

La question de savoir si le cautionnement est un acte à titre gratuit ou à titre onéreux, offre encore un autre intérêt, en ce qui concerne l'action paulienne. Voici dans quelles circonstances la difficulté s'est présentée devant la cour de cassation. Le cautionnement était consenti au profit d'un créancier pour arrêter les poursuites dirigées par lui contre son débiteur. Ce cautionnement a-t-il le caractère d'un acte à titre gratuit? La négative a été jugée par la cour de Poitiers et par la cour de cassation. De là l'arrêt attaqué concluait que l'action en nullité appartenant aux créanciers de la caution, en vertu de l'article 1167, était soumise aux conditions prescrites pour les actes à titre onéreux, c'est-à-dire que celui en faveur duquel le cautionnement avait été donné devait être complice de la fraude (1). La conséquence est certaine si l'on admet le principe, mais le principe nous laisse un doute. Peut-on dire que le cautionnement est à titre onéreux quand la caution a voulu arrêter les poursuites du créancier contre le débiteur? Si le créancier s'engage à arrêter les poursuites, il en résulte que la convention intervenue entre lui et la caution est bilatérale, mais un contrat bilatéral n'est pas nécessairement un acte à titre onéreux. Qui profite de cette convention? Ce n'est pas la caution, elle n'en retire aucun bénéfice; c'est le débiteur seul qui en profite; le cautionnement reste donc un service rendu au débiteur, et un service gratuit; partant, le contrat, dans l'espèce, était une libéralité, et l'on aurait dû appliquer le principe qui régit l'action paulienne, quand les créanciers attaquent une libéralité faite par leur débiteur, c'est-à-dire exiger la preuve de la fraude seulement de la part du débiteur.

126. Le cautionnement est, par sa nature, un contrat unilatéral. En effet, la caution seule est obligée envers le créancier; celui-ci ne contracte aucune obligation à l'égard de la caution; or, c'est entre le créancier et la caution que le contrat intervient; le débiteur y reste étranger. Il est vrai que la caution a une action contre le débiteur, mais ce n'est pas en vertu du cautionnement, c'est en vertu d'un

(1) Rejet, 13 mars 1854 (Dalloz 1854, 1, 248).

mandat ou d'une gestion d'affaires, comme nous le dirons plus loin.

Le principe est admis par tout le monde (1), mais les conséquences sont controversées. Si les parties dressent acte du cautionnement, l'écrit doit-il être rédigé dans les formes prescrites par l'article 1326? Nous avons répondu à la question, au titre des *Obligations*.

127. Le cautionnement devient un contrat bilatéral quand le créancier contracte une obligation à l'égard de la caution. C'est l'application du droit commun. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit au titre des *Obligations*. La conséquence, en ce qui concerne la preuve littérale, n'est pas douteuse : l'article 1325 est applicable à toutes les conventions synallagmatiques, qu'elles soient telles en vertu de la loi ou en vertu de la convention des parties intéressées; la loi, en matière de contrats, ne fait que prévoir ce que les parties veulent; donc les contrats tiennent toujours leur caractère de la volonté des parties contractantes.

§ II. Des conditions requises pour la validité du cautionnement.

NO 1. UNE OBLIGATION PRINCIPALE.

128. D'après la définition de l'article 2011, la caution s'oblige à satisfaire à l'obligation contractée par le débiteur, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Le cautionnement ne se conçoit donc pas sans une obligation principale à laquelle il accède; l'article 2012 le dit : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. » Donc, il faut avant tout une obligation. Si, dit Pothier, celui envers lequel je me suis obligé comme caution n'était pas créancier du débiteur dans l'intérêt duquel je me porte caution, je ne serais pas obligé, l'obligation accessoire ne pouvant pas exister sans une obligation principale.

(1) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. V, p. 59, note 5.

Toute obligation peut être cautionnée, quel qu'en soit l'objet. Les termes de l'article 2011 sont généraux, et l'article 2012 n'exige qu'une chose, c'est que l'obligation principale soit valable; peu importe donc qu'elle ait pour objet un fait ou une chose, et peu importe encore que l'obligation de donner porte sur une somme d'argent ou sur une chose mobilière ou immobilière. En principe, cela n'est pas douteux; la rédaction primitive du projet de code civil aurait cependant pu donner lieu à un léger doute. Elle était ainsi conçue : « Celui qui se rend caution d'une obligation s'oblige envers le créancier à lui *payer*, au défaut du débiteur, ce que celui-ci lui *doit*. » Lors de la communication faite au Tribunal, la section de législation proposa une nouvelle rédaction, celle qui a été définitivement adoptée; le projet semblait limiter le cautionnement au cas où le débiteur s'obligeait à *payer une somme d'argent*; tandis qu'il est de l'essence du cautionnement que toute espèce d'obligation puisse être garantie par la caution (1).

129. L'obligation de la caution peut elle-même être cautionnée; l'article 2035 le suppose, et en théorie, cela ne fait aucun doute. Dans le langage traditionnel, celui qui cautionne une caution s'appelle *certificateur de caution*. Le code de procédure a consacré cet usage (art. 135, § 5). Nous exposerons, dans le cours de notre travail, les principes qui régissent les certificateurs.

130. Peut-on cautionner une obligation future? L'affirmative est si évidente que l'on ne conçoit pas que la question ait été portée devant les tribunaux et jusque devant la cour de cassation. On peut se rendre caution, dit Pothier, non-seulement d'une obligation déjà contractée, mais aussi d'une obligation qui doit se contracter, quoiqu'elle ne le soit pas encore; et Pothier ne fait que répéter ce que disent les lois romaines. Le code n'a certes pas entendu déroger à ce principe; il ne parle pas des obligations futures au titre du *Cautionnement*, c'est dire qu'il s'en réfère aux règles établies au titre des *Obligations conventionnelles*; or, l'article 1130 porte que les choses futures peu-

(1) Observations du Tribunal, n° 1 (Loché, t. VII, p. 412).

vent être l'objet d'une obligation; donc le cautionnement peut avoir pour objet une dette future. La cour de cassation l'a jugé ainsi, en se bornant à citer l'article 1130 (1), et la jurisprudence est constante en ce sens (2).

131. L'application du principe soulève une difficulté. Quand l'obligation est future, le cautionnement est conditionnel; il n'existera que si la condition s'accomplit, c'est-à-dire si l'obligation prend naissance. Si l'obligation n'est pas formée, il ne peut être question de cautionnement, puisqu'il ne saurait y avoir d'obligation accessoire sans obligation principale. Cela est d'évidence. Mais on demande si la caution est liée avant que l'obligation existe, en ce sens qu'elle ne peut pas se dédire de son engagement? L'affirmative, à notre avis, est certaine. En effet, la caution qui accède à une obligation future s'oblige, sous condition, il est vrai, mais peu importe, on est lié par une obligation conditionnelle aussi bien que par une obligation pure et simple. Si la caution pouvait se dégager de l'obligation qu'elle a contractée de garantir une dette future, il ne serait pas exact de dire que le cautionnement d'une dette future est valable, car le cautionnement dépendrait de sa volonté, tant que l'obligation n'existerait pas; or, une promesse qui dépend de la volonté de celui qui la fait, n'est pas une promesse. Si donc on admet que la caution peut s'obliger pour une dette future, il faut aussi admettre que la caution est liée.

Cependant on enseigne que, jusqu'au moment où l'obligation principale prend naissance, la caution peut révoquer son consentement, à la charge de notifier son changement de volonté au créancier. On se fonde sur ce que l'engagement résultant du cautionnement commence seulement du jour où l'obligation principale est contractée (3). Cette argumentation implique une confusion d'idées. Sans doute, tant qu'il n'y a pas d'obligation principale, il n'y a pas de

(1) Rejet, 16 juin 1846 (Daloz, 1846, 1, 284).

(2) Paris, 13 mars 1816 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 68), et 28 décembre 1853 (Daloz, 1854, 2, 156). Bruxelles, 2 février 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 333).

(3) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 17, n° 28.

cautionnement, et quand la caution s'est obligée pour une dette future, elle ne sera tenue des engagements résultant du cautionnement, que lorsque l'obligation aura pris naissance. Mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le cautionnement d'une dette future est un contrat conditionnel, le cautionnement étant subordonné à l'existence de l'obligation; or, on peut pas plus révoquer un consentement conditionnel qu'un consentement pur et simple.

A l'appui de l'opinion que nous combattons, on invoque l'autorité de Pothier. Il nous semble qu'ici encore il y a confusion. Voici l'exemple que Pothier donne : je me rends caution d'une somme de mille écus que vous vous proposez de prêter à Pierre; tant que vous n'aurez pas fait ce prêt à Pierre, je puis changer de volonté, en vous dénonçant que vous ne fassiez pas le prêt et que je n'entends plus être caution (1). Est-ce bien là le cautionnement d'une obligation future? Non, car vous ne vous êtes pas obligé à prêter cette somme à Pierre, quand il voudra l'emprunter, vous vous êtes seulement proposé de la lui prêter, il n'y a donc aucune obligation d'un prêt futur, et partant, je ne puis pas cautionner un emprunt qui n'existe pas même comme obligation future. Mais si vous vous êtes obligé à prêter à Pierre une somme de mille francs, il n'y a pas de prêt, c'est vrai, puisqu'il n'y a pas de tradition des espèces, mais il y a obligation de prêter quand Pierre voudra faire usage de votre promesse; il y a donc un lien, quoiqu'il soit futur; à ce lien je puis accéder comme caution, et si je m'oblige à cautionner cet emprunt futur, je ne puis certes pas me dégager de mon obligation par ma seule volonté. Tel est le cautionnement d'un crédit ouvert. C'est une obligation contractée par un banquier de prêter des fonds au crédit jusqu'à concurrence du montant du crédit. Si je cautionne l'obligation de l'emprunteur, pourrai-je rétracter mon engagement? Non, certes. Il se peut que le crédit n'use pas du crédit, dans ce cas il n'y aura pas de prêt et, par conséquent, pas de cautionnement. Est-ce à dire que je pourrai me rétracter, tant que le crédit n'aura pas pris

(1) Pothier, *Traité des obligations*, n° 399.

de fonds chez le banquier? Nous ne pensons pas qu'une pareille doctrine ait jamais été soutenue.

Nous ne connaissons qu'un précédent judiciaire sur notre question. Deux personnes se portent cautions du receveur d'une loterie de l'Etat, jusqu'à concurrence d'une somme de 35,000 florins. A leur mort, en 1803 et en 1808, le receveur n'était pas débiteur envers l'Etat, mais depuis il tomba en déconfiture et il resta reliquataire d'une somme de 33,450 florins. De là une poursuite contre l'héritier de l'une des cautions. Le défendeur objecta que, lors du décès de son auteur, il n'y avait point de dette, donc pas de cautionnement, et partant pas d'obligation à charge des héritiers. Il a été jugé que l'obligation contractée par la caution concernait une dette future et éventuelle; cet engagement, quoique dépendant de l'accomplissement d'un événement futur et incertain, n'en existe pas moins, comme toute obligation conditionnelle, et à ce titre il passe aux héritiers (art. 1179) (1). Dans l'opinion que nous combattons, on aurait pu dire, comme le faisait le défendeur, que le cautionnement d'une dette future n'existe que lorsqu'il y a une dette, que, par conséquent, à la mort de son auteur, il n'y avait pas de cautionnement et qu'aucune obligation naissant du cautionnement ne pouvait passer à ses héritiers. Il est inutile de combattre cette argumentation, puisqu'elle est contraire aux principes élémentaires qui régissent les dettes de choses futures.

132. Peut-on cautionner une obligation indéterminée et sous quelle condition? Le code ne répond pas à ces questions, au titre du *Cautionnement*; c'est dire que les principes généraux doivent recevoir leur application. Or, au titre des *Obligations*, la loi pose comme règle que toute chose déterminée quant à son espèce peut être l'objet des conventions; l'article 1129 ajoute que la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. Il suit de là que la caution peut s'obliger pour

(1) La Haye, 8 juillet 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 446). Un arrêt de Grenoble semble admettre, dans ses considérants, que le cautionnement peut être révoqué (arrêt du 10 juin 1825, dans le Répertoire de Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 67).

une dette indéterminée, pourvu que l'on sache quelle est la dette qu'elle cautionne, quand même le montant de la dette serait indéterminé lors du cautionnement; il suffit que le chiffre soit déterminable et qu'il soit déterminé lors de l'action du créancier contre la caution. Quelque élevé que soit le chiffre, si la caution n'a pas limité l'étendue de son engagement à une somme fixe, elle sera tenue. Vainement objecte-t-on qu'il en résultera que la caution ignore, au moment où elle s'oblige, l'étendue de son obligation; nous répondons, et la réponse est péremptoire, que la loi n'exige pas que le montant du cautionnement soit certain lorsque la caution s'engage, et il dépend d'elle de prévenir l'incertitude et le danger qui en résulte pour elle, en limitant la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle entend cautionner le débiteur (1). La jurisprudence est en ce sens, et nous la croyons à l'abri de toute contestation sérieuse.

Une mère s'engage comme caution pour son fils à l'égard d'une maison de banque, dans les termes suivants : « Je m'oblige à vous rembourser tous les effets que vous tiendrez de mon fils, dans le cas où ils seraient en souffrance et qu'il ne puisse vous les rembourser lui-même, et cela dans les trois mois qui suivront l'échéance des effets non payés. » Le fils, débiteur de 100,000 francs, tomba en faillite. De là une action contre la caution. La défenderesse soutint que le cautionnement qu'elle avait souscrit était nul, en ce qu'il s'appliquait à une obligation indéterminée. Cette défense ne fut pas accueillie. Aucune disposition de la loi, dit la cour de Paris, n'exige que la dette à laquelle s'applique le cautionnement soit certaine à l'avance quant à son montant. L'article 1129 veut que la dette soit déterminée, en ce sens que la détermination ne dépende pas du créancier; or, dans l'espèce, le montant de la dette dépendait des effets souscrits par le débiteur principal; la dette était donc déterminable, comme le veut le code, sans que le montant en dépendît de la volonté du créancier. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 2012 et fausse application de l'article 1129. On

(1) Comparez Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 29, n° 52.

soutint pour la demanderesse que le cautionnement pouvait, à la vérité, s'appliquer à des sommes à fournir au moyen d'un crédit ouvert, mais à condition qu'une somme fût déterminée, au delà de laquelle la caution ne serait pas tenue. On ne saurait, disait-on, admettre un cautionnement, alors que la caution ne sait point à quoi elle s'engage. La chambre des requêtes rejeta le pourvoi, en se bornant à citer l'article 1129, dont la cour de Paris avait fait une juste application (1).

La jurisprudence est constante en ce sens. Il a été jugé que le cautionnement est valable quand un gendre s'oblige comme caution, à l'égard des créanciers de son beau-père, de tout ce qui pouvait être dû par ce dernier (2). La cour de Paris a validé le cautionnement donné à un banquier pour toutes les sommes qu'il avait prêtées ou qu'il prêterait à une personne à qui il avait ouvert un compte; on objectait l'article 1129; la cour répond que la dette était déterminée quant à son espèce, puisqu'elle résultait de négociations déjà faites entre le débiteur et le banquier, et de négociations que les parties pouvaient continuer de faire; quant à la quotité de la dette, quoique incertaine pour l'avenir, elle pouvait être déterminée par le compte ouvert au profit du débiteur principal. On était donc dans les termes de l'article 1129 (3).

N° 2. UNE OBLIGATION VALABLE.

133. Il ne suffit pas qu'il y ait une obligation principale, il faut aussi que cette obligation soit *valable*, ce sont les termes de l'article 2012. Qu'entend-on par obligation *valable*? et en quel sens la caution ne peut-elle pas s'engager pour une dette qui ne serait *pas valable*, c'est-à-dire qui serait inexistante ou nulle? Il règne une grande incertitude sur ces questions dans la doctrine et dans la jurisprudence. C'est qu'elle touche à la théorie, toujours incertaine, qui distingue les obligations inexistantes et les

(1) Rejet, 16 juin 1846 (Dalloz, 1846, 1, 284).

(2) Grenoble, 10 juin 1825 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 67).

(3) Paris, 28 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 2, 156).

obligations nulles. Admise par tous les auteurs modernes, elle a de la peine à pénétrer dans la jurisprudence; la cour de cassation de France l'a consacrée, la cour de cassation de Belgique l'a rejetée. Ceux-là mêmes qui acceptent le principe n'ont pas de doctrine sûre en ce qui concerne les conditions requises pour l'existence des obligations, ni sur les conséquences qui résultent de l'inexistence d'une dette. Nous avons exposé cette difficile matière, au titre des *Obligations*; si l'on admet les principes que nous avons posés, l'application au cautionnement est facile. Elle a été faite, en termes clairs et nets, par le rapporteur du Tribunal, Chabot, un de nos meilleurs jurisconsultes. On prétend que la distinction des actes inexistantes et des actes nuls ou annulables n'est pas consacrée par le code civil; nous avons prouvé le contraire, et nous en trouvons une nouvelle preuve dans le rapport de Chabot. Il commence par établir le principe de l'article 2012 : « Le cautionnement ayant pour objet d'assurer l'exécution d'une obligation, il en résulte qu'il ne peut exister que sur une obligation qui est valable. Il ne peut être dans l'intention du législateur de faire assurer l'exécution d'un engagement qu'il ne reconnaît pas comme valable. » Qu'est-ce qu'un engagement qui n'est pas valable aux yeux de la loi? C'est ce que nous appelons une obligation inexistante, ou nulle de plein droit, ou radicalement nulle. Chabot donne comme exemple les obligations contraires aux bonnes mœurs et aux lois; c'est ce que l'article 1134 appelle des obligations sur cause illicite, et l'article 1131 porte que ces obligations ne peuvent avoir aucun effet; c'est dire qu'elles n'existent point. Chabot reproduit ces expressions : « Les obligations contraires aux bonnes mœurs et aux lois ne peuvent être cautionnées parce qu'elles sont nulles et ne produisent jamais d'effet (1). »

Lahary, l'orateur du Tribunal, reproduit la même doctrine, presque dans les mêmes termes : « Si l'obligation est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, le cautionnement ne peut pas plus subsister que l'obligation elle-même, parce qu'étant *nulle de plein*

(1) Chabot, Rapport, n° 4 (Loché, t. VII, p. 422).

droit, elle entraîne nécessairement la nullité du cautionnement. » L'expression *nulle de plein droit* est celle de l'article 1117, c'est le terme légal pour marquer qu'une obligation n'a pas d'existence légale, qu'elle est nulle sans que la nullité en doive être demandée en justice, à la différence des actes que l'on appelle nuls, en ce sens qu'ils sont annulables; ces actes existent et produisent tous les effets que la loi y attache, jusqu'à ce qu'ils aient été annulés par le juge. Lahary, après avoir dit que les actes simplement nuls peuvent être cautionnés, ajoute : « Quand est-ce donc que le cautionnement est absolument nul et que, par l'effet de cette nullité, il tombe et s'évanouit avec l'obligation principale? Je l'ai dit et je crois utile de le répéter, c'est uniquement lorsque cette obligation est prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (1), » c'est-à-dire lorsque l'obligation, comme le dit l'article 1131, ne peut avoir aucun effet. L'orateur du Tribunal a tort de limiter le principe des obligations inexistantes à celles qui ont une cause illicite, car l'article 1131 dit la même chose des obligations sans cause, ce qui, dans la théorie du code, comprend les obligations sans objet; il en faut dire autant des obligations nulles de plein droit par défaut de consentement ou pour inobservation des solennités dans les contrats solennels.

134. Nous passons aux actes que l'on appelle nuls, en ce sens qu'ils sont annulables et que la nullité en doit être demandée et prononcée par le juge. Les obligations nulles ont une existence légale jusqu'à ce qu'elles aient été annulées. En ce sens, elles sont valables et par conséquent elles peuvent être cautionnées. C'est la doctrine exposée par le rapporteur et par l'orateur du Tribunal. Lahary est plus explicite sur ce point que Chabot : « Une obligation *nulle de plein droit* ne peut être cautionnée. Je dis une obligation *nulle de plein droit*, et c'est ce qu'il faut bien distinguer. » Car si l'obligation valable par elle-même était susceptible seulement d'être annulée, l'obligation existant, le cautionnement aussi existerait. Mais l'obligation principale

(1) Lahary, Discours, n° 11 (Loché, t. VII, p. 440).

pouvant être annulée, l'obligation accessoire de la caution peut aussi l'être, et par cela seul que l'obligation principale sera annulée, le cautionnement tombera avec elle. Chabot donne comme exemple les obligations contractées par erreur, par violence ou par dol; l'article 1117 dit que ces obligations ne sont pas nulles de plein droit, qu'elles donnent seulement lieu à une action en nullité ou en rescision. Ces obligations étant valables tant qu'elles n'ont pas été annulées, elles peuvent être cautionnées. Mais quel sera l'effet du cautionnement? L'obligation principale étant annulable, il en sera de même du cautionnement: l'effet de l'action en nullité, dit Chabot, sera le même pour le cautionnement que pour l'obligation principale; donc le cautionnement tombera avec l'obligation qu'il est destiné à garantir.

En apparence, le cautionnement d'une obligation nulle aboutit au même résultat que le cautionnement d'une obligation inexistante, sauf cette différence que le cautionnement d'une obligation inexistante est nul de plein droit, tandis que le cautionnement d'une obligation nulle ne tombe que lorsque l'obligation principale est annulée. Cela est vrai quand l'obligation principale est annulée, mais elle peut aussi ne pas être annulée, puisqu'il faut une demande en justice et une sentence du juge pour que l'obligation principale soit anéantie, tandis que l'obligation inexistante est nécessairement nulle, de sorte que le cautionnement d'une obligation inexistante n'a jamais d'effet; il ne peut en avoir, comme le dit l'article 1131; le cautionnement d'une obligation nulle produit au contraire son effet tant qu'une sentence du juge n'a point prononcé l'annulation de l'obligation principale. Et il se peut que l'obligation principale ne puisse plus être annulée, qu'elle soit validée, dans ce cas, le cautionnement qui la garantit sera également validé. C'est ce que l'orateur du Tribunat établit très-bien. Si l'obligation principale est nulle pour cause d'erreur, de violence ou de dol, la nullité ne fait pas tomber le cautionnement de plein droit, ou *ipso facto*, il faut une action en nullité et un jugement qui annule l'obligation. Et pourquoi le cautionnement subsistera-t-il si la nul-

lité n'est pas demandée ni prononcée? Parce que le débiteur peut ne pas agir en nullité, il peut renoncer au droit qu'il a d'agir en nullité; l'erreur, le dol, la violence peuvent se couvrir par la confirmation, elles se couvrent par la prescription de dix ans, qui est une confirmation tacite. Et si l'obligation principale est validée par le silence du débiteur pendant dix ans ou par une confirmation, l'obligation prend tous les caractères d'une obligation légale, et par suite, le cautionnement aussi est validé, il est purgé du vice originaire dont il était entaché. Il n'en est pas de même du cautionnement d'une obligation inexistante, il ne peut jamais être validé, car l'obligation principale n'a pas d'existence légale et ne peut pas en avoir par la confirmation: on ne confirme pas le néant, et par la même raison on ne cautionne pas le néant. Cette doctrine, professée par le rapporteur et par l'orateur du Tribunat, a une grande importance. Elle confirme la théorie des actes inexistantes, que l'on prétend étrangère au code; la voilà consacrée dans une de ses applications par les auteurs mêmes du code civil.

135. Le principe que l'annulation d'une obligation entachée d'un vice quelconque entraîne la nullité du cautionnement qui la garantit, reçoit une exception. Aux termes de l'article 2012, « on peut cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple, dans le cas de minorité ». En quel sens peut-on cautionner une obligation nulle pour cause d'incapacité? Toute obligation qui est simplement nulle peut être cautionnée, mais le cautionnement tombe quand l'obligation principale est annulée. C'est à ce principe que l'article 2012 déroge. Un mineur contracte une obligation garantie par une caution. Le débiteur principal fait prononcer la nullité ou la rescision de l'obligation qu'il a contractée: en résultera-t-il que le cautionnement tombera? Non, le cautionnement subsistera, en ce sens que la nullité ne produit qu'une exception purement personnelle à l'incapable. L'article 2036 confirme l'interprétation que nous donnons à l'article 2012; il porte: « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui

appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. » Telle est l'exception de nullité quand l'obligation est entachée d'un vice qui la rend annulable. Mais ce principe reçoit exception, d'après le deuxième alinéa de l'article 2036 : « La caution ne peut pas opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. » Telle est l'exception de minorité dont parle l'article 2012, et généralement toute exception résultant de l'incapacité du débiteur. Nous reviendrons sur les exceptions que la caution peut opposer; pour le moment, il s'agit du principe établi par l'article 2012 : on peut cautionner une dette nulle, mais l'annulation de l'obligation principale entraînera l'annulation du cautionnement. Par exception, le cautionnement de l'obligation contractée par un incapable subsiste, quoique l'obligation principale soit annulée. Nous venons de citer les textes qui établissent cette exception : il nous faut voir encore si le sens que nous donnons à la loi est celui que les auteurs du code y ont attaché.

Chabot, après avoir énoncé le principe que la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité du cautionnement, ajoute : « Mais le cautionnement subsiste lorsqu'il s'agit d'une obligation qui ne peut être annulée que par une exception purement personnelle à l'obligé. » Telle est celle contractée par un mineur, même non émancipé : elle n'est pas nulle, puisque le mineur a le droit de l'exécuter et de la faire exécuter, sans que la personne avec laquelle il a traité puisse lui opposer son incapacité. Le mineur peut cependant se faire restituer contre cette obligation pour cause de simple lésion. Mais cette exception lui est purement personnelle et ne peut servir qu'à lui, elle ne profite pas à la caution qui a dû prévoir l'événement et a pu volontairement s'y exposer. » L'orateur du Tribunal s'exprime dans le même sens : le cautionnement produit tout son effet, dit Lahary, quand l'obligation, valable en elle-même, n'est susceptible d'être rescindée que par une exception personnelle au débiteur.

136. Telle est la théorie du code, d'après les textes et les motifs exposés par le rapporteur et par l'orateur du Tribunal. Cette théorie est-elle en harmonie avec les prin-

cipes? Qu'une obligation inexistante ne puisse être cautionnée, cela est d'évidence; le cautionnement du néant ne se conçoit pas. Pourquoi la caution accède-t-elle à une obligation principale? Elle se soumet, dit l'article 2011, envers le créancier, à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Or, quand l'obligation est inexistante, il n'y a ni créancier ni débiteur, il n'y a donc pas d'obligation à laquelle la caution puisse satisfaire. La non-existence du cautionnement est une conséquence logique de l'inexistence de l'obligation principale.

Quand l'obligation est simplement nulle, elle peut être cautionnée, mais si l'obligation est annulée, le cautionnement tombe. Ce second principe est également fondé en raison. L'obligation nulle a une existence légale, donc il y a une obligation principale, partant, il peut y avoir une obligation accessoire. Mais l'obligation principale est entachée d'un vice à raison duquel elle peut être annulée; si l'annulation en est prononcée, elle est censée n'avoir jamais existé, dès lors le cautionnement doit tomber avec l'obligation qu'il est destiné à garantir. Logiquement on ne conçoit pas qu'il y ait un accessoire lorsqu'il n'y a plus de principal. Et en raison et en équité la caution ne saurait être tenue de satisfaire à une obligation que le débiteur n'est pas tenu d'exécuter. La caution s'oblige pour le débiteur; si elle paye, elle a un recours contre le débiteur principal; or, quand l'obligation est annulée, il n'y a plus de débiteur principal, plus de recours; la caution serait donc obligée de remplir un engagement qu'elle a seulement entendu garantir, et sans avoir aucun recours contre un débiteur qui est déclaré n'être pas débiteur. La raison et le droit répugnent à une pareille doctrine.

Ce second principe reçoit une exception lorsque l'obligation est nulle à raison de l'incapacité du débiteur. Celui-ci, un mineur, par exemple, peut demander la rescision de l'obligation qu'il a contractée; si l'obligation est rescindée, la caution n'en sera pas moins tenue de l'exécuter. Cette exception est-elle fondée en droit et en équité? Cela nous paraît très-douteux. On peut dire de l'incapacité ce que nous venons de dire des vices qui entachent l'obligation.

L'obligation contractée par un incapable existe, donc elle peut être cautionnée. Si l'incapable n'agit point, s'il confirme, l'obligation principale sera validée et, par suite, le cautionnement subsistera. Jusqu'ici il n'y a aucune différence entre l'incapacité et les autres causes de nullité. Si l'incapable fait annuler l'obligation qu'il a contractée, quel sera l'effet du jugement qui prononcera l'annulation? On applique le principe que ce qui est nul ne produit aucun effet; donc l'obligation sera censée n'avoir jamais existé. Que deviendra le cautionnement? Logiquement il devrait tomber avec l'obligation principale (1). Que dit-on pour justifier la différence que la loi établit entre le cautionnement d'une obligation contractée par un incapable et le cautionnement vicié par l'erreur, la violence ou le dol? Chabot dit que la caution a *dû* prévoir l'annulation et qu'elle a *pu* volontairement s'y exposer. Elle a *dû prévoir*. Cela suppose qu'elle avait connaissance de l'incapacité; elle peut aussi avoir connaissance des vices du consentement ou de tout autre vice qui entache l'obligation; dans ce cas, la situation est identique et cependant elle aura des effets très-différents : dans le cas d'incapacité, la caution restera tenue, tandis qu'elle ne sera point tenue si l'obligation est nulle pour un autre vice. Chabot ajoute que la caution a *pu* se soumettre à l'obligation de garantir une obligation, tout en prévoyant qu'elle serait annulée. Sans doute je puis m'engager à payer une dette alors même que cette dette serait déclarée nulle; mais si je puis m'y engager en cas d'incapacité, pourquoi ne le puis-je pas pour tout autre vice? A vrai dire, ce n'est plus là un cautionnement, car la caution qui paye la dette d'un tiers a un recours contre le débiteur, tandis que si je cautionne une dette nulle, avec l'intention de la payer, quand même la dette serait annulée, je ne paye plus la dette d'un tiers et je n'aurai pas de recours; je suis en réalité débiteur principal, c'est ma dette que je paye. Mais cette dette que je paye, je la paye sans cause. Pourquoi ai-je cautionné la dette? Pour rendre

(1) Duranton, t. XVIII, p. 309, nos 302 et 303. Pont, t. II, p. 18, nos 31-35, et p. 31, n° 56.

service au débiteur, par sentiment d'affection ou de libéralité; or, je ne lui rends pas service s'il ne doit rien, je ne fais plus un contrat de bienfaisance en faveur du débiteur, je fais une libéralité au créancier que je n'entendais pas gratifier. C'est une anomalie.

137. Les principes que nous venons d'exposer en nous fondant sur le texte et sur les travaux préparatoires sont généralement enseignés, et ils sont aussi consacrés par la jurisprudence. Toutefois il y a des dissentiments, et alors même que l'on s'accorde sur les principes, on ne s'accorde guère sur les applications et bien moins encore sur les conséquences qui en découlent. Tout le monde admet qu'une convention inexistante ne peut être cautionnée. Mais quand les conventions sont-elles inexistantes? Sur ce point, on est loin d'être d'accord. Nous avons exposé ailleurs les principes qui régissent cette difficile matière; on verra dans les Tables les nombreuses applications que nous en avons faites; ces applications sont toutes controversées, donc plus ou moins douteuses. Nous nous bornons ici à donner quelques exemples empruntés à la jurisprudence.

Un traité intervient entre un tuteur et son pupille avant la reddition du compte de tutelle. Ce traité est-il inexistant ou nul? Dans l'espèce jugée par la cour de Toulouse, une caution était intervenue pour garantir la ratification du traité. La cour déclara le cautionnement nul. Nul en quel sens? Il est certain que le traité était nul en ce sens qu'il était annulable, et que la nullité du traité entraînait la nullité du cautionnement. Faut-il aller plus loin et déclarer le traité inexistant, ainsi que l'obligation de la caution? On dit que le traité est entaché d'une nullité radicale, comme contraire à la disposition prohibitive de l'article 472 (1). Cela est trop absolu; il ne suffit pas qu'une loi prohibitive soit violée pour que la convention soit radicalement nulle. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* sur l'article 1134 (t. XVI, n° 153). Il est inutile d'insister; dans l'espèce, la distinction entre la convention inexistante et la convention nulle n'avait aucun intérêt; le cautionne-

(1) Toulouse, 5 février 1822 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 596). Pont, t. II, p. 19, n° 32.