demander une indemnité avant d'avoir payé et par le seul fait qu'elle "a subi condamnation en cette qualité." Déjà, l'article 29 nous a dit que ce n'est également qu'au cas de mandat que la caution peut appeler le débiteur en garantie incidente. Les deux idées sont corrélatives : tant que le débiteur ne tire aucun avantage de la gestion d'affaires, il ne peut être actionné par le gérant ; or, ni la poursuite exercée contre la caution, ni la condamnation prononcée contre elle, n'ont libéré le débiteur ; au contraire, lorsque le débiteur a donné mandat à la caution, celle-ci peut se retourner contre lui dès qu'elle éprouve un dommage ou un simple trouble par suite du mandat ; or, la condamnation et même la simple poursuite constituent ce dommage ou ce trouble.

Art. 31. Si la loi fait ici l'application formelle d'un principe général du mandat, c'est pour exprimer que la solidarité des mandants n'a lieu qu'autant qu'ils sont

déjà tenus entre eux, chacun pour toute la dette, par l'effet de la solidarité ou de l'indivisibilité : autrement, et s'il ne s'agissait que de débiteurs simplement conjoints, il n'y aurait pas entre eux la communauté d'intérêts qui est la condition nécessaire de la solidarité entre les co-mandants (v. art. 249 du Livre de l'acquisition des *Biens*).

Cet article ne concerne que l'action exercée par la caution de son propre chef ; lorsqu'elle agit en vertu de la subrogation aux droits du créancier, le cas est réglé par l'article 37.

Art. 32. Cet article n'est que l'application particulière d'un principe général de la garantie posé par l'article 400 du Livre des *Biens*.

Si la caution, actionnée pour le payement, n'a pas appelé le débiteur en cause, et si d'ailleurs elle n'a pas connu ni fait utilement valoir les moyens de défense qui appartenaient à celui-ci, elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même de la perte du procès, et le débiteur n'en doit pas souffrir. On a vu, en effet, qu'elle n'a pas mandat de plaider pour le débiteur.

La loi fait une distinction nécessaire entre les moyens *péremptoires* de défense du débiteur, c'est-à-dire qui pouvaient faire rejeter la demande au fond, soit pour le tout, soit pour partie, comme un payement, et les moyens simplement *dilatatoires* ou qui pouvaient seulement faire retarder l'exécution, comme l'existence d'un terme : dans ce dernier cas, la caution ne subirait qu'un simple ajournement de sa poursuite ou du recouvrement de ce qui lui serait dû.

Art. 33. La loi suppose maintenant que la caution, toujours sans avoir appelé le débiteur en cause, a cependant valablement payé, parce que celui-ci n'avait pas de moyens de défense péremptoires à opposer au

créancier, peut-être même n'y a-t-il pas eu procès, l'obligation étant indiscutable. Là encore, elle peut être déchue de son recours ; c'est lorsqu'elle n'a pas averti le débiteur du paiement par elle effectué et, lorsqu'ayant tardé à exercer son recours, elle a laissé au débiteur le temps d'effectuer un nouveau paiement ; ici encore, c'est par sa faute qu'elle est déchue de son recours.

La loi donne la même décision pour le cas où le débiteur a obtenu sa libération autrement que par un second paiement : par exemple, par novation, par compensation ; mais il faut toujours que ç'ait été par un moyen onéreux ; au contraire, si le débiteur avait, plus tard, obtenu du créancier une remise gratuite de la dette (et celui-ci aurait pu la faire de bonne foi, s'il était héritier du créancier originaire), le débiteur ne pourrait équitablement se refuser à rembourser la caution : la remise a été nulle, au fond, puisqu'il n'y avait plus de dette à éteindre et le débiteur qui lutte ici pour un gain est moins intéressant que la caution qui lutte pour éviter un perte.

D'ailleurs, le créancier, s'il avait réellement l'intention de gratifier le débiteur de la valeur de la créance, peut toujours le faire, aussitôt qu'il reconnaît qu'il en a déjà reçu le montant des mains de la caution et que le débiteur en doit le remboursement.

Il fallait prévoir le cas inverse de l'hypothèse précitée celui où le débiteur aurait payé la dette sans en prévenir la caution et où celle-ci aurait payé une seconde fois. Il ne fallait pas donner absolument la même solution : le débiteur est plus naturellement appelé à payer sa dette que la caution ; c'est donc plutôt à celle-ci de s'informer, avant de payer, si le débiteur doit encore, que ce n'est au débiteur à s'enquérir si la caution n'a pas déjà payé.

Toutefois, et pour laisser place à l'examen, par les tribunaux, des responsabilités respectives, la loi déclare

ici que la question sera résolue "suivant les cas," c'est-à-dire d'après les circonstances du fait.

Remarquons seulement qu'ici, on est nécessairement hors le cas de l'hypothèse d'un procès contre la caution ; autrement, elle aurait dû appeler le débiteur en cause, et sa déchéance serait, d'après l'article 32, fondée sur ce que le débiteur avait un moyen péremptoire de défense.

Il va de soi, mais le texte l'exprime, que dans aucun cas, le créancier, même de bonne foi (ce qui sera rare ici), ne doit profiter de l'erreur qui a donné lieu à un double paiement et qu'il devra rendre ce qu'il a indûment reçu ; d'où il suit que les déchéances édictées par le présent article et par le précédent n'ont d'intérêt sérieux qu'au cas d'insolvabilité du créancier.

Art. 34. La loi doit encore protéger la caution contre les risques de perte qu'elle n'a pu prévoir ou contre des incertitudes auxquelles elle n'est pas présumée avoir entendu se soumettre.

Comme l'indique non seulement la place de cet article mais encore son texte, c'est seulement à l'égard du débiteur que cette protection est accordée à la caution, ce n'est pas à l'égard du créancier : près de celui-ci, son engagement doit être tenu dans sa forme et teneur et à tout événement.

Les trois cas où la caution peut agir en garantie contre le débiteur avant d'avoir payé et d'être poursuivie demandent quelques explications.

1^{er} Cas. Le débiteur est tombé en faillite ou devenu insolvable : il est évident que la caution sera nécessairement forcée de payer à l'échéance et qu'alors elle sera exposée à n'être pas remboursée ; il est donc naturel qu'elle puisse se faire comprendre dans les opérations de la liquidation, comme créancier conditionnel.

Cependant, dans le même cas de faillite ou d'insolvabilité du débiteur, le créancier pourrait prétendre

également se faire inscrire dans la liquidation, pour y être colloqué en proportion du montant de sa créance. Alors, comme il n'est pas admissible que la même créance figure deux fois dans la même liquidation, la caution s'abstiendra, si le créancier se présente : elle n'en souffrira pas, puisque ce qui sera alloué au créancier sur les biens du débiteur tournera à la décharge commune. C'est pourquoi le texte a soin d'exclure le cas où le créancier se présente à la liquidation.

II^e Cas. La dette est échue et le créancier ne poursuit ni le débiteur ni la caution : ce n'est pas une raison pour que celle-ci reste indéfiniment sous le coup d'une obligation dont l'exécution pourra lui être plus onéreuse ou plus difficile avec le temps. Sans doute, la dette étant échue, la caution pourrait en faire le paiement, même malgré le créancier ; mais il peut ne pas lui convenir de faire une avance, et cependant elle ne doit pas rester dans une incertitude nuisible à ses intérêts.

III^e Cas. Ici, la dette n'a plus d'échéance fixe ; on ne peut même lui assigner un *maximum* d'éloignement ; sa durée est indéterminée : il ne faut cependant pas que la caution soit soumise elle-même à une responsabilité indéfinie.

L'exemple le plus saillant est celui où la caution a cautionné le service d'une rente perpétuelle : comme le remboursement du capital n'est jamais exigible et dépend uniquement de la volonté du débiteur (v. Liv. de l'Acq. des *Biens*, art. 192), on peut dire que la durée de la dette est non seulement *indéterminée*, mais en quelque sorte *indéfinie*. Il en serait de même du cautionnement d'une rente viagère : la durée de la dette n'est guère moins indéterminée, et quoique la vie humaine ait de limites nécessaire, on n'en peut déterminer le *maximum*.

On peut encore citer le cas du cautionnement d'un comptable : comme le débiteur peut être comptable

toute sa vie, il y a là une durée indéterminée de l'obligation principale.

Dans ces divers cas, la caution peut demander l'indemnité après dix ans, non de son engagement, qui peut être assez récent, mais de l'engagement du débiteur.

Il en serait autrement si le cautionnement garantissait la gestion du tuteur d'un mineur, parce qu'alors la dette principale aurait une durée *maximum* connue : la majorité du pupille. Au contraire, la tutelle d'un fou serait considérée comme une obligation à durée indéterminée, puisque la guérison est toujours incertaine et que la vie humaine est elle-même indéterminée dans sa durée.

Dans le même ordre d'idées, nous considérons comme soumis à notre article le cautionnement d'un usufruit, toujours parce que la limite de l'obligation principale, étant la vie humaine, est indéterminée ; si l'on objecte que l'usufruit peut finir autrement que par la mort, notamment par la perte de la chose, nous répondons que cet événement est aussi indéterminé que la mort, quant à l'époque de son arrivée, et incertain en lui-même.

Nous rappelons, en terminant, que ce droit de demander une indemnité avant d'avoir payé n'appartient à la caution que lorsqu'elle s'est engagée en vertu d'un mandat du débiteur. Cette condition est exprimée par le texte. En effet, la caution qui n'est que gérant d'affaires n'a de droit et d'action contre le débiteur que dans la mesure du service qu'elle lui a rendu ou du profit qu'elle lui a procuré ; or, ici, la caution n'a encore aucun de ces titres à une action en indemnité.

Art. 35. Tout à l'heure la loi tendait à protéger la caution contre le débiteur. Ici c'est l'inverse. Mais il ne faut pas s'étonner, dans une matière où les intérêts sont multiples et éventuels, de voir la loi prendre,

tour à tour, des mesures de précaution en faveur de chaque partie intéressée contre l'autre.

Dans le cas de l'article 30, 1^{er} alinéa, la caution-mandataire avait été poursuivie et sans avoir encore payé, elle avait été condamnée à le faire : son droit à l'indemnité était évident ; dans les cas de l'article précédent, l'indemnité est donnée d'avance contre des poursuites plus ou moins à craindre ; mais pourtant le débiteur ne cesse pas d'être exposé lui-même aux poursuites du créancier ; il ne faudrait donc pas qu'il se compromît, en fournissant à la caution des valeurs que peut-être elle n'emploierait pas à éteindre la dette principale : elle pourrait devenir insolvable et les sommes qu'elle aurait reçues avec une destination particulière pourraient être saisies par ses créanciers, sans que le débiteur cessât d'être tenu de sa dette.

La loi autorise donc celui-ci à consigner les sommes ou valeurs qu'il doit fournir à la caution, et, dans la consignation, leur destination sera indiquée, de façon à ce qu'elles ne puissent en être détournées : le créancier seul pourra les retirer.

La loi admet d'autres mesures possibles de sécurité, sans les déterminer : par exemple, la caution donnerait elle-même une sûreté réelle ou personnelle contre le risque dont il s'agit ; ou bien le créancier interviendrait et déclarerait accepter la délégation de ladite indemnité, en déchargeant d'autant le débiteur.

Art. 36. Ici, il ne s'agit plus d'une action propre à la caution, d'une action qu'elle exerce de son chef, à raison du service rendu au débiteur ou du dommage par elle éprouvé : elle exerce les droits et actions qu'avait le créancier par elle désintéressé ; c'est le premier des cas de subrogation légale, (Liv. des *Biens*, art. 482). Celui qui était tenu d'une obligation " avec d'autres ou pour d'autres," ayant acquitté la dette, a ainsi

libéré ceux-ci : il mérite toute la protection possible de la loi pour le recouvrement de ce qu'il a déboursé ; or, c'est quelquefois pour la caution un grand avantage que de pouvoir exercer les actions du créancier. Il faut, pour cela, supposer que le créancier avait lui-même quelque autre sûreté que le cautionnement, ou quelque avantage que n'a pas la caution avec son action personnelle. Par exemple, le créancier avait un gage ou une hypothèque, ou il avait plusieurs cautions : la caution qui a payé ne pourrait, de son propre chef, poursuivre les autres cautions ou exercer le droit de gage ou d'hypothèque ; mais elle le pourra du chef du créancier auquel elle est subrogée. Elle pourrait même exercer, du chef du créancier, le droit de résolution du contrat pour inexécution : si ce n'est pas là une sûreté proprement dite, c'est un avantage particulier du créancier, qui est transmissible par voie de subrogation comme par voie de cession (v. Liv. des *Biens*, art. 486).

L'exercice par la caution des droits et actions du créancier n'exclut pas celui des droits et actions qu'elle a de son propre chef : les deux sortes d'actions sont "indépendantes," comme dit notre article : la caution peut les cumuler autant qu'elle y a avantage. Ainsi, il est possible que la créance principale, bien qu'hypothécaire, ne porte pas d'intérêts : la subrogation ne donnerait pas à la caution le droit d'en exiger ; mais elle en obtiendra de son propre chef, au moins quand elle sera mandataire, en vertu des principes du mandat. Ainsi encore, la créance principale, portait des intérêts conventionnels supérieurs au taux légal, mais elle n'avait pas d'hypothèque ; d'un autre côté, la caution est la femme du débiteur : comme telle, elle a l'avantage que toutes ses créances contre son mari emportent hypothèque légale générale (v. art. 204-1^o) : elle a donc intérêt à cumuler les deux qualités de subrogée au créancier et

de caution.

Le texte n'accorde la subrogation à la caution que lorsqu'elle "a payé la dette;" il ne peut y ajouter, comme l'article 30-1^o, le cas où "elle a subi condamnation en cette qualité;" il faut nécessairement qu'elle ait "désintéressé le créancier," sans quoi, celui-ci ayant encore ses droits et actions, la caution ne pourrait y être subrogée: elle ne peut les acquérir qu'au moment où ils vont cesser d'appartenir au créancier; ils lui sont alors transmis par le bienfait de la loi.

Du reste, il n'est pas nécessaire pour que la caution soit subrogée qu'elle ait payé toute la dette: la subrogation peut être partielle comme le payement (art. 486, du Livre des *Biens*).

Le texte nous dit encore que la subrogation n'est acquise à la caution que sous les restrictions auxquelles est soumise son action personnelle, d'après les articles 32, 1^{er} al. et 33, 1^{er} al. Ainsi, si la caution actionnée a négligé d'appeler le débiteur en cause, lorsqu'il avait des moyens péremptoires de repousser l'action principale, elle ne pourra user utilement de la subrogation; car si les droits du créancier sont contestables, ils ne le seraient pas moins étant invoqués par la caution. Ainsi encore, si la caution a valablement payé la dette, mais a négligé d'en informer le débiteur, de sorte que celui-ci a payé une seconde fois, la subrogation a bien été acquise d'abord à la caution; mais, dès que le débiteur a fait le second payement, quoiqu'indûment, elle a perdu, par sa faute, le droit d'exercer l'ancienne action du créancier.

On a vu, à l'article 30, que le recours propre de la caution est plus ou moins favorable, suivant qu'elle est mandataire du débiteur ou qu'elle est seulement gérant d'affaires et, dans ce second cas, suivant que le débiteur a ignoré ou défendu la gestion.

Ces distinctions et sous-distinctions ne sont pas à

faire ici : du moment que la caution “ a désintéressé le créancier, ” elle a acquis les droits de celui-ci ; peu importe quels ont été ses sentiments ou son mobile : ce n'est plus le service qu'elle a rendu au débiteur qui est la mesure et le fondement de son recours, mais le service rendu au créancier même dont elle acquiert les actions ; aussi le texte reconnaît-il le bénéfice de la subrogation à “ toute caution. ”

Bien entendu, dans aucun cas, la caution n'obtiendra par la subrogation plus qu'elle n'a effectivement déboursé pour désintéresser le créancier : c'est un principe général de la subrogation (v. Liv. des *Biens*, art. 484) déjà appliqué à la caution (art. 508) ; c'est en même temps, une grande différence avec la véritable cession de créance, laquelle peut être une source de profit légitime pour le cessionnaire.

C'est une sérieuse difficulté, même législative, que celle du conflit de subrogation entre la caution et le tiers détenteur de biens hypothéqués à la dette : tous deux peuvent prétendre à la subrogation, comme étant tenus *pour d'autres*, et cependant ils ne peuvent être subrogés respectivement, l'un contre l'autre, ce serait un circuit d'actions récursoires sans issue.

La question s'est déjà présentée à l'article 482 du Livre des *Biens*, et elle y a été résolue en faveur de la caution, sous une condition toutefois qui obligeait à renvoyer au présent article et qui va se trouver expliquée ici.

D'abord, il n'est pas douteux qu'on doive donner la préférence à la caution sur le tiers détenteur, dans le cas où le tiers détenteur est un acheteur qui, au lieu de dégrever l'immeuble, avec les formalités de la purge, en payant son prix d'acquisition au créancier hypothécaire (ce qui eût libéré d'autant la caution), l'a payé directement au débiteur (son vendeur) ; alors il est naturel que la caution lui reproche sa négligence et repousse

son action, lorsqu'il aura ensuite désintéressé le créancier hypothécaire.

Mais cette solution est loin de résoudre toutes les difficultés. On peut supposer que le tiers détenteur a purgé, mais a dû faire pour cela une avance de fonds qu'il ne devait pas.

Cela se présentera dans trois cas principaux :

1° C'est un acheteur qui, ayant acheté à un prix avantageux, a offert aux créanciers plus que son prix d'achat pour éviter la saisie hypothécaire de son immeuble ;

2° C'est un co-échangiste qui, ayant déjà donné un bien équivalent en contre-échange et ne devant pas de prix, ni même de soulte, a dû faire une avance de fonds pour purger ;

3° Enfin, c'est un donataire qui, ne devant rien en retour de l'immeuble reçu, n'a pu purger qu'en offrant une somme égale à sa valeur.

Cependant, même dans ces cas, on a dû maintenir la préférence en faveur de la caution.

D'abord le donataire a paru toujours moins intéressant que la caution, puisqu'il lutte "pour faire un gain, tandis que celle-ci lutte pour éviter une perte."

De même, l'acheteur qui a acheté à bas prix ferait un profit analogue et aussi peu légitime, quoique moindre, au préjudice de la caution. Quant au co-échangiste, on peut lui reprocher de participer à un acte qui tendrait à remplacer dans le patrimoine du débiteur un bien hypothéqué par un bien non hypothéqué, c'est-à-dire à enlever à la caution sa garantie, sans lui en donner une autre.

On a encore remarqué la singularité de certains résultats du système proposé. Si, par exemple, la caution avait payé la dette au créancier avant l'aliénation, elle aurait certainement été subrogée contre le tiers détenteur qui aurait acquis l'immeuble depuis le paye-

ment ; c'eût été à elle alors que les offres de purge auraient été faites : elle n'eût pas accepté des offres insuffisantes, et, en cas d'acceptation, elle eût certainement conservé les sommes reçues, sans recours du tiers détenteur, puisque c'eût été de lui qu'elle les aurait tenues. Il serait donc bizarre que, pour avoir payé plus tard, elle fût sacrifiée au tiers détenteur, qu'on ne lui fît pas d'offres, que la purge se fit sans elle, à des conditions peut-être désavantageuses pour le créancier négligent ou complaisant, et qu'elle fût exposée à un recours qu'elle n'avait pu éviter.

Il y avait dans cette dernière objection les éléments d'une solution nouvelle et satisfaisante.

Il fallait trouver un moyen d'obliger le tiers détenteur à comprendre la caution dans les offres à fin de purge ; pour cela, il était nécessaire que sa qualité et son droit éventuel fussent révélés au tiers détenteur par le registre des hypothèques.

Un instant, on a pensé qu'elle avait le droit de stipuler du débiteur, au moment où elle s'engageait comme caution, une hypothèque conditionnelle, au second rang, en vue du cas où elle payerait la dette : l'inscription d'une telle hypothèque, incontestablement permise, aurait obligé le tiers détenteur à lui faire des offres à fin de purge, comme au créancier principal (v. art. 262-3°).

Mais on a encore objecté, non sans raison, que c'était là un moyen dont, en fait, la caution n'userait pas : elle ne pourrait guère témoigner une telle défiance au débiteur, au moment même où elle lui rendrait un bon office.

C'est alors qu'on a considéré que, ce droit d'hypothèque conditionnelle, la caution le tenait de la loi elle-même, par suite de la subrogation légale éventuelle : elle n'avait donc pas à la demander au débiteur.

Restait à la publier, en vue d'une aliénation possible et avant que celle-ci eût lieu ; car on verra ultérieurement que les hypothèques ne sont opposables aux

tiers acquéreurs, ne donnent *le droit de suite*, que si elles sont inscrites avant l'aliénation (v. art. 248.).

Un premier moyen serait que la caution prît une inscription spéciale de son droit éventuel d'hypothèque fondé, tout à la fois, sur la convention d'hypothèque faite avec le créancier et sur la disposition de la loi qui la subroge éventuellement. Mais, il pourrait lui être difficile de connaître exactement les clauses de la constitution d'hypothèque où elle n'a pas été partie ; or, cette connaissance lui serait nécessaire pour prendre une inscription.

Il y a un moyen bien plus simple : le créancier a sans doute pris inscription pour lui-même ; dès lors, il suffit que la caution fasse mentionner à la suite ou en marge de ladite inscription, son hypothèque conditionnelle ou son droit éventuel à la subrogation : il suffira pour cela qu'elle fasse mentionner sa qualité de caution de la même dette ou d'une partie de la dette, et la date de son engagement, en y ajoutant, pour plus de précision, sans que ce soit nécessaire, que ladite mention est faite en vue de la subrogation légale.

Il fallait prévoir aussi le cas où le créancier aurait négligé de prendre inscription pour lui-même ; alors, il y a pour la caution une situation encore bien meilleure : elle a, par le seul fait de la négligence du créancier, droit de lui demander sa décharge du cautionnement (v. art. 45).

A cette occasion, on a dû examiner aussi s'il fallait subordonner ces droits de la caution à la condition que son engagement eût accompagné ou suivi la constitution de hypothèque en faveur du créancier, de sorte qu'on pût dire qu'elle avait compté sur la subrogation à cette hypothèque. Cette condition n'a pas été jugée nécessaire et le bénéfice de la subrogation est reconnu en faveur de " toute caution."

En effet, lors même que la constitution de l'hypo-

thèque a suivi l'engagement de la caution, c'est un bénéfice, un droit éventuel qui lui a été acquis, même quand elle n'y aurait pas compté ; dès lors, ce bénéfice ne peut lui être enlevé sans son consentement.

Art. 37. On se retrouve ici en présence du cas prévu par l'article 31, où il y a plusieurs débiteurs solidaires cautionnés ; mais la disposition de cet article ne fait pas double emploi avec le premier : dans le cas de l'article 31, pour que la caution ait action pour le tout contre chacun des débiteurs, il faut qu'elle soit mandataire de tous : il y a alors solidarité légale entre les co-mandants, d'après l'article 249 du Livre de l'Acquisition des *Biens*. Mais si la caution est intervenue spontanément et comme gérant d'affaires, elle n'a, de son chef, contre chaque débiteur, qu'une action *d i v i s é e*, d'après l'intérêt de chacun et dans la mesure du service à lui rendu ; ici, lors même qu'il n'y a pas mandat, la caution, agissant comme subrogée aux droits du créancier, peut, comme lui et en son lieu et place, exercer une action solidaire contre chaque débiteur.

On aurait pu croire qu'il fallait distinguer si la caution est intervenue nommément pour tous les débiteurs solidaires, ou seulement pour un ou quelques-uns d'entre eux. Il est clair que contre ceux pour lesquels elle est intervenue nommément, elle exerce le droit du créancier dans son intégralité ; mais contre les autres, on aurait pu prétendre que, n'étant pas tenue *p o u r e u x*, elle ne jouirait pas de la subrogation légale et qu'elle n'aurait qu'une action propre qui ne lui permettrait de se faire rembourser par chacun que le montant de sa part réelle dans la dette.

Mais cette opinion a paru devoir être rejetée ; il faut s'attacher uniquement aux principes de la matière : si la caution est subrogée aux droits du créancier, c'est à tous ces droits et dans l'étendue où il les avait ; or, le

créancier avait action contre chacun des débiteurs pour le tout : la caution doit avoir le même droit contre chacun d'eux.

Si l'on objecte qu'elle n'était pas tenue pour tous, mais seulement pour ceux qu'elle avait cautionnés, et que c'est contre ceux-là seulement qu'elle doit être subrogée, nous répondons que les droits du subrogé ne s'exercent pas seulement contre ceux pour lesquels elle est intervenue ; mais encore contre tous ceux que le créancier pouvait poursuivre ; ainsi, la caution n'est pas tenue pour le tiers détenteur, et cependant elle peut le poursuivre, sous la distinction portée à l'article 483 du Livre des *Biens* et rappelée à l'article précédent.

D'ailleurs, ce n'est pas seulement à ceux qui sont tenus pour d'autres que la subrogation légale est accordée, mais aussi à ceux qui sont tenus avec d'autres ; or, dans le cas qui nous occupe, la caution qui n'a garanti qu'un seul des débiteurs solidaires n'en est pas moins tenue avec tous les autres ; il est donc naturel qu'elle ait recours contre tous, de même qu'elle recourrait contre un tiers détenteur : ici, ce sont les droits du créancier qu'elle exerce et non plus les siens propres.

§ III.—DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT ENTRE

LES CO-FIDÉJUSSEURS.

Art. 38. Il n'est pas rare qu'il y ait plusieurs cautions d'un même débiteur ; déjà l'article 23 l'a supposé, et il déclare que les poursuites doivent être divisées par le créancier entre les cautions, par portions viriles ; la division a même lieu de plein droit, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit formellement demandée par la caution poursuivie.

Mais cette disposition ne met pas un obstacle absolu à ce que l'une des cautions ait payé la totalité de la dette, ou une partie de la dette supérieure à sa portion virile. Plusieurs cas peuvent s'en présenter, dont trois sont prévus par ledit article 23.

Le 1^r cas est celui où il aurait été fixé des parts inégales, le 2^o est celui où les cautions ou co-fidéjussieurs se sont engagés solidairement, soit entre elles, soit avec le débiteur ; le 3^o est celui où elles ont autrement renoncé à la division, soit purement et simplement, soit en s'engageant indivisiblement.

Nous supposerons ici un 4^o cas qui n'est pas d'ailleurs une exception à la division de plein droit, c'est celui où une caution, poursuivie ou non, a payé toute la dette, sans se prévaloir du bénéfice de division. C'est par allusion à ce cas que notre article suppose qu'une caution a payé toute la dette, "volontairement ou non ;" c'est alors seulement que le paiement est volontaire.

Dans tous ces cas, il est naturel que celle des cautions qui a payé toute la dette ait un recours contre les autres : dans les trois premiers cas, parce qu'il ne doit pas dépendre du créancier de faire tomber la charge du cautionnement sur l'une des cautions ; dans le quatrième, parce que la caution est présumée n'avoir consenti à faire pour les autres qu'une simple avance et non un sacrifice définitif.

La loi nous indique ici l'objet de ce recours, les actions par lesquelles il s'exerce et ses limites ou conditions.

L'objet du recours est la part de chaque caution, ce qu'il faut entendre ici, naturellement, d'une part virile, car les parts réelles des codébiteurs en général ne diffèrent des parts viriles que par l'inégalité d'intérêts dans la dette commune ; or, les co-fidéjussieurs n'ont pas d'intérêts personnel dans la dette. Cependant, si les cautions s'étaient engagées pour des parts inégales,

le recours ne s'effectuerait contre chacune que dans la mesure de la part à elle afférente.

Les voies de ce recours, les actions par lesquelles il s'exerce, sont de deux sortes ; l'action de gestion d'affaires (ici il n'est pas question de mandat) et l'action du créancier transmise par subrogation.

Sans doute, la caution qui a payé préférera user de l'action du créancier ; mais si cette action était sur le point de s'éteindre par la prescription, au moment du paiement fait au créancier (il y a de très-courtes prescriptions), ce paiement ne l'interromprait pas, et pour peu que la caution, ignorant la date de l'échéance, tardât à exercer son recours, elle serait déchue de l'action du créancier ; c'est alors qu'il serait utile à la caution d'exercer l'action de gestion d'affaires qui ne se prescrit qu'à partir du jour où le recours est né par le paiement et dont la prescription est de trente ans.

Nous avons dit, incidemment, qu'il n'y avait pas lieu ici à l'action de mandat, tandis qu'elle est la plus fréquente pour le recours de la caution contre le débiteur principal ; c'est qu'en effet, les co-fidélus ne se donnent pas un mandat mutuel, même quand ils interviennent en même temps et pour un même débiteur ; le mandat suppose chez le mandant un intérêt à l'acte qu'il s'agit de faire ; or, le débiteur a bien intérêt à être cautionné et les co-fidélus lui rendent conjointement un bon office ; mais ils ne s'en rendent pas mutuellement, ils ne sont même gérants d'affaires les uns pour les autres que lorsqu'ils payent la dette commune, mais pas encore quand ils s'engagent.

Lorsque la caution qui a payé exerce l'action du créancier contre ses co-fidélus, on pourrait croire qu'en vertu de la subrogation, elle peut poursuivre solidairement chacun d'eux (en retenant, bien entendu, une part à sa charge), au moins quand il y avait solidarité ou indivisibilité entre eux, ou quand ils

avaient renoncé au bénéfice de division dans l'intérêt du créancier ; mais ce serait un inutile *circuit d'actions*, car la caution qui rembourserait ainsi la totalité, moins une part, recourrait, à son tour, contre une autre pour le tout, moins deux parts, et ainsi de suite ; autant vaut ne demander immédiatement à chacune que ce qu'elle doit supporter définitivement.

Le recours solidaire en vertu de la subrogation n'aurait pas d'ailleurs pour effet de préserver la caution qui l'exercerait des insolvabilités qui pourraient se rencontrer parmi les co-fidélus, car l'équité la plus évidente veut que s'il y a des insolubles parmi eux, la perte se répartisse entre tous, "y compris celui qui a payé la dette," comme le dit l'article 39, ci-après.

Le recours de la caution qui a payé, contre ses co-fidélus, est soumis par la loi aux "mêmes conditions, limites et distinctions que son recours contre le débiteur principal." C'est dire que si la caution poursuivie avait négligé des moyens de défense qui auraient pu faire rejeter la demande du créancier, elle ne pourrait se faire rembourser par les autres cautions (art. 32) ; de même, si, ayant payé, elle avait négligé d'en avertir ses co-fidélus, de sorte que ceux-ci ou l'un d'eux eussent payé une seconde fois (art. 33).

Art. 39. La première disposition de cet article est importante : s'il y a un certificateur de la caution insolvable, c'est sur lui et non sur les autres co-fidélus que retombera la perte résultant de l'insolvabilité ; c'est l'application du principe posé par l'article 7, 2^e alinéa, d'après lequel le certificateur remplit vis-à-vis de la caution le même rôle que celle-ci vis-à-vis du débiteur principal.

Remarquons, à ce sujet, que si le certificateur de caution était poursuivi par le créancier avant la caution elle-même (ce qui est permis), il pourrait renvoyer le

créancier à discuter non seulement les biens du débiteur principal, comme il est dit à l'article suivant, mais encore ceux de la caution elle-même qu'il certifie (v. art. 19 et s.).

De même, s'il y a plusieurs certificateurs d'une même caution, leur obligation se divise de plein droit entre eux par portions viriles (v. art. 23). Enfin, au point de vue du recours même qui nous occupe, si l'un de plusieurs certificateurs a payé seul toute la dette de la caution, il a recours contre les autres pour leur portion virile.

La 2^o disposition a été justifiée déjà sous l'article précédent.

Art. 40. La loi suppose que la première caution actionnée n'a pas opposé au créancier le bénéfice de discussion à l'égard des biens du débiteur principal, soit qu'elle l'ait négligé, soit qu'elle en ait été privée; dans ce cas, la discussion peut être demandée par le co-fidjusseur actionné par le recours organisé aux deux articles précédents; mais il devra lui-même en observer les règles et conditions: par exemple, indiquer des immeubles situés dans le ressort de la cour d'appel, et ne s'en prévaloir que s'il ne s'est pas lui-même privé de ce bénéfice par une renonciation ou autrement (v. art. 20 et 21).

La loi proclame le même droit pour le certificateur de caution, ce qui s'entend ici naturellement du cas où il est actionné en recours, en vertu de l'article précédent. Mais il aurait le même droit, s'il était actionné directement par le créancier, en cas d'insolvabilité de la caution qu'il garantit. Si la loi ne l'a pas exprimé à l'article 19 ou à la suite des articles 20 et 21, c'est que le certificateur de caution aurait dû alors figurer dans une foule d'autres dispositions, sous peine qu'on pût croire qu'il en était exclu, et le mentionner partout eût

été redondant.

Art. 41. Le droit pour une caution d'appeler ses co-fidéjusseurs en garantie n'est pas entravé par l'exercice du même droit contre le débiteur principal : puisés tous deux à la même source, ils ne s'excluent pas l'un l'autre.

Bien que cette disposition ne soit d'ailleurs qu'une application des principes de cette matière et, en remontant plus haut, du principe général de la garantie (v. Liv. des *Biens*, art. 399), ce n'est pas une raison pour l'omettre ici. Nous nous sommes plusieurs fois prononcé en faveur de l'application fréquente par la loi des principes qu'elle a posés elle-même. Les magistrats chargés d'appliquer la loi, les avocats et les parties qui l'invoquent, ceux qui l'enseignent et ceux qui l'étudient, sont bien plus frappés et éclairés par l'application légale et pratique d'un principe que par l'énoncé théorique du principe lui-même, dans une forme nécessairement abstraite

Art. 42. Cet article n'est, au sujet de l'effet relatif des preuves, que l'application des règles posées aux articles 26, 27 et 28, pour une situation analogue. Seulement, ici, nous n'avons pas à justifier la loi d'une apparente répétition : ces situations analogues, avec des différences, sont pleines de dangers de confusion.

Art. 43. Ici il n'y a également qu'un renvoi, mais à une matière non encore traitée. Comme ce sont des règles de la solidarité à appliquer au cautionnement, est naturel de les placer au Chapitre de la solidarité.



SECTION III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

Art. 44. On va trouver ici deux sortes d'extinction du cautionnement : l'extinction directe, c'est-à-dire celle qui résulte de faits atteignant le cautionnement même, sans influence sur la dette principale, et l'extinction indirecte, atteignant d'abord la dette principale et, par voie de conséquence nécessaire, l'obligation accessoire de la caution.

La loi commence par l'extinction directe. Elle nous dit que les modes ordinaires d'extinction des obligations s'appliquent au cautionnement.

Il faut remarquer cependant que le premier et le plus naturel des modes d'extinction, le paiement, ne peut s'appliquer au cautionnement sans s'appliquer en même temps à la dette principale ; on peut même dire que lorsque la caution paye, c'est la dette principale qu'elle éteint directement et non la sienne propre, laquelle ne s'éteint que par voie de conséquence.

Qu'est-ce en effet que le paiement ? C'est "l'exécution de l'obligation suivant sa forme et teneur" (art. 451 du Liv. des *Biens*,) ; or, si la caution accomplit la prestation que le débiteur a promise, c'est pour celui-ci qu'elle le fait, en son nom et assurément pour son compte.

Bien plus, si au lieu d'exécuter l'obligation telle qu'elle a été stipulée, la caution est admise par le créancier à faire une *dation* en paiement, c'est-à-dire à donner autre chose que ce qui est dû, c'est encore la dette principale qui est éteinte directement, quoique le débiteur n'ait pas participé à l'opération.

Au sujet de la novation, on a remarqué en son lieu qu'elle peut porter sur le cautionnement seul aussi bien que sur la dette principale : la caution peut faire novation de son engagement, par exemple, en présentant

une autre caution à sa place ; c'est ce qu'a prévu l'article 502 du Liv. des *Biens*.

Un autre mode d'extinction au contraire qui, de même que le payement, ne paraît pas pouvoir atteindre le cautionnement directement, mais seulement par voie de conséquence, c'est la perte de la chose due, ou, plus généralement, l'impossibilité d'exécuter (art. 439 et s.) : la caution devant fournir la même chose que le débiteur ou exécuter le même fait, si cette chose ou ce fait ne peuvent plus être fournis, le débiteur est libéré comme la caution et, en quelque sorte, avant elle.

Mais on pourrait cependant maintenir la séparation des deux effets : supposons que le fait promis par le débiteur et la caution soit de nature à ne pouvoir être exécuté que par eux, conjointement ou séparément, à cause d'une aptitude personnelle et exclusive, et que la caution soit devenue, par accident ou force majeure, incapable d'exécuter le fait : elle sera libérée, sans indemnité, et le débiteur ne le sera pas.

Il est plus difficile de donner un exemple analogue pour une dette de chose, car si la caution est dans l'impossibilité de la donner, sans doute le débiteur ne le pourra davantage.

Supposons cependant que l'obligation principale porte sur deux choses dues alternativement et que la caution n'ait garanti la prestation que de l'une d'elles : celle-ci venant à périr par cas fortuit, la caution est libérée, tandis que le débiteur doit encore l'autre chose.

La remise ou décharge conventionnelle du cautionnement a déjà été prévue à l'article 511 du Liv. des *Biens*, la compensation à l'article 521 et la confusion à l'article 538 : notre article se borne à renvoyer à ces articles.

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que ces dispositions eussent été mieux à leur place ici qu'aux articles précités : soit que le cautionnement s'écarte du droit commun, au sujet de ces modes d'extinction, soit qu'il

y reste conforme, contrairement à ce qu'on aurait pu attendre, c'est toujours à l'occasion de chacun des modes d'extinction qu'il convient que la loi s'en explique ; il n'est pas moins naturel de mentionner les particularités du cautionnement en traitant de la novation, de la remise de la dette, etc., que de mentionner les particularités de ces modes d'extinction en traitant du cautionnement.

Il reste trois modes d'extinction des obligations dont il faut noter l'application directe au cautionnement : la résolution expresse ou tacite, la rescision et la prescription.

Le cautionnement peut n'avoir été donné que sous une condition résolutoire expresse, tirée des conventions personnelles de la caution ; par exemple, elle a entendu être libérée si elle perdait son emploi actuel, sans en obtenir un autre égal ou supérieur : cet événement venant à se produire, le cautionnement s'éteindra, sans que la dette principale en soit atteinte. Il y aurait condition résolutoire tacite si la caution avait obtenu un engagement corrélatif du créancier, lequel n'aurait pas été tenu par celui-ci.

La rescision ou nullité suppose que la caution était incapable ou que son consentement a été vicié : il est clair qu'elle jouira de la même protection de la loi contre cette obligation accessoire que s'il s'agissait d'une obligation principale.

Reste la prescription. C'est un mode d'extinction qu'on a prétendu, ne pas pouvoir s'appliquer directement au cautionnement et ne pouvoir profiter à la caution que par voie de conséquence, c'est à-dire quand la prescription aurait éteint l'obligation principale.

Sans doute, on ne peut concevoir que le délai légal de la prescription soit plus court pour le cautionnement que pour la dette principale, car le prescription du cautionnement est toujours la même que celle de la

dette principale. Sans doute encore, l'interruption de la prescription, obtenue par des poursuites contre le débiteur ou par sa reconnaissance de la dette, aura le même effet contre la caution, de sorte qu'elle ne bénéficiera pas de l'inaction du créancier à son égard. De même encore, si le créancier est mineur, le délai de la prescription, suspendu contre le débiteur pendant la dernière année (v. Livre des *Preuves*, art. 131). est également suspendu contre la caution, car la minorité est une qualité *absolue*.

Mais prenons un autre cas de suspension de prescription, justement une suspension tirée d'une qualité du créancier non plus *absolue* mais *relative* : la prescription est suspendue entre époux pendant la dernière année (v. art. 134 du même Livre). Supposons que la dette principale soit de la femme envers le mari et que le cautionnement soit fourni par le père ou le frère de la femme ; trente ans se sont écoulés depuis que la dette était devenue exigible : le mari ou son héritier a conservé son droit contre la femme, ou contre l'héritier de celle-ci, pendant un an après la dissolution du mariage ; mais il a perdu son droit contre la caution, parce que la prescription n'est pas suspendue entre le mari et le père ou le frère de la femme.

Et qu'on ne dise pas que la prescription est une présomption légale de paiement, et que s'il y a paiement présumé de la part de la caution, le débiteur principal est lui-même libéré : la prescription fait présumer tout aussi bien une remise de la dette, et ici ce ne sera que la remise du cautionnement, puisque ce n'est qu'en faveur de la caution que court la prescription.

Il ne faudrait pas non plus soutenir que la suspension de prescription établie en faveur du créancier contre le débiteur a lieu aussi contre la caution, par analogie de l'interruption qui, faite par le créancier contre le débiteur, vaut de plein droit contre la caution : les deux

faits sont différents : dans le cas de poursuites contre le débiteur, la caution ne les ignore généralement pas ; le débiteur, en recevant la poursuite représente la caution et elle est ainsi préservée de frais particuliers ; mais dans le cas de suspension, il n'y a, de la part du créancier contre le débiteur, aucun acte dans lequel on puisse dire que la caution est représentée ; il n'y a que l'effet virtuel d'une qualité toute personnelle et relative du créancier vis-à-vis du débiteur, laquelle ne peut s'étendre à la caution.

Art. 45. Déjà, à l'occasion de la remise conventionnelle ou de la renonciation faite par le créancier à tout ou partie de ses sûretés, on a énoncé le droit de la caution de demander sa décharge à ce même créancier, à raison de ce qu'il a diminué pour elle les moyens d'être indemnisée par l'effet de la subrogation à ces droits (v. art. 12).

La caution n'est pas déchargée de plein droit : elle doit faire une demande en justice, car il peut y avoir contestation sur le fait de la négligence du créancier dans la conservation desdites sûretés.

On aurait pu douter que ce droit à la décharge appartînt, sinon à la caution solidaire (laquelle y est formellement appelée par l'article 512), au moins à la caution qui a renoncé au bénéfice de discussion ou à la caution engagée à l'insu du débiteur ou malgré lui : ces diverses situations de la caution rendent sa condition moins favorable, à certains égards ; mais elles doivent rester ici sans influence et la loi l'exprime en disant que le droit à cette décharge appartient à " toute caution," indistinctement, et à ses certificateurs."

Art. 46. La dette de la caution, étant accessoire d'une dette principale, s'éteint nécessairement avec celle-ci, par voie de conséquence ; il n'y a aucune ex-

ception à la règle et il ne peut y en avoir : autrement, il y aurait des cas où la caution serait tenue sans avoir de recours.

Un cas semblerait pourtant faire exception à la règle, mais ce n'est qu'une illusion.

Lorsqu'il intervient une novation entre le créancier et le débiteur et que le créancier y met comme condition l'accession à la nouvelle dette des cautions qui garantissaient la première, cette accession est possible, pourvu que les cautions y consentent spécialement (art. 501, 2^e al.) ; mais il est clair qu'il y a alors, en réalité, un nouveau cautionnement, comme il y a une dette nouvelle.

Il en serait autrement si, au lieu de cautionnement, il s'agissait de sûretés réelles que le créancier aurait réservées, même sur les biens de tiers détenteurs ; dans ce cas, les sûretés antérieures survivraient à l'ancienne créance et se rattacheraient identiquement à la nouvelle (art. 503).

Le 2^e alinéa de notre article se borne à un renvoi aux dispositions antérieures du Code où il a été traité de l'influence sur le cautionnement des principaux modes d'extinction de la dette principale.

Remarquons seulement, à ce sujet, que la dation en paiement faite par le débiteur libère la caution, moins comme paiement que comme novation (art. 461) ; d'où il suit que si le créancier est plus tard évincé de la chose reçue, il n'a pas de recours contre la caution.

SECTION IV.

RÈGLES PARTICULIÈRES AU CAUTIONNEMENT

LÉGAL ET AU CAUTIONNEMENT

JUDICIAIRE.

Art. 47. Les deux cas de cautionnement formant

l'objet de cette Section pourraient être appelés cautionnement *forcé*, par opposition au cautionnement ordinaire qu'on nomme *volontaire* ; mais on conserve ici les expressions consacrées par l'usage.

Il faut d'abord remarquer que la caution légale n'est pas une personne à laquelle, en vertu de sa qualité, la loi imposerait le rôle de caution d'une dette d'autrui ; dans le Code, on ne trouve aucun cas de caution légale dans ce sens : le tuteur n'est pas caution des dettes que contracte valablement son pupille, ni le mari des dettes de sa femme par lui autorisées.

La caution légale est, comme dit le texte de notre article, " celle que la loi oblige le débiteur à fournir ; " elle est légale par sa *cause* : au lieu d'être fournie sur la demande du créancier, avec le consentement libre du débiteur, elle est exigée de celui-ci, en vertu d'un texte de loi.

Quant à la caution elle-même, elle n'intervient que par un acte formel de sa volonté : elle fera toujours un contrat volontaire et libre avec le créancier et elle y sera déterminée par le mandat du débiteur auquel elle consentira à rendre ce bon office.

Il pourrait arriver aussi qu'une personne sachant qu'un débiteur doit fournir une caution d'après la loi, intervint spontanément en cette qualité, comme gérant d'affaires ; mais le dernier article nous dira qu'elle est encore, dans ce cas, traitée comme mandataire du débiteur, ce qui est une faveur spéciale.

Pour concevoir que la loi se substitue ainsi au créancier pour exiger qu'il lui soit fourni caution, il faut supposer qu'il s'agit de créances dont la naissance n'est pas le seul effet de la volonté du créancier : autrement, il serait naturel que la loi le laissât pourvoir lui-même à sa sécurité, sauf à lui à ne pas traiter s'il n'obtenait pas celle qu'il désire.

Les cas de caution légale jusqu'ici rencontrés dans

le Code ne sont pas nombreux, justement parce que les diverses obligations qui y sont prévues jusqu'ici sont presque toutes conventionnelles.

Nous ne pouvons guère citer comme cautions légales que celles à fournir : par l'usufruitier au nu-propiétaire (Liv. des *Biens*, art. 76 et s.), par le vendeur à l'acheteur menacé d'éviction et auquel il réclame le prix de vente (Liv. de l'*acquisition des Biens*, art. 77) et par le créancier qui surenchérit sur une offre à fin de purge (art. 265 du présent Livre).

L'article 3 nous a annoncé que les règles du cautionnement volontaire s'appliquent, en général, au cautionnement légal et au cautionnement judiciaire et que s'il y a quelques dispositions particulières relatives à ces deux sortes de cautionnement forcé, on les trouvera dans la présente Section.

Ces dispositions particulières sont peu nombreuses.

Le présent article commence même par énoncer formellement l'application aux cautionnements forcés de deux articles du cautionnement conventionnel, parce qu'on aurait pu en douter.

Le cautionnement à fournir en vertu d'une promesse spéciale, bien que volontaire dans son principe, est devenu *forcé* pour avoir été *promis*; aussi le débiteur est-il tenu de présenter une caution sérieuse et répondant aux intentions du créancier (v. art. 15 et 16): il est naturel que quand le cautionnement est ordonné par la loi ou par la justice, les mêmes garanties de solvabilité de la caution soient exigées.

Art. 48. La caution judiciaire est ordonnée par la justice pour assurer l'exécution de ses décisions; mais il ne faut pas admettre que celle-ci puisse souverainement ordonner de fournir caution chaque fois qu'elle le croira utile pour la garantie du créancier: il faut toujours qu'un texte de loi l'ait autorisée à prendre cette mesure.

Cependant, le cautionnement n'est pas pour cela *légal*, car la loi n'impose pas aux juges l'obligation d'ordonner qu'il soit fourni caution : c'est une " faculté " qui leur est attribuée par la loi.

Les cas de cautionnement judiciaire sont rares : le Code civil n'en contient qu'un cas, c'est le cautionnement de la réparation d'un dommage imminent (v. art. 202).

Art. 49. C'est une règle particulière à la caution judiciaire qu'elle ne jouisse pas du bénéfice de discussion. Cette rigueur, qui n'atteint pas la caution légale, tient à ce que, dans les cas où cette sécurité sera exigée, il y aura urgence à l'exécution ; or, rien n'est contraire à la célérité comme la discussion des biens du débiteur.

Les cautions judiciaires n'ont pas nécessairement un certificateur, mais si la caution présentée n'avait pas d'immeubles suffisants et se trouvant dans les conditions de lieu et autres exigées par la loi, il pourrait y être suppléé par un certificateur de caution, lequel aurait les immeubles voulus. Dans ce cas, il ne jouirait pas plus que la caution elle-même du bénéfice de discussion à l'égard du débiteur. Il n'en jouirait pas davantage à l'égard de la caution. Cette dernière prohibition résulte suffisamment de la généralité des termes de notre article.

Art. 50. Nous avons dit que la caution légale et la caution judiciaire pourraient intervenir spontanément en faveur du débiteur et sans mandat de lui, pourvu qu'elles remplissent les conditions prescrites pour cette sorte de cautionnement.

Mais la loi, pour encourager ceux qui voudraient remplir ce bon office envers le débiteur, veut qu'ils soient aussi bien traités au cas de gestion d'affaires qu'au cas de mandat, au moins pour leur recours en garantie ; en conséquence, les différences que présentent

les articles 29, 30, 31 et 34 en faveur de la caution intervenue par mandat, comparée à celle qui est intervenue spontanément, ne seront pas appliquées ici. Mais les dispositions qui ne sont pas relatives au recours restent soumises à la distinction entre le mandat et la gestion d'affaires (v. art. 27 et 82).

