

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 Zachariae, 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).

faites par le banquier; les créances n'étant que de 6,010 fr., il allait sans dire que la caution ne pouvait être tenue au delà de ce qui était dû au banquier.

162. La caution peut-elle ajouter à la dette principale une sûreté réelle, telle qu'un gage ou une hypothèque? Oui, et sans doute aucun. Ce n'est pas là aggraver sa condition; en effet, l'hypothèque ne concerne que les relations du créancier hypothécaire avec les créanciers chirographaires, elle lui donne un rang de préférence, mais elle n'aggrave pas la situation du débiteur; qu'il y ait hypothèque ou non, le créancier peut exproprier la caution: qu'il l'exproprie en vertu d'une hypothèque ou en vertu du droit de gage de l'article 2092, cela importe peu à la caution. C'est en ce sens que Pothier dit que la caution peut être tenue plus étroitement quant à la *qualité du lien*. Il donne comme exemple que le fidéjusseur peut être contraignable par corps, tandis que le débiteur principal ne l'est point. La caution qui donne une hypothèque est tenue en vertu d'un double lien, un lien personnel et un lien réel; mais elle n'est pas pour cela obligée plus durement, puisque, en vertu du lien personnel, le créancier avait aussi action sur ses biens (1).

163. On demande si la caution profite du délai de grâce ou du sursis que le juge accorde au débiteur principal. Cette question est, en réalité, étrangère à l'article 2013, car il ne s'agit pas d'un terme stipulé par la caution. Il est certain que la caution peut stipuler un délai, quoique le débiteur principal n'en ait point; c'est une de ces conditions moins onéreuses que la loi permet. Ce n'est pas non plus le cas d'appliquer l'article 2036, concernant les exceptions que la caution peut ou ne peut pas opposer au créancier; car ces exceptions résultent de la convention, tandis que le délai de grâce et le sursis sont, au contraire, accordés malgré la convention. La question est donc tout autre. Quand le juge accorde un délai au débiteur, il en résulte que les poursuites sont suspendues, le créancier ne peut

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 376. Aubry et Rau, t. IV, p. 673, note 4, § 423.

donc pas discuter les biens du débiteur. Or, la caution a le bénéfice de discussion, c'est-à-dire qu'elle ne doit payer qu'après que le créancier a saisi et fait vendre les biens du débiteur principal. Si ces biens ne peuvent pas être discutés, la poursuite de la caution devient impossible jusqu'à ce que le délai de grâce soit expiré. Le juge qui accorde un délai au débiteur ne peut pas priver la caution d'un droit qui lui appartient; elle conserve donc son bénéfice de discussion; la discussion étant arrêtée, il en doit être de même de la poursuite du créancier contre la caution. La doctrine et la jurisprudence sont assez confuses en cette matière. C'est qu'elles partent d'un principe qui n'est pas exact, en se plaçant sur le terrain des articles 2013 et 2036 (1). Nous croyons inutile d'insister, parce que les principes sont certains.

164. Que faut-il décider si le cautionnement excède la dette ou s'il est contracté sous des conditions plus onéreuses? L'article 2013 répond que le cautionnement n'est pas nul, qu'il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. Les auteurs du code ont suivi sur ce point l'opinion de Pothier, contraire à la doctrine romaine. On disait en faveur de cette doctrine que le cautionnement étant essentiellement une obligation accessoire de l'obligation principale, l'engagement de la caution est vicié dans son essence quand l'accessoire dépasse le principal. C'était un de ces arguments logiques, bons dans les sciences exactes, mauvais dans les sciences morales. Pothier dit que le raisonnement est plus subtil que solide. Tout ce qu'on peut conclure du caractère accessoire du cautionnement, c'est que la caution qui s'est obligée à plus que le débiteur principal, n'est pas tenue à ce plus; mais rien n'empêche qu'elle soit tenue de ce dont le débiteur est tenu; car en voulant s'obliger à une somme plus grande, elle a voulu au moins s'obliger à celle que le débiteur a promise. C'est dire que la question n'est pas une question de logique, qu'elle doit être décidée d'après l'intention des

(1) Pont, t. II, p. 401, n° 73. Comparez les arrêts recueillis par Dalloz, au mot *Cautionnement* n° 79.

parties contractantes, et à ce point de vue la décision n'est pas douteuse. Pothier ajoute que les lois romaines n'étant suivies dans les provinces coutumières qu'autant qu'on les trouve conformes à l'équité, on doit s'en écarter en ce qui concerne l'obligation excessive de la caution, et décider qu'elle est tenue comme l'est le débiteur principal, en retranchant l'excès et les conditions plus rigoureuses (1). Ces paroles de Pothier méritent toute notre attention; elles déterminent la véritable autorité que le droit romain avait dans les pays de coutume et celle, par conséquent, que les auteurs du code lui ont reconnue, car leur guide exclusif est Pothier; nous ne parlons pas de Domat, qui écrivait également dans les pays de coutume. Il faut donc laisser là le Digeste, pour s'en tenir au droit tel que l'équité coutumière l'avait modifié.

Les orateurs du gouvernement et du Tribunal abondent dans cet ordre d'idées. Treilhard dit, dans l'Exposé des motifs: « Le règne des subtilités est passé. » Cela est significatif, puisqu'il était question d'une doctrine romaine. Lahary demande si le cautionnement qui excède la dette principale sera nul. Non, répond l'orateur du Tribunal, il sera seulement réductible à la mesure de l'obligation du débiteur: *Rien n'est plus raisonnable que cette disposition* (2). C'est dire que les subtilités romaines n'étaient guère raisonnables; le droit n'est pas une logique, c'est une face de la vie réelle, c'est donc la volonté de l'homme qui y domine; l'homme n'est pas fait pour les principes, les principes sont faits pour l'homme.

165. En principe, et sauf convention contraire, l'obligation de la caution a la même étendue que celle du débiteur. Cela ne veut pas dire qu'elle ait en tout les mêmes effets. Les deux obligations naissent de conventions différentes, elles peuvent donc avoir des effets différents. Si l'obligation principale résulte d'un engagement commercial, les parties sont justiciables des tribunaux de commerce. Est-ce à dire que celui qui cautionne cette conven-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 375.

(2) Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 5 (Loché, t. VII, p. 417).

tion peut aussi être traduit devant la juridiction consulaire? En principe, non; car le cautionnement est un acte civil par sa nature, puisque c'est un contrat de bienfaisance; et même à l'égard du créancier, on ne peut pas dire que le cautionnement soit une convention commerciale, quoique, à son égard, il n'y ait pas de libéralité; c'est un engagement par lequel la caution s'oblige à payer si le débiteur ne satisfait pas à son obligation; il n'y a rien de commercial dans cet engagement, il est purement civil, donc il n'est point de la compétence des juges consulaires qui ne sont établis que pour connaître des contestations relatives aux actes de commerce et de celles qui concernent les transactions entre commerçants (code de com., art. 631). Vainement dirait-on que le cautionnement est l'accessoire d'une convention commerciale; cela est vrai en ce sens qu'il n'y a pas de cautionnement sans dette principale, et que l'étendue de l'obligation accessoire ne peut pas dépasser celle de l'obligation principale; mais cela ne signifie point que l'obligation de la caution se confonde avec celle du débiteur au point de prendre sa nature. Une pareille conséquence serait contraire au principe d'ordre public qui détermine la compétence des juridictions exceptionnelles.

Nous n'insistons pas, puisque la question concerne le droit commercial. Il importe cependant de constater la jurisprudence, puisqu'elle touche au droit civil. La cour de cassation formule le principe dans les termes les plus absolus, et l'applique au cas où la caution serait un commerçant: « Le contrat de cautionnement, alors même que l'obligation qu'il a pour objet de garantir est commerciale, est un contrat purement civil, quand bien même celui qui l'a consenti serait commerçant, à moins que l'acte de cautionnement n'ait été donné dans une forme commerciale, ou ne tienne à un fait commercial de sa nature (1). » On voit que la cour ne s'est pas donnée la peine de motiver le principe, quoiqu'elle ait cassé l'arrêt attaqué pour l'avoir violé.

Il se présente un doute lorsque la caution s'oblige soli-

(1) Cassation, 21 novembre 1855 (Dalloz, 1855, 1, 459). Comparez Pont, t. II, p. 46, n° 81.

dairement. Ne doit-on pas, dans ce cas, appliquer le principe que les codébiteurs solidaires sont considérés comme un seul et même débiteur? On répond que les cautions ne sont pas assimilées en tout à des débiteurs solidaires, alors même qu'elles s'obligent solidairement. Nous reviendrons sur ce point. D'ailleurs il est trop absolu de dire que les codébiteurs sont considérés comme un seul et même débiteur : l'article 1201 établit une différence entre les divers codébiteurs solidaires; ils peuvent être obligés différemment, quoiqu'ils soient tenus à la même chose : on conçoit donc que le débiteur contracte un engagement commercial, tandis que la caution solidaire contracte une dette purement civile. La cour de cassation l'a encore jugé ainsi dans une espèce où la caution était assignée accessoirement et en même temps que le débiteur principal devant le tribunal de commerce : « Le cautionnement, dit la cour, bien que solidaire et donné à l'occasion d'une obligation commerciale émanée d'un commerçant, ne conserve pas moins son caractère d'engagement distinct et purement civil; par suite, les tribunaux de commerce sont incompétents à raison de la matière. Peu importe donc que la caution s'oblige solidairement et peu importe encore que le créancier l'actionne en même temps que le débiteur; celui-ci devra être actionné devant le tribunal de commerce, et la caution doit être traduite devant le tribunal civil (1). »

La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens (2). Un arrêt de la cour de Bruxelles répond spécialement à l'objection tirée de l'unité de dette résultant de la solidarité. Ces motifs suppléent au laconisme de la cour de cassation de France : « La juridiction exceptionnelle des tribunaux de commerce doit être resserrée dans les limites tracées par la loi et ne peut être étendue hors des cas qu'elle prévoit, sous prétexte de l'inconvénient qu'il y aurait pour le créancier de diviser son action contre deux débiteurs solidaires. » On objectait l'article 637 du code

(1) Rejet, chambre civile, 16 mai 1866 (Daloz, 1866, 1, 209, 210, 2 arrêts).

(2) Bruxelles, 30 octobre 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 207), et 3 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 346); Liège, 17 février 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 139); Gand, 20 novembre 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 36).

de commerce; d'après cette disposition, le tribunal de commerce est compétent quand les lettres de change ou billets à ordre n'ayant pas pour objet des opérations de commerce portent en même temps des signatures de négociants et d'individus non commerçants. La cour de Bruxelles dit très-bien que cet article prouve contre ceux qui l'invoquent; en effet, il consacre une exception, et l'exception confirme la règle; la règle est donc l'incompétence des tribunaux de commerce à l'égard des dettes qui sont civiles en ce qui concerne la caution, et commerciales en ce qui concerne le débiteur. L'incompétence étant d'ordre public l'emporte sur l'inconvénient qui résulte pour le créancier de diviser son action (1). Un autre arrêt de la même cour prouve que la qualité de commerçant qui appartient à la caution n'a rien de commun avec le caractère du cautionnement; la caution était le père de la débitrice, et c'est par affection pour sa fille qu'il l'avait cautionnée; donc l'obligation de la caution restait civile, quoiqu'elle fût souscrite par un commerçant (2).

166. La jurisprudence admet une exception aux principes que nous venons d'exposer quand l'engagement de la caution est commercial. Il en est ainsi, d'abord quand le cautionnement a été donné dans une forme commerciale; en second lieu, quand la caution s'est obligée commercialement, c'est-à-dire quand le cautionnement est un acte de commerce, ce qui suppose que son engagement est intéressé, ensuite qu'elle est partie au contrat auquel elle accède comme garantie. Nous nous bornons à établir le principe, en renvoyant aux arrêts qui le consacrent, la question de savoir quand une convention constitue un acte de commerce n'étant pas de notre domaine (3).

(1) Bruxelles, 28 mai 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 151).

(2) Bruxelles, 3 juin 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 109).

(3) Voyez les arrêts de 1855 et de 1866 cités p. 175, note 1 et p. 176, note 1, et Rejet, 5 janvier 1839 (Daloz, 1859, 1, 403). Comparez Bruxelles, 8 mars 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 120); Liège, 14 janvier 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 337).