

thier applique ce principe aux intérêts. La caution est tenue non-seulement des intérêts conventionnels, mais aussi des intérêts moratoires; ces intérêts sont dus à raison de la demeure; ils résultent donc du contrat auquel la caution a accédé, et, par suite, la caution en est tenue (1). La jurisprudence est en ce sens (2), et l'on ne concevrait pas même que la question eût été portée devant les tribunaux, s'il n'y avait toujours une question de fait à décider, c'est-à-dire le point de savoir si le cautionnement est indéfini ou s'il est limité. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 168).

179. L'article 2016 ajoute : « Le cautionnement indéfini s'étend même aux frais de la première demande et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. » Il faut donc distinguer : les frais de la première demande faite contre le débiteur principal sont toujours à la charge de la caution; ce sont des frais nécessaires et inévitables dès que le débiteur principal ne paye pas. Quant aux frais postérieurs, la caution n'en est tenue que si la demande lui a été dénoncée; la loi suppose que si la demande est dénoncée à la caution, celle-ci se hâtera de payer, afin d'éviter des frais inutiles; mais si la demande ne lui a pas été dénoncée, elle ne peut la connaître; et, dans ce cas, il est injuste de lui faire supporter des frais qu'elle a été dans l'impossibilité de prévenir (3). Le créancier qui veut avoir un recours contre la caution, du chef des frais qu'il fait contre le débiteur, doit donc avoir soin de dénoncer la demande à la caution.

L'article 2016 suppose que le créancier est demandeur : que faut-il décider si le débiteur a intenté une action contre lui et s'il succombe? La difficulté est de savoir si, dans ce cas, il faut une dénonciation pour que la caution soit tenue des frais auxquels le débiteur a été condamné. Il nous semble que le texte décide la question. En principe, la caution est tenue des frais, puisque le créancier a le droit de

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 404.

(2) Voyez les arrêts cités par Pont, t. II, p. 59, note 2. Il faut ajouter Poitiers, 16 décembre 1847 (Daloz, 1848, 2, 108).

(3) Observations du Tribunal, n° 3 (Loché, t. VII, p. 412).

poursuivre le débiteur principal, et que cette poursuite est une conséquence de l'inexécution de l'obligation; or, la caution répond de l'obligation et de son inexécution. La loi apporte une restriction à ce principe quant aux frais postérieurs à la demande, mais cette disposition ne reçoit point d'application au cas où une instance est formée contre le créancier. Il faut donc appliquer le principe général d'après lequel la caution est tenue de toutes les obligations du principal débiteur résultant du contrat auquel elle a accédé. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Bordeaux (1). Dans l'espèce, un bail avait été cautionné; le cautionnement était indéfini; il était dit notamment que la caution s'obligeait pour le paiement des dommages-intérêts que le fermier pourrait être tenu de payer par suite du bail. Le fermier intenta un procès contre le bailleur, sous le prétexte que celui-ci ne remplissait pas ses obligations; le premier juge constate que cette demande injuste n'avait d'autre but que d'éluider le paiement des fermages. En appel, la caution opposa que le bailleur ne lui avait pas dénoncé le procès; la cour répond, en fait, que la caution n'ignorait pas les contestations qui existaient entre les parties et, en droit, que l'article 2016 n'était pas applicable à l'espèce.

§ V. De l'obligation de fournir caution.

N° 1. QUAND Y A-T-IL OBLIGATION DE FOURNIR CAUTION?

180. Le débiteur peut être tenu de fournir caution en vertu de la convention, en vertu de la loi ou d'un jugement. De là la division du cautionnement en conventionnel, légal ou judiciaire. Cette division n'est pas de pure théorie. Le titre du *Cautionnement* contient un chapitre spécial sur la caution légale et la caution judiciaire (art. 2040-2043); ces cautions sont régies, à certains égards, par des règles spéciales; il importe donc de savoir si une caution est légale, judiciaire ou conventionnelle.

181. Il n'y a aucune difficulté quant à la caution légale:

(1) Bordeaux, 19 juillet 1849 (Daloz, 1850, 2, 59).

il faut un texte formel pour que la caution soit tenue en vertu de la loi, et les dispositions qui prescrivent l'obligation de fournir caution sont de stricte interprétation; c'est l'application d'un principe général: il ne peut y avoir d'obligation légale sans loi, et l'interprète ne peut pas étendre les obligations légales, pas même par des raisons d'analogie, parce que étendre une obligation que le législateur seul a le droit d'imposer, ce serait faire la loi. Il importe donc de connaître les cas dans lesquels le cautionnement est légal; ils sont peu nombreux.

En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement (art. 16). C'est la caution connue sous le nom de *judicatum solvi*.

Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent doivent donner caution pour la sûreté de leur administration (art. 120). La loi n'impose pas cette obligation à tout administrateur des biens d'autrui. Ainsi le père, administrateur des biens de ses enfants, n'est tenu d'aucune garantie, ni caution ni hypothèque; les tuteurs et les maris, administrateurs légaux, sont frappés de l'hypothèque légale, mais ils ne doivent pas donner caution.

« L'usufruitier donne caution de jouir en bon père de famille » (art. 601). Cette obligation n'incombe pas à tout usufruitier. Le mari a la jouissance de tous les biens de la femme sous le régime de communauté légale, mais sans être assujéti à un cautionnement; ce qui se conçoit, puisque l'usufruit appartient à la communauté, donc aux deux époux. Sous le régime dotal, le mari a l'usufruit exclusif des biens dotaux; néanmoins l'article 1550 déclare que le mari n'est pas tenu de fournir caution pour la réception de la dot s'il n'y a pas été assujéti par le contrat de mariage; la caution sera donc conventionnelle. Il n'y a qu'un cas dans lequel le mari doit donner caution en matière de conventions matrimoniales, c'est quand un préciput a été stipulé pour la femme, et que celle-ci obtient le divorce ou

la séparation de corps; le préciput, dit l'article 1518, reste alors provisoirement au mari, à la charge de donner caution; ce qu'il faut entendre de la moitié du préciput, comme nous l'avons dit au titre du *Contrat de mariage*.

L'obligation de fournir caution est aussi imposée à l'usager et à celui qui a un droit réel d'habitation (art. 626).

Les enfants naturels, appelés à la succession à défaut de parents, et l'époux survivant, successeur irrégulier, doivent donner caution pour la restitution du mobilier au cas où il se présenterait des héritiers du défunt dans l'intervalle de trois ans (art. 771 et 773).

L'héritier bénéficiaire est tenu, si les créanciers l'exigent, de donner caution de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire et de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers hypothécaires (art. 807).

Le vendeur n'est pas obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture, à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme (art. 1613).

Si l'acheteur est troublé, ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action hypothécaire ou en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution (art. 1653).

Quand l'acquéreur fait aux créanciers inscrits les notifications prescrites pour la purge, les créanciers ont le droit de surenchérir, à charge, entre autres conditions, d'offrir de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges (art. 2185).

Il y a encore des cas où le code de procédure et le code de commerce prescrivent l'obligation de donner caution; nous renvoyons aux textes (code de proc., art. 135 et 155; code de com., art. 114, suiv., 120, 151, 231, 346, 384 et 444) (1).

182. Le cautionnement est judiciaire lorsque le juge ordonne à l'une des parties de fournir caution pour garan-

(1) Pont, t. II, p. 213, n° 431.

tir les droits éventuels de l'autre partie. C'est ce qui arrive quand il accorde une provision, ou qu'il autorise l'exécution provisoire du jugement à charge de donner caution (code de proc., art. 135 et 155). Il en est de même des jugements rendus par les tribunaux de commerce (art. 439).

L'article 135 a été remplacé en Belgique par la loi du 25 mars 1841, qui porte : « L'exécution provisoire sans caution sera ordonnée, même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait pas d'appel. Dans tous les autres cas, l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution. »

Les tribunaux peuvent-ils condamner le débiteur à fournir caution? Nous posons la question sans la résoudre, puisqu'elle n'est pas de notre sujet. La cour de Liège a confirmé un jugement du tribunal de Tongres qui, en déclarant le défendeur débiteur d'une somme de 7,000 francs, l'avait condamné à fournir caution et, à défaut de ce faire, au paiement de ladite somme. Le frère de la défenderesse se porta caution pour elle, mais à la condition qu'il ne pourrait être tenu d'acquitter la dette que six mois après le décès de leur père commun. Était-ce là une caution judiciaire? La négative a été jugée et avec raison. En effet, le frère s'était offert spontanément, et il avait stipulé ses conditions; il était donc intervenu une convention, et, par suite, la caution était conventionnelle (1).

183. La caution est-elle judiciaire quand le juge l'ordonne en vertu de la loi ou de la convention? Non; il n'y a caution judiciaire que lorsque le juge l'ordonne de sa propre autorité. Quand il décide une contestation sur le point de savoir si la partie en cause est obligée de fournir caution, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention, ce n'est pas le juge qui ordonne le cautionnement, il décide seulement que la partie y est tenue, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un contrat; la caution sera donc légale ou conventionnelle.

Le code de procédure prescrit les formes dans lesquelles

(1) Liège, 22 avril 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 181).

les cautions judiciaires doivent être reçues. Il ne suffit pas, pour qu'une caution soit judiciaire, qu'elle soit reçue dans ces formes; si la caution est ordonnée par la loi, elle est légale, quand même la loi disposerait qu'elle doit être reçue en justice (art. 2185, et code de proc., art. 832 et 518). De même les parties qui stipulent une caution peuvent convenir que la caution sera reçue dans les formes judiciaires; cela n'empêche pas la caution d'être conventionnelle (1).

184. Quand la caution est-elle conventionnelle? La question semble impliquer la réponse; toutefois elle demande un mot d'explication. Les articles 2018 et 2019 déterminent les qualités que doit réunir la caution quand le débiteur est obligé d'en fournir une. Ces dispositions s'appliquent elles à la caution conventionnelle? Non et oui. Non, si la convention porte que telle personne est caution du débiteur, et que cette personne s'oblige à ce titre. D'ordinaire la caution intervient dans l'acte même auquel elle accède. Dans ce cas, il n'y a pas lieu d'appliquer les articles 2018 et 2019; le créancier accepte la caution que le débiteur présente, et ce concours de consentement forme le contrat; le créancier ne peut plus prétendre que la caution n'a pas les qualités que la loi exige: c'était à lui de ne pas l'accepter si elle n'avait pas les qualités légales; mais, une fois qu'il l'a acceptée, tout est consommé. Les articles 2018 et 2019 ne reçoivent leur application que lorsque la convention porte que le débiteur fournira caution; dans ce cas, le débiteur doit présenter une caution réunissant les conditions légales, sinon le créancier pourra la refuser (2).

NO 2. DES QUALITÉS QUE LES CAUTIONS DOIVENT AVOIR.

I. Conditions générales.

185. L'article 2018 porte que le débiteur *obligé à fournir une caution* doit en présenter une qui ait les qualités qu'il énumère. A quelles cautions cette disposition s'ap-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 678, notes 3 et 4, § 425. Pont, t. II, p. 213, n° 434.

(2) Duranton, t. XVIII, p. 329, n° 324. et tous les auteurs.

plique-t-elle? Elle est conçue dans les termes les plus généraux; elle est, par conséquent, applicable à tous les cas où il y a obligation de fournir une caution, donc au cautionnement légal, judiciaire et conventionnel. L'article 2040 le dit des cautions légales et judiciaires : « Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la loi ou par une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019. » Reste la caution conventionnelle, qui est soumise aux mêmes conditions; cela résulte implicitement de l'article 2040 (n° 184). Il y a donc un droit commun qui régit toutes les cautions en ce qui concerne les qualités qu'elles doivent avoir; ce qui est très-logique. Bien qu'il y ait diverses espèces de cautions, il n'y a qu'un seul cautionnement, en ce sens que tout cautionnement a pour objet de garantir le créancier; donc toutes les cautions doivent remplir les conditions que la loi prescrit, afin que le créancier trouve dans le cautionnement la garantie qu'il y cherche. Il y a, outre ces conditions générales, quelques dispositions particulières aux cautions légales et judiciaires; nous les exposerons plus loin.

186. La première condition requise par l'article 2018 est que la caution ait la capacité de contracter; il était inutile d'indiquer cette condition, puisqu'elle est commune à tous les contrats, donc au cautionnement. Telle que la loi la formule, la condition est même inexacte, car il ne suffit pas de la capacité de contracter pour être capable de cautionner, il faut être capable de disposer (n° 160).

187. L'article 2018 exige, en second lieu, que « la caution ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation. » Qu'entend-on par *répondre*? La loi n'exige pas que la caution fournisse une hypothèque, elle se contente de la garantie qu'offre le principe de l'article 2092 : tout débiteur qui engage sa personne engage ses biens. Cette garantie est considérée, en général, comme suffisante, quoiqu'elle n'offre pas une entière sûreté, le gage que la loi donne au créancier s'évanouissant par l'aliénation qu'il fait de ses biens, à moins qu'il ne la fasse en fraude de ses créanciers. Si la caution est conventionnelle, le créancier

est libre de stipuler une garantie réelle; mais la caution judiciaire ou légale ne pourrait pas être assujettie à fournir hypothèque.

188. La caution doit avoir un *bien suffisant*. De quels biens s'agit-il? L'article 2019 répond que la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'en égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique. Il y a donc une règle et il y a deux exceptions. La règle est que par *bien suffisant* la loi entend la *propriété foncière*. Cela exclut d'abord toute espèce de meubles, corporels ou incorporels. C'est une disposition traditionnelle. Pour juger de la solvabilité d'une caution, dit Pothier, et si les biens sont suffisants pour répondre de la dette, on n'a pas ordinairement égard à ses biens meubles, attendu que ces biens s'aliènent facilement et qu'ils n'ont pas de suite par hypothèque (1). Ces raisons ne sont pas bien décisives. Les immeubles aussi s'aliènent avec facilité, et échappent par là au gage du créancier; on peut les hypothéquer, il est vrai, mais le créancier n'a pas le droit d'exiger une hypothèque quand la caution est légale ou judiciaire; et, s'il se contente d'une garantie personnelle, pourquoi les biens mobiliers ne suffiraient-ils point pour établir la solvabilité de la caution? Le vrai motif de la loi tient au peu d'importance que l'on attachait, dans l'ancien droit, à la richesse mobilière. Les choses sont bien changées; dans un nouvel état social, le législateur aurait dû laisser là la tradition; il est absurde qu'un fermier possédant un hectare de terre puisse être caution, tandis que le plus riche banquier et le commerçant millionnaire ne pourraient l'être, s'ils ne possèdent pas d'immeubles. D'après la législation française, les actions de la Banque de France et les rentes sur l'Etat peuvent être immobilisées; néanmoins elles ne formeraient pas un bien suffisant dans le sens de l'article 2018, puisque ce ne sont pas des propriétés foncières (2).

189. La loi se relâche de sa sévérité pour les dettes ci-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 390. Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 8 (Loché, t. VII, p. 417). Pont, t. II, p. 67, n° 123.

(2) Troplong, *Du cautionnement*, n° 204.

viles quand elles sont modiques. Qu'est-ce qu'une dette modique? et en quoi consistera la garantie en ce cas? La loi ne définit pas ce que l'on entend par dette modique, et il faut avouer que cela était impossible, puisque l'importance d'une dette est une chose tout à fait relative; il fallait donc laisser au juge un pouvoir discrétionnaire. La loi ne dit pas non plus comment on estimera la solvabilité de la caution; tout ce qui résulte de l'article 2019, c'est que l'on a égard à la fortune mobilière. Pothier dit qu'on admettra pour caution des *marchands* qui ont un commerce bien établi, quoique leur fortune ne consiste qu'en biens meubles. Pourquoi pas des personnes non marchandes? Il est évident que la qualité de marchand ne saurait être une condition, il n'y a pas de condition légale; de sorte que la question de solvabilité est abandonnée à l'appréciation des tribunaux.

L'article 2018 ajoute qu'il y a encore exception en *matière de commerce*. Cette expression est très-vague. La loi entend-elle par là que la dette soit commerciale? ou suffit-il que la caution soit commerçante? La première interprétation est la plus conforme au texte; on ne peut pas dire que la *matière* soit *commerciale* quand la dette est civile; d'ailleurs la loi met les matières commerciales sur la même ligne que les dettes modiques; il s'agit donc de la nature des *dettes*; peu importe que la caution soit commerçante ou non. Cette interprétation, conforme à la lettre de la loi, conduit à une conséquence qui répugne à la raison. Il s'agit d'apprécier la solvabilité de la caution; or, la nature de la dette est indifférente quand il s'agit d'apprécier si une caution présente ou non des garanties suffisantes. C'est la position sociale de la caution qui devrait décider; on conçoit qu'un riche négociant soit admis comme caution, quoiqu'il ne possède pas d'immeubles, alors même que la dette serait civile; tandis qu'on ne comprend pas qu'un non-commerçant soit admis comme caution d'une dette commerciale, alors qu'il n'a pas de fortune immobilière. Mais le texte doit l'emporter sur ces considérations, car il ne laisse guère de doute (1).

(1) Voyez, en sens divers, Pont, t. II, p. 66, nos 120 et 121, et les auteurs qu'il cite.

190. Telle est la règle avec les modifications que la loi y apporte. L'application de la règle présente des difficultés que l'article 2019 prévoit. Il décide d'abord que l'on n'a pas égard aux immeubles litigieux. Qu'entend-on par là? La loi ne définit pas les immeubles litigieux; il faut donc admettre qu'il appartient au juge d'apprécier si la propriété de l'immeuble que la caution présente est litigieuse, c'est-à-dire s'il y a doute sur le point de savoir si cet immeuble appartient à la caution. Le doute existera s'il y a procès sur la propriété; mais la loi n'exige pas qu'il y ait procès, comme elle le fait dans l'article 1700; la définition que donne cet article ne peut pas être appliquée à l'article 2019, puisqu'il n'y a aucun rapport entre la cession de droits litigieux dont parle l'article 1700 et les garanties que doit présenter la caution. Un droit peut être litigieux sans qu'il soit l'objet d'un procès; c'est ce que suppose l'article 1597. Le juge n'étant lié par aucune définition jouit par là même d'un pouvoir d'appréciation (1). Nous retrouvons ce pouvoir à chaque pas dans cette matière; ce qui est assez naturel, puisqu'il s'agit de savoir si une caution est solvable, et la solvabilité est une question de fait plutôt que de droit; seulement la loi n'a pas voulu accorder au juge un pouvoir tout à fait discrétionnaire, parce que cet arbitraire répugne à notre droit public; elle a donc déterminé les bases d'après lesquelles le juge estimera la solvabilité, mais le pouvoir d'appréciation du juge reparait dans l'appréciation de ces bases.

191. L'immeuble, quoique n'étant pas litigieux, peut ne pas offrir de garantie au créancier; tel est le cas où il serait grevé d'hypothèques qui absorbent sa valeur. Il est certain que le juge n'admettra point une pareille garantie, parce qu'elle est illusoire. Quand la loi parle de *bien suffisant* et de propriétés foncières (art. 2018 et 2019), elle entend un bien qui soit la propriété de la caution; or, un immeuble hypothéqué pour toute sa valeur appartient aux créanciers inscrits plutôt qu'au débiteur. Si les hypothèques n'absorbent pas la valeur de l'immeuble, on déduira le mon-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 678, note 7. § 425.

tant des créances hypothécaires pour évaluer la sûreté qu'il offre au créancier. Il en serait de même des droits réels qui grèvent l'immeuble, tels que servitudes réelles ou personnelles, droits d'emphytéose ou de superficie (1).

192. L'article 2019 ajoute que l'on n'a pas égard aux immeubles dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. Voilà encore une condition dont l'appréciation est abandonnée au juge. Il ne s'agit pas d'une difficulté de droit, car la discussion des biens situés en France se fait partout d'après les mêmes règles; et on ne peut pas dire que la loi a entendu parler des biens situés à l'étranger, puisque la loi ne limite pas sa disposition à ces biens. L'article 2019 a donc entendu parler de difficultés de fait, de voyages à faire, de relations avec les avocats ou officiers ministériels. C'est peut-être pousser trop loin les exigences (2). Aujourd'hui surtout il n'y a plus de distances, depuis les merveilleuses inventions de la vapeur et de l'électricité.

L'orateur du gouvernement a voulu limiter cette condition, qui est réellement trop vague. « Nous avons établi pour règle, dit-il, que la caution devait présenter des biens dans le ressort du tribunal d'appel où elle doit être donnée (3). » L'erreur de Treilhard est évidente, il a appliqué à la situation des immeubles ce que l'article 2018 dit du domicile de la caution. Si nous relevons cette méprise, ce n'est pas par envie de critiquer; il n'y a pas un auteur, quelque exact qu'il soit, dans lequel on ne pourrait signaler de ces inexactitudes : *errare humanum est*. Mais il est bon de prouver que l'on ne doit pas avoir une confiance trop grande dans les travaux préparatoires, dont les auteurs modernes abusent trop souvent pour faire dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. Si les interprètes, au lieu de chercher le sens de la loi dans la tradition ou dans les travaux préparatoires, avaient plus de respect pour les textes, le nombre des controverses diminuerait singulièrement.

193. L'article 2018 exige encore une autre condition

(1) Duranton, t. XVIII, p. 334, n° 327, et tous les auteurs.

(2) Duranton, t. XVIII, p. 335, et tous les auteurs.

(3) Treilhard, Exposé des motifs, n° 7 (Loché, t. VII, p. 417).

pour qu'une personne puisse être présentée comme caution : « Il faut que son domicile soit dans le ressort de la cour d'appel où elle doit être donnée. » La facilité de poursuivre, dit l'Exposé des motifs, fait partie de la solvabilité. Ici la loi a précisé; elle a voulu concilier l'intérêt du débiteur obligé de fournir une caution et celui du créancier. Le premier est intéressé à trouver une caution remplissant toutes les conditions de la loi; il fallait donc lui laisser une certaine latitude en ce qui concerne le domicile. Quant au créancier, la loi a eu égard à son intérêt dans toutes les conditions qu'elle prescrit; elle le sauvegarde encore en obligeant le débiteur de présenter une caution domiciliée dans le ressort de la cour à laquelle aboutissent toutes les contestations qui peuvent s'élever en cette matière.

Mais la loi a oublié de décider quel est le domicile où la caution doit être donnée : est-ce celui du créancier ou du débiteur? est-ce le lieu où la dette a été contractée? Il y a controverse. Comme c'est surtout dans l'intérêt du créancier que la loi prescrit les conditions de l'article 2018, il nous semble qu'en cas de doute il faut se prononcer en sa faveur. Cela peut n'être pas sans inconvénient pour le débiteur; il en est ainsi de toutes les conditions que la loi établit; toutes imposent des restrictions, et toute restriction est gênante. Toujours est-il qu'il faut un principe; or, il est incontestable que si la loi établit des conditions, c'est en faveur du créancier; c'est donc en sa faveur qu'on doit les interpréter (1).

194. S'il y a contestation sur l'une des conditions que la loi prescrit dans les articles 2018 et 2019, qui devra prouver qu'elle existe ou qu'elle n'existe pas? Il y a un léger doute; à notre avis, il faut appliquer les principes généraux sur la preuve, puisque la loi n'y déroge point. Qui est demandeur, dans l'espèce? C'est le débiteur qui présente la caution; il est obligé d'en présenter une qui réunisse les conditions prescrites par la loi, il ne peut donc pas pré-

(1) Troplong, *Du cautionnement*, nos 193, 194. Massé et Vergé sur Zacharie, t. V, p. 64, note 7. En sens contraire, Ponsot, p. 170, n° 159, suivi par Pont, t. II, p. 71, n° 131.

senter une personne quelconque, en rejetant sur le créancier la preuve que la caution présentée ne remplit pas les conditions légales; il faut que lui-même prouve que la caution présente des biens suffisants, et qu'elle est domiciliée dans le ressort de la cour d'appel; seulement la suffisance des biens sera prouvée si la caution possède des immeubles libres jusqu'à concurrence du montant du cautionnement. Si le créancier objecte que les immeubles sont litigieux ou que la discussion en est difficile, il doit prouver le fondement de son exception. Cela résulte de la rédaction du code. Le premier alinéa de l'article 2018 détermine les conditions que le débiteur doit prouver, puisque c'est lui qui doit présenter une caution ayant les qualités légales; mais, dit le deuxième alinéa, si les immeubles étaient litigieux ou d'une discussion difficile, alors c'est au créancier à établir qu'on ne peut y avoir aucun égard: cela implique une exception dont la preuve incombe à celui qui l'oppose (1).

195. La caution, qui était solvable au moment où elle a été reçue, peut devenir insolvable. Quel est, dans ce cas, le droit du créancier? L'article 2020 répond à la question: « Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre. » Il y a eu sur ce point une longue discussion au conseil d'Etat; Treilhard, qui y assista, la résume dans l'Exposé des motifs. A l'appui du principe tel qu'il a été formulé par le code civil, on disait que si le créancier exige une caution, c'est pour s'assurer de l'exécution de l'obligation, qu'il a voulu une caution toujours solvable et qui lui offrît une garantie réelle jusqu'à ce que l'obligation fût exécutée. Chabot, dans son rapport au Tribunat, s'exprime avec plus de précision. Le cautionnement, dit-il, est la condition expresse de l'obligation; le créancier n'aurait pas traité avec le débiteur, si celui-ci ne lui avait fourni une caution bonne et solvable; donc, quand la caution devient insolvable, il est juste que le créancier puisse en exiger une autre, sinon il arriverait que, n'ayant pas voulu traiter avec le débiteur seul, il se trouverait cepen-

(1) Comparez Ponsot, p. 157, nos 143 et 144; Pont, t. II, p. 69, n° 128.

dant réduit à l'avoir seul pour débiteur. En d'autres termes, le contrat serait rompu; pour le maintenir tel que les parties l'ont entendu former, le débiteur doit donner une autre caution au créancier.

On objectait, contre cette doctrine, qu'en droit romain le débiteur n'était pas tenu de donner une autre caution lorsque celle que le créancier avait acceptée était devenue insolvable. Le débiteur, disait-on, a satisfait à son obligation en fournissant une caution acceptée par le créancier; il n'est pas garant de l'insolvabilité, c'est un cas fortuit que le créancier doit supporter (1). Pothier déjà s'était écarté de la rigueur romaine, qui ne tenait aucun compte de l'intention des parties contractantes, et c'est cependant cette intention qui est l'élément dominant de la convention. Quand le créancier stipule une garantie hypothécaire, et que les immeubles viennent à périr ou à se dégrader par cas fortuit, il peut réclamer le remboursement de sa créance; seulement le débiteur, n'étant pas en faute, est admis à offrir un supplément d'hypothèque (art. 2131, et loi hyp., art. 79). La loi le décide ainsi parce que l'hypothèque est la condition sous laquelle le créancier a prêté ses fonds au débiteur. Cette même raison de décider existe quand le créancier a stipulé une caution; il n'a traité que sous la condition du cautionnement, il doit avoir le droit de rompre le contrat si le débiteur ne fournit pas une nouvelle caution.

L'article 2020 ajoute: « Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution. » Pothier faisait une autre distinction, peu juridique, entre le cas où le débiteur s'était obligé à fournir une caution indéterminément, et le cas où il avait contracté sous la garantie d'une caution déterminée; dans cette dernière hypothèse, il admettait que le débiteur n'était pas tenu de fournir une nouvelle caution (2). La dis-

(1) Séance du conseil d'Etat du 16 frimaire an XII, n° 8 (Loché, t. VII, p. 402) Treilhard, Exposé des motifs, n° 9 (Loché, p. 417). Chabot, Rapport, n° 11 (Loché, p. 424).

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 391.

position du code est plus juste. Il ne faut pas voir ce que le débiteur a fait, mais ce que le créancier a exigé. La règle est que le créancier a le droit de demander une nouvelle caution : quand cette règle doit-elle recevoir exception ? Lorsque c'est le créancier qui est responsable du choix de la caution, c'est-à-dire quand c'est lui qui a nominativement indiqué et exigé par une convention expresse la caution qui est devenue insolvable. Alors on peut dire que le débiteur a rempli la seule obligation qui lui incombait, celle de fournir la caution exigée par le créancier ; c'est à celui-ci de répondre des suites d'un choix qu'il a imposé au débiteur. Dans ce cas, dit Chabot, la caution étant déterminée, la garantie du débiteur est aussi déterminée ; s'il la fournit, son obligation est remplie ; au lieu qu'en stipulant une caution indéterminée, sans la désigner, sans faire de telle caution une condition du contrat, le créancier entend stipuler une garantie qui soit suffisante pendant toute la durée du contrat (1).

196. Il reste une difficulté sur laquelle il y a controverse. Le créancier peut exiger une autre caution quand celle que le débiteur a fournie est devenue insolvable. Qu'entend-on par insolvabilité ? L'article 2020 est une suite des articles 2018 et 2019, qui établissent que le débiteur doit donner une caution bonne et solvable, et qui déterminent les conditions requises pour que la caution soit réputée solvable ; lors donc que l'une de ces conditions vient à manquer, il faut décider qu'il y a insolvabilité. Ce n'est pas l'insolvabilité ordinaire, la déconfiture ou la faillite, c'est une insolvabilité légale, conséquence de la solvabilité légale. Cette interprétation de la loi est aussi en harmonie avec les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'article 2020. C'est parce que la loi du contrat est rompue que le débiteur est obligé de donner une autre caution ; et quelle est la loi du contrat ? Que le débiteur donne une caution qui présente les conditions de solvabilité définies par l'article 2019 ; donc, si l'une de ces conditions vient à manquer, le créancier n'a plus la garantie qu'il avait stipulée ;

(1) Pont, t. II, p. 75, nos 138-143.

par suite, il peut demander que cette garantie lui soit fournie, en donnant une autre caution. Ainsi la caution présentée par le débiteur possédait une maison dont la valeur était suffisante pour répondre de l'objet de l'obligation, cette maison est détruite par un incendie ; dès lors la caution est légalement insolvable, quand même elle posséderait des valeurs mobilières plus que suffisantes pour assurer le paiement ; mais ces valeurs ne sont pas prises en considération pour estimer la solvabilité de la caution ; elle n'est plus solvable dès qu'elle ne possède plus d'immeubles ; donc le débiteur doit donner une autre caution (1).

197. Si la solvabilité de la caution a seulement diminué, il y a lieu de fournir une caution supplémentaire. On doit le décider ainsi par analogie de l'article 2131 (loi hyp., art. 79). Dans le cas où la garantie hypothécaire a diminué par une dégradation accidentelle des fonds hypothéqués, le débiteur est admis à fournir un supplément d'hypothèque. Cela concilie tous les intérêts. Il est plus facile au débiteur de trouver une caution supplémentaire qu'une caution nouvelle qui garantisse toute la dette, et les deux cautions réunies présenteront au créancier une sûreté suffisante (2).

198. Faut-il appliquer au domicile de la caution ce que l'article 2020 dit de l'insolvabilité ? La caution avait son domicile dans le ressort de la cour d'appel où elle devait être donnée. Postérieurement au contrat, elle change de domicile, en s'établissant dans le ressort d'une autre cour d'appel. Le créancier pourra-t-il demander que le débiteur lui donne une autre caution ? L'affirmative est enseignée ; et, quoique cette opinion soit rigoureuse, elle nous paraît certaine. C'est l'application du principe sur lequel est fondée la disposition de l'article 2020. Le domicile est une des qualités que la loi exige pour la caution que le débiteur est obligé à fournir ; si la caution n'a plus le domicile qu'elle devait avoir et qu'elle avait, la loi du contrat est rompue, et, par suite, le créancier peut forcer le débiteur à fournir une caution nouvelle (3).

(1) Pont, t. II, p. 77, n° 144. En sens contraire, Ponsot, p. 181, n° 166.

(2) Ponsot, p. 189, n° 169, et tous les auteurs.

(3) Duranton, t. XVIII, p. 330, n° 325, et tous les auteurs.

199. Le débiteur obligé à fournir une caution n'en trouve pas qui possède les qualités requises par la loi : sera-t-il admis à la remplacer par une garantie réelle ? A notre avis, la négative est certaine ; il ne dépend pas du débiteur de changer la loi du contrat ; or, le créancier a stipulé et le débiteur a promis une caution ; et il est de principe que le créancier ne peut être forcé de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale, ou même plus grande (art. 1243). Pothier, qui prévoit cet argument, décide néanmoins le contraire. On doit permettre facilement, dit-il, à celui qui est obligé de fournir une caution, de donner des gages à la place lorsqu'il ne peut donner de caution, parce que celui à qui la caution est due n'ayant d'autre intérêt que de se procurer une sûreté, et en trouvant dans le gage autant et même plus, ce serait de sa part une pure *mauvaise humeur* de refuser la sûreté réelle. Pothier subordonne le droit à l'équité ; c'est dépasser le pouvoir de l'interprète : la convention tient lieu de loi, et il n'appartient pas au juge de la modifier. Il ne s'agit pas d'un *intérêt*, comme le dit Pothier, il s'agit d'un *droit contractuel* ; on ne peut pas reprocher au créancier d'y mettre de la *mauvaise humeur* ; il répondrait qu'il use de son droit (1). L'article 2041 vient à l'appui de l'opinion générale ; il porte que celui qui, obligé par la loi ou par un *jugement* de fournir une caution, n'en trouve pas, est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant. Donc quand la loi veut permettre que le débiteur remplace une garantie personnelle par une garantie réelle, elle le dit ; quand elle ne le dit pas, c'est qu'elle ne veut et ne peut le permettre. On conçoit que la loi qui ordonne un cautionnement le remplace par un gage ; il en est de même quand le *juge* oblige l'une des parties à fournir caution, car il le fait en vertu de la loi. Mais le législateur ne peut pas autoriser le juge à violer la loi du *contrat*, en substituant une garantie réelle à la garantie personnelle que le créancier a stipulé. Vainement dirait-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 392. En sens contraire. Pont, t. II, p. 79, n° 250, et tous les auteurs.

on, avec Pothier, que le gage est une garantie plus sûre que la caution ; le législateur n'admet pas cette objection quand il s'agit d'un droit conventionnel. Le débiteur qui offre à son créancier une pièce de terre valant les mille francs qu'il lui doit, pourrait dire aussi qu'un immeuble est une valeur plus sûre qu'une somme d'argent ; l'article 1243 repousse cependant cette prétention, et, par identité de raison, on doit repousser le débiteur qui offre un gage alors qu'il doit une caution.

II. De la caution légale et de la caution judiciaire.

200. Aux termes de l'article 2040, les cautions légales et judiciaires doivent d'abord remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019 ; la loi ajoute que la caution judiciaire doit, en outre, être contraignable par corps ; et, d'après l'article 2060, n° 5, la contrainte par corps avait lieu contre les cautions judiciaires qui s'y soumettaient. « Il faut des liens plus forts, dit l'Exposé des motifs, et de plus grandes sûretés pour les obligations qui se contractent avec la justice. » C'est une phrase comme on en trouve trop chez les orateurs du gouvernement ; on ne contracte jamais avec la justice. Est-ce que la justice stipule ou promet ? Cela n'a pas de sens. Le cautionnement ne change pas de nature, selon qu'il est conventionnel ou judiciaire ; c'est toujours une garantie, et cette garantie devrait être la même, que ce soit le juge qui l'ordonne ou les parties qui la stipulent. Il est inutile d'insister sur cette critique, puisque l'article 2040 n'est plus que de l'histoire, la contrainte par corps étant abolie en France et en Belgique.

201. Par une singulière anomalie, la disposition exceptionnelle de l'article 2040 ne s'appliquait pas à la caution légale ; de sorte que la justice jouissait d'une plus grande autorité que la loi. Il en est de même d'une autre disposition exceptionnelle. Aux termes de l'article 2042, la caution judiciaire ne peut pas demander la discussion du débiteur principal ; et, par voie de conséquence, l'article 2043 ajoute que celui qui a simplement cautionné