

charbon, moyennant une commission de 2 pour 100. L'acheteur tomba en faillite. Action en paiement de la commission et demande reconventionnelle contre le commissionnaire comme garant du marché. Le défendeur invoquait les lettres du commissionnaire. Il avait écrit au représentant de la société : « Je vous donne l'assurance sacrée que je ne vous mettrai pas en embarras ni la société en perte. Je m'efforce de constituer de bonnes affaires pour la société, et jamais on n'aura de pertes par ma recommandation. » La correspondance contenait d'autres protestations analogues. Néanmoins le premier-juge ainsi que la cour d'appel repoussèrent la demande de la compagnie. La cour de Bruxelles dit que le demandeur n'était intervenu que comme commissionnaire, c'est-à-dire comme mandataire; la lettre que la société invoquait ne contenait pas une promesse de cautionnement; elle ne disait pas en termes exprès, comme l'exige l'article 2015, que le commissionnaire se portait caution, ni des termes équipollents. Il y avait, dans l'espèce, un motif péremptoire de le décider ainsi; le commissionnaire qui garantit la solvabilité de l'acheteur stipule d'ordinaire une indemnité du créancier : c'est la convention connue sous le nom de *ducroire* (n° 124). Or, le commissionnaire n'avait stipulé aucune indemnité; dès lors il était certain qu'il n'avait pas entendu intervenir comme caution (1).

155. Est-ce à dire que la recommandation n'entraîne jamais une responsabilité à charge de celui qui la fait? La recommandation, même faite de bonne foi, peut constituer un quasi-délit et, par conséquent, engager la responsabilité de celui qui la fait. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Engagements qui se forment sans convention* (2).

156. Toute garantie n'est pas un cautionnement. On a prétendu, devant la cour de cassation, que le vendeur, garant de l'éviction, est par cela même réputé caution. La cour a repoussé cette étrange prétention du fisc en matière

(1) Bruxelles, 18 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 356).

(2) Comparez Rouen, 30 juin 1851 (*Dalloz*, 1853, 2, 154).

d'enregistrement. Si le vendeur est garant, il ne cautionne pas; car qui cautionnerait-il? C'est lui-même qui est le débiteur principal, et il l'est en vertu de la nature de la vente et, même de son essence, en droit moderne. Cette garantie, à la différence du cautionnement, ne doit pas être stipulée, elle existe de droit. Il n'y a donc rien de commun entre la garantie dont le vendeur est tenu et l'obligation qui incombe à la caution (1).

157. En disant que le *cautionnement* doit être exprès, l'article 2015 entend parler de l'obligation contractée par la caution. Pour que cette obligation existe, il faut que le contrat de cautionnement soit parfait; ce qui implique le concours de consentement du créancier. Faut-il aussi que le consentement du créancier soit exprès? On pourrait le soutenir en s'attachant à la lettre de la loi, puisqu'elle dit que le cautionnement, c'est-à-dire le *contrat*, doit être exprès. Mais cette interprétation serait contraire à l'esprit bien évident de la loi. La loi veut garantir la caution contre une promesse irréfléchie; quant au créancier, il ne contracte aucune obligation; il n'y a donc aucune raison pour déroger, en ce qui le concerne, aux principes généraux de droit. Le texte n'est pas contraire; quand la loi dit que le *cautionnement* doit être exprès, elle entend par là l'obligation de la caution, puisque la caution seule s'oblige. Il suit de là que l'acceptation du créancier peut être tacite (2).

La cour de cassation l'a jugé ainsi en confirmant par un arrêt de rejet une décision qui, en fait, nous paraît douteuse. Un négociant écrit à un banquier de vouloir bien avancer une somme de 5,000 fr. à telle maison, en ajoutant : « Je vous offre même ma garantie personnelle si elle peut vous être agréable. » La somme fut comptée et l'emprunteur tomba en faillite. De là une action contre le négociant sur la demande duquel l'avance des 5,000 francs avait été faite. Y avait-il cautionnement? Le premier juge décida que la lettre n'impliquait aucun cautionnement. Là n'était pas la question; il s'agissait de savoir si l'offre de

(1) Cassation, 23 avril 1856 (*Dalloz*, 1856, 1, 161).

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 69, note 6.

cautionnement avait été acceptée par le banquier. La cour de Rennes jugea que l'offre avait été acceptée par la délivrance même des 5,000 francs remis aux emprunteurs et la souscription d'un billet de pareille somme. Le pourvoi, admis par la chambre des requêtes, fut rejeté par la chambre civile sur les conclusions contraires de l'avocat général (1). Il y avait doute; les faits allégués par le demandeur ne prouvaient pas avec certitude que le banquier n'avait entendu délivrer les fonds que sous la condition du cautionnement qui lui était offert. Si telle avait été sa pensée, n'en aurait-il pas informé son correspondant?

158. La loi ne dit pas dans quelle forme le consentement doit être exprimé. Il en résulte qu'elle maintient les principes généraux établis au titre des *Obligations* (2). Le cautionnement peut donc être constaté ou par acte authentique ou par acte sous seing privé, et même verbalement, comme l'article 1985 le dit du mandat. Cet article ajoute que le mandat peut être donné *même par lettre*. Il a été jugé que le cautionnement pouvait être établi par la correspondance des parties, et qu'il entre exclusivement dans les attributions des cours d'appel de l'appécier (3). Cela est trop absolu. S'il s'agit d'un cautionnement commercial, la décision est juste; mais, en matière civile, elle est très-contestable. Il n'y a qu'une seule disposition du code qui mentionne les lettres comme preuve, c'est l'article 1985, et la manière dont elle est rédigée prouve que c'est une exception; en effet, les lettres ne sont pas des *actes*, et les *actes* seuls font preuve. Toutefois, la loi ne prescrivant aucune formalité spéciale pour les écrits sous seing privé, hors des cas prévus par les articles 1325 et 1326, on peut soutenir qu'une lettre suffit pour prouver l'offre de cautionnement et l'acceptation du créancier. Mais la question de savoir si le cautionnement reste sous l'empire de la règle générale, ou s'il faut appliquer l'article 1326, est très-controversée; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des

(1) Rejet, chambre civile, 28 août 1872 (Dalloz, 1872, 1, 396).

(2) Duranton, t. XVIII, p. 307, n° 298, et tous les auteurs.

(3) Rejet, 14 mars 1811 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 153).

Obligations (t. XIX, n° 224) et au titre du *Mandat* (t. XXVII, n° 447).

Quand le cautionnement est reçu par acte authentique, il faut appliquer la loi du 25 ventôse an xi sur le notariat. Un notaire reçoit un acte de prêt en déclarant stipuler pour le prêteur absent. Dans ce même acte intervient un tiers comme caution de l'emprunteur, et il constitue une hypothèque pour la sûreté du cautionnement. L'acte de prêt était nul, comme authentique, en vertu de la loi de ventôse (art. 8), qui défend aux notaires, sous peine de nullité, de recevoir des actes dans lesquels ils seraient parties; mais il pouvait valoir comme écrit sous signature privée, puisqu'il était signé des parties. Il en était de même du cautionnement; mais l'hypothèque, étant un acte solennel, était radicalement nulle. Le premier juge avait déclaré l'acte valable en tant qu'il concernait le cautionnement, puisque le notaire ne stipulait pas pour la caution, laquelle était présente au contrat. L'arrêt a été cassé. Si le cautionnement avait été reçu par acte distinct, la décision eût été très-juste; mais, dans l'espèce, le cautionnement était une condition de l'acte d'emprunt, donc une clause de l'acte avec lequel il ne faisait qu'un; dès lors la nullité de l'acte principal entraînait la nullité de la clause accessoire: c'est, dit la cour, une conséquence de l'unité et de l'indivisibilité de l'acte (1). Il nous reste un doute. Un acte peut contenir des conventions distinctes; or, le prêt et le cautionnement sont des contrats différents, quoique l'obligation de la caution soit accessoire de celle de l'emprunteur; quant à la preuve notamment, il y avait, dans l'espèce, trois conventions diverses, un prêt, un cautionnement et une hypothèque; or, le prêt seul était nul, puisque le notaire n'avait stipulé que pour le prêteur comme tel, et non pour le prêteur intervenant dans un acte de cautionnement et dans un acte d'hypothèque.

159. Quand le cautionnement est donné verbalement, la preuve testimoniale n'en est admise que conformément aux règles établies au titre des *Obligations*. C'est le droit commun; donc la preuve par témoins ne sera pas reçue si

(1) Cassation, 11 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 1, 401).

le montant du cautionnement dépasse 150 francs, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit (1). Si le cautionnement était commercial, la preuve par témoins serait admissible indéfiniment. Le principe n'est pas douteux, mais l'application soulève une difficulté : quand le cautionnement est-il commercial? Lorsque la caution fait un acte de commerce en cautionnant, la décision n'est pas douteuse. Mais par lui-même le cautionnement est un contrat civil, comme nous le dirons plus loin; donc soumis aux règles sur les preuves en matière civile. La jurisprudence va plus loin; un arrêt de la cour de cassation admet les preuves du code de commerce, par cela seul que la *matière du procès* est commerciale; et, dans l'espèce, l'obligation principale était, à la vérité, commerciale, mais le cautionnement était civil (2). La cour de Limoges a jugé, en termes généraux, que le cautionnement, comme accessoire d'un contrat commercial, peut se prouver par témoins (3). A notre avis, c'est pousser trop loin les conséquences du principe que le cautionnement est un contrat accessoire. Quoique accessoire, il a sa nature particulière, c'est un contrat de bienfaisance, donc essentiellement civil; et il reste civil, alors même que l'obligation principale serait commerciale; à ce point de vue, la qualité de contrat accessoire ne peut avoir aucune influence sur la preuve; le cautionnement se prouve d'après les règles du droit civil et le contrat principal d'après les règles du code de commerce.

N° 5. DE LA CAPACITÉ.

160. Il faut, avant toutes choses, dit Pothier, que la caution soit capable de contracter et de s'obliger comme caution. Treilhard reproduit ce principe, qui est d'évidence : à quoi servirait, dit-il, l'engagement d'un homme qui ne pourrait pas s'engager (4)? Les auteurs enseignent généra-

(1) Rejet, chambre civile, 1^{er} février 1836 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4099, 2°).

(2) Rejet, 17 mars 1868 (Daloz, 1868, 1, 293).

(3) Limoges, 9 février 1839 (Daloz, au mot *Acte de commerce*, n° 314).

(4) Pothier, *Des obligations*, n° 387. Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 7 (Loché, t. VII, p. 417).

lement que, quant à la capacité de la caution, on suit les règles générales sur la capacité de s'obliger (1). On a objecté que la capacité de s'obliger ne suffit point : le cautionnement étant un contrat de bienfaisance, dit-on, il faut que la caution soit capable de disposer à titre gratuit (2). Ne pourrait-on pas répondre que le cautionnement se contracte entre la caution et le créancier, et qu'à l'égard du créancier l'acte n'est pas une libéralité (n° 122)? D'ailleurs le cautionnement n'est pas gratuit de son essence; on ne peut donc pas prendre la gratuité comme point de départ pour en induire que la caution doit être capable de donner. Il est plus exact de dire que le cautionnement est un acte de disposition; en effet, la caution s'oblige à payer sans rien obtenir, en compensation des risques qu'elle court, ni du créancier, ni du débiteur; elle dispose de ce qu'elle s'oblige de donner au créancier, car payer, c'est disposer. Le principe est donc que ceux qui ne sont pas capables de disposer ne peuvent pas se porter cautions. Tel est le tuteur; il est capable de s'obliger dans les limites de son pouvoir d'administration, mais il ne peut pas se porter caution au nom du mineur, parce que cautionner ce n'est pas administrer, c'est disposer : qui cautionne paye. Par la même raison, le mineur émancipé ne peut pas cautionner, car il ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé (art. 484); et cautionner n'est certes pas un acte de pure administration. Quant aux interdits, ils sont frappés d'une incapacité absolue, au moins pour ce qui concerne les actes pécuniaires.

Les femmes mariées ne sont incapables qu'en ce sens qu'elles ne peuvent faire aucun acte juridique sans autorisation maritale; autorisées, elles peuvent disposer et, par suite, cautionner. Quand la femme est séparée de biens, elle est affranchie de la puissance maritale en ce qui concerne les actes d'administration; cela décide la question du cautionnement; ce n'est pas un acte d'administration, et en

(1) Duranton, t. XVIII, p. 315, n° 309.

(2) Pont, *Des petits contrats*, p. 32, n° 57.

dehors de ces actes, la femme reste incapable. La cour de Poitiers l'a jugé ainsi, en qualifiant d'acte de faiblesse le cautionnement donné par la femme sans aucun profit pour elle-même (1). Ce n'est pas un motif juridique; la femme séparée de biens peut aussi faire des actes d'administration qui ne lui sont pas profitables; cela n'empêche pas qu'elle soit liée par ces actes.

Les personnes placées sous conseil judiciaire ne sont pas rangées parmi les incapables; leur incapacité n'est que spéciale et elle est couverte par l'assistance du conseil; comme il leur est défendu d'aliéner, il en faut conclure qu'elles ne peuvent se porter cautions.

§ III. *Étendue du cautionnement.*

161. Le cautionnement est une obligation accessoire. En faut-il conclure qu'elle est identique avec l'obligation principale, quant à son étendue? L'article 2013 distingue : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses. » Le cautionnement étant un contrat accessoire, on ne conçoit pas que l'obligation de la caution dépasse celle du débiteur principal; cela serait contraire à l'essence du cautionnement tel qu'il est défini par l'article 2011. La caution s'oblige à satisfaire à l'obligation du débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même; la caution n'est donc tenue que de l'obligation du débiteur. Est-ce à dire qu'elle soit nécessairement tenue de toute l'obligation? Non, car la garantie d'une dette peut être partielle; les parties sont libres de la stipuler comme elles l'entendent. Cela est aussi fondé en raison. Le créancier peut avoir confiance dans la solvabilité du débiteur pour une partie de la dette; il suffit, dans ce cas, que la caution lui garantisse le paiement, en tant que la dette excède la solvabilité du débiteur.

(1) Poitiers, 3 février 1858 (Dalloz, 1859, 2, 72). Comparez Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 145, note 36.

Ce que nous disons du montant de la dette s'applique aussi aux conditions, car les conditions font partie de la dette, elles l'aggravent ou elles en diminuent la charge: il est plus onéreux de payer une dette immédiatement que de la payer à terme, et une obligation conditionnelle est moins onéreuse qu'une obligation pure et simple. Le lieu où une dette est payable peut occasionner des frais à la caution ou la dispenser d'en faire; cette circonstance doit donc aussi être prise en considération, pour décider si la dette est plus ou moins onéreuse. Enfin les clauses de la convention, une peine stipulée, un mode d'exécution, peuvent devenir une charge. Les conditions sous lesquelles la caution s'oblige ne peuvent pas être plus onéreuses, parce que ce serait excéder la dette, elles peuvent être moins onéreuses: cela dépend de l'intérêt du créancier, et lui seul en est juge (1).

La jurisprudence est rare en cette matière qui joue un assez grand rôle dans la théorie. Il n'est pas dans nos usages que la caution s'engage à plus, et le créancier a toujours intérêt à ce que l'engagement de la caution ne soit pas moindre que la dette principale. La cour de Douai a appliqué l'article 2013 dans un cas où il n'y avait pas même lieu d'en faire l'application. Un banquier ouvre un crédit de 12,000 francs à un négociant; un tiers intervient pour le cautionner. Faillite du crédit. La caution paye les 12,000 francs sur l'assurance du banquier qu'il était créancier de cette somme. Mais il se trouva que le banquier ne fut admis que pour 6,010 francs. La caution agit en restitution de ce qu'elle avait payé de trop. Il a été jugé que le cautionnement ne pouvant excéder que ce qui était dû par le débiteur, la caution, dans l'espèce, n'était tenue que de 6,010 francs et qu'elle pouvait, par suite, répéter ce qu'elle avait payé indûment (2). En réalité, il n'était pas question d'un cautionnement excédant la dette principale, car la caution ne s'était obligée que pour cette dette, mais c'était une dette future, dont le montant dépendait des avances

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 370.

(2) Douai, 9 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 76).