

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

§ I^{er}. De l'extinction directe du cautionnement.

268. « L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations » (art. 2034). Celui qui cautionne s'oblige; il suit de là que les causes qui éteignent les obligations en général doivent aussi éteindre la sienne (1). Il faut donc appliquer au cautionnement les principes que nous avons exposés, au titre des *Obligations*, sur les causes qui éteignent les obligations conventionnelles. Les règles générales reçoivent cependant quelques modifications dans leur application au cautionnement; nous allons les signaler.

269. La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que chacun des débiteurs soit débiteur principal et direct de celui dont il est créancier direct et principal. Or, la caution, quoiqu'elle soit débitrice, n'est que débitrice accessoire; quant elle est poursuivie, elle ne peut pas être contrainte à payer, puisqu'elle jouit du bénéfice de discussion. Il suit de là que si elle devient créancière du créancier de l'obligation principale, la créance de la caution et la dette résultant du cautionnement ne se compensent pas de plein droit; la compensation ne s'opère, en ce cas, que du jour où elle a été opposée par la caution. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur ce point, au chapitre de l'*Extinction des obligations* (t. XVIII, n^{os} 424 et 425).

270. La confusion n'éteint les obligations en général qu'à raison de l'impossibilité où se trouve le créancier d'en poursuivre l'exécution, et, par conséquent, dans les limites

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n^o 21 (Loché, t. VII, p. 419).

de cette impossibilité. De là suit que les effets de l'obligation résultant du cautionnement subsistent en tant qu'il est possible d'en poursuivre l'exécution. Si donc la caution a constitué une hypothèque, l'hypothèque subsiste, quoique le cautionnement soit relativement éteint par la confusion, la caution étant devenue l'héritière du débiteur principal ou le débiteur étant devenu l'héritier de la caution. Nous renvoyons, quant au principe et quant aux conséquences qui en résultent pour le cautionnement, à ce qui a été dit sur la confusion, au titre des *Obligations* (t. XVIII, n^o 502).

L'article 2035 contient une conséquence du même principe; il est ainsi conçu : « La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution. » Quand le débiteur devient héritier de la caution, le cautionnement s'éteint par confusion, en ce sens que le créancier n'a plus deux actions, l'une contre le débiteur, l'autre contre la caution, puisque le débiteur et la caution ne font qu'une seule et même personne et que le débiteur ne peut pas être caution de lui-même; c'est cette impossibilité de poursuivre la caution qui entraîne l'extinction du cautionnement par confusion. Mais l'impossibilité n'existe qu'à l'égard de la caution, elle n'existe pas à l'égard de celui qui a cautionné la caution; de là suit que l'obligation du certificateur de la caution n'est pas éteinte.

271. Aux termes de l'article 2250, l'interpellation faite au débiteur principal, ou sa reconnaissance interrompt la prescription contre la caution. Il suit de là que le cautionnement subsiste, quoique la prescription se soit accomplie sans interruption à l'égard de la caution. Nous reviendrons sur la disposition de l'article 2250, qui ne se concilie guère avec le principe établi par l'article 2034.

§ II. De l'extinction du cautionnement par l'extinction de l'obligation principale.

272. Le cautionnement est une obligation accessoire; et comme l'accessoire ne peut subsister sans le principal,

il s'ensuit que l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction du cautionnement. L'application du principe soulève des difficultés que nous allons examiner en parcourant les divers modes d'extinction des obligations.

N° 1, DU PÂYEMENT.

273. Que le paiement de l'obligation principale éteigne le cautionnement, cela est d'évidence. En est-il de même des offres de paiement suivies de consignation? Le débiteur qui a fait la consignation peut la retirer tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier; et s'il la retire, les cautions ne sont pas libérées (art. 1201). Les offres réelles n'équivalent au paiement que lorsqu'elles ont été acceptées; dans ce cas, le cautionnement est éteint, parce que la dette principale est définitivement éteinte. Il y a encore paiement définitif lorsque le débiteur a obtenu un jugement passé en force de chose jugée qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables; lors même qu'il retirerait les choses consignées, du consentement du créancier, les cautions restent libérées (art. 1261 et 1262). Nous renvoyons, sur le principe et les conséquences qui en résultent, au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 210).

274. Le paiement avec subrogation éteint la dette à l'égard du créancier, mais elle subsiste à l'égard du tiers subrogé par une fiction que la loi établit en sa faveur, et cette fiction a précisément pour objet de maintenir les garanties accessoires qui assurent le paiement de la dette; de sorte que les privilèges et hypothèques subsistent, ainsi que le cautionnement (art. 1252). Nous avons expliqué cette matière difficile au titre des *Obligations*.

La cour de cassation a rendu contre la caution un arrêt qui est critiqué par tous les auteurs. Troplong résume les faits en ces termes. Le débiteur cautionné paye le créancier sans subrogation; donc, en droit, le cautionnement était éteint. Mais, voulant se ménager le moyen de contracter un autre emprunt, en transportant au prêteur la garantie de cautionnement, le débiteur se fit donner par le créancier une procuration en blanc pour transporter au fu-

tur prêteur la créance en réalité éteinte, avec le cautionnement qui la garantissait. L'emprunt se fit avec subrogation. C'était une des fraudes si fréquentes en cette matière. Il s'agissait de savoir si la caution en serait la victime. Elle soutint qu'elle était libérée par le paiement fait sans subrogation. Quant à l'emprunt contracté avec subrogation, on ne pouvait le lui opposer, puisque la subrogation à une créance éteinte était impossible. Cette défense ne fut pas admise par la cour de Paris, et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet; toutefois la chambre des requêtes avait admis le pourvoi, et la chambre civile ne le rejeta qu'après un délibéré en chambre du conseil et sur les conclusions contraires de l'avocat général (1). Ponsot dit, en termes un peu crus, que l'arrêt ne vaut rien, et, au fond, tous les auteurs sont de cet avis (2). Nous croyons que la critique est juste.

La cour commence par dire que l'emprunt fait avec subrogation doit donner au prêteur toutes les garanties que la lettre de l'acte lui promet. C'est poser en principe ce qui faisait l'objet du débat: pouvait-il y avoir subrogation contre la caution, alors que le cautionnement était éteint par le paiement que le débiteur avait fait? Peu importe que le prêteur fût de bonne foi et qu'il n'eût aucun moyen de connaître l'extinction du cautionnement. Il y avait une fraude dans l'espèce; le débiteur avait fait revivre frauduleusement une créance éteinte: la difficulté était de savoir à qui la fraude devait nuire, à la caution ou au tiers prêteur. Ce n'était pas une question de bonne foi, c'est-à-dire de fait, c'était une question de droit. La cour de cassation donne, en effet, des motifs de droit; ce sont ces motifs qui ont été si rudement attaqués.

La caution, dit la cour de cassation, était représentée dans l'acte d'emprunt par le débiteur, dont elle avait suivi la foi. Sur quoi se fonde cette prétendue représentation? La cour ne le dit point. Nous avons déjà rencontré cette fausse théorie qui considère le débiteur comme le représen-

(1) Rejet, chambre civile, 12 février 1840 (Daloz, au mot *Cautionnement*, t. 321).

(2) Ponsot, p. 432, n° 342. Troplong, n° 499. Pont, t. II, p. 195, n° 393.

tant de la caution (t. XX, n° 119); elle ne résulte certes pas de la nature du cautionnement. La caution agit comme mandataire ou gérant d'affaires en cautionnant le débiteur; comment pourrait-on induire de là que la caution donne pouvoir au débiteur de la représenter? Dans l'espèce, cette prétendue représentation n'avait pas de sens. Le débiteur, tout en payant, se ménageait le moyen de tromper la caution en faisant revivre par fraude le cautionnement qui était éteint: et l'on veut que la caution donne pouvoir au débiteur de la frauder! On veut que la caution soit représentée dans un acte que le débiteur fait contre elle, au mépris de ses droits! Que répond la cour de cassation? « Si le débiteur a dissimulé l'extinction de la dette, afin de se ménager le moyen de faire un nouvel emprunt et d'y engager de nouveau la caution, celle-ci doit s'imputer de ne s'être pas mise en mesure, à l'égard des tiers, de constater l'extinction de la dette. » La cour oublie que la fraude a commencé lors du paiement qui éteignait la dette principale et le cautionnement; comment la caution pouvait-elle constater un paiement qui se faisait avec une procuration en blanc destinée à frauder la caution? La caution n'assiste pas au paiement; et, n'y figurant pas, elle doit être admise à le prouver, même par témoins et par présomptions, aux termes des articles 1348 et 1353, puisqu'elle a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. La cour de Paris avait rejeté la preuve offerte par la caution, par le motif que l'article 1341 défend d'alléguer la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes. Quel était, dans l'espèce, l'acte où avait figuré la caution et contre lequel elle ne pouvait être admise à la preuve par témoins? La caution n'était intervenue que dans l'acte de cautionnement, et, en principe, le débiteur ne prouve pas contre l'acte qui constate la dette lorsqu'il demande à prouver que la dette est éteinte; cela est élémentaire. Quant à l'acte d'emprunt consenti par le débiteur avec subrogation en fraude de la caution, celle-ci n'y figurait point, et elle n'y était pas représentée; donc l'article 1341 n'était pas applicable en tant qu'il défend d'alléguer la preuve testimoniale contre les actes. Restait à savoir si, d'après le droit com-

mun, la caution était admise à prouver le fait du paiement par témoins et par présomptions; l'article 1348 répond à la question; la caution se trouvait dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, donc elle devait être admise à la preuve testimoniale.

275. Le paiement partiel donne lieu à une difficulté d'imputation. S'il y a deux dettes, dont l'une est cautionnée et dont l'autre ne l'est pas, l'imputation du paiement partiel fait par le débiteur a lieu, d'après le droit commun, sur la dette la plus onéreuse, donc sur la dette cautionnée (art. 1256). Sur ce point, il n'y a aucun doute. Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où la caution a cautionné une partie seulement de la dette; si le débiteur paye un à-compte, on doit l'imputer sur la partie non cautionnée. Ici ne s'appliquent pas les règles établies par l'article 1256; ces règles supposent des dettes différentes, tandis que, dans l'espèce, il n'y a qu'une seule dette. La question est donc tout autre; il s'agit de savoir quelle a été l'intention des parties contractantes en stipulant un cautionnement partiel; en général, cette intention n'est point douteuse; le créancier n'avait pas une confiance entière dans la solvabilité du débiteur, il se fait donner caution pour la partie de la dette qui pourrait ne pas être payée. Quand donc le débiteur paye un à-compte, l'intention des contractants est que cet à-compte diminue la partie de la dette qui n'est pas cautionnée, afin que le créancier conserve la garantie entière pour la partie de la dette qui a été cautionnée. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela ne nous paraît pas douteux (1). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Caen qui applique la règle d'imputation de l'article 2056 (2); nous avons répondu d'avance à l'argument que l'on pouvait y puiser.

Il y a cependant une restriction à faire à l'opinion consacrée par la cour de cassation. La cour se base sur l'intention des parties contractantes; mais les parties sont libres de manifester une intention contraire, puisqu'il ne s'agit que

(1) Cassation, 12 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 278). Dans le même sens, Troplong, nos 247, 500 et 501; Aubry et Rau, t. IV, p. 692, note 1, § 429; Pont, t. II, p. 195, n° 394.

(2) Caen, 16 juillet 1851 (Dalloz, 1854, 5, 98).

d'intérêts privés. La cour de cassation l'a jugé ainsi, en maintenant un arrêt de la cour d'Orléans, par le motif que l'interprétation des juges du fait était souveraine (1).

N^o 2. DE LA NOVATION.

276. « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions » (art. 1281), sauf au créancier à exiger leur accession ; dans ce cas, si elles accèdent, elles seront tenues de la nouvelle dette en vertu d'un nouveau cautionnement ; et si elles n'accèdent pas, l'ancienne créance subsiste avec le cautionnement qui y était attaché. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur l'article 1281, au titre des *Obligations*.

277. Quand y a-t-il novation ? Sur ce point, il y a de grandes difficultés que nous avons examinées, au titre qui est le siège de la matière. En général, la réception, par le créancier, d'un billet à ordre n'opère pas novation et ne libère pas la caution. Il a été jugé qu'il en est ainsi alors même que le billet a été reçu après l'expiration du terme. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute sur l'intention du créancier ; il n'avait délivré qu'une reconnaissance provisoire de la somme, sauf à délivrer une quittance après l'acquit du billet ; ainsi la réception du billet n'était qu'un moyen de faciliter le paiement (2) ; et il en est régulièrement ainsi, puisque l'on ne reçoit les billets que sous la condition tacite de l'encaissement.

Une mère s'engage à rembourser tous les effets que son fils remettra à un banquier, dans le cas où ces effets resteraient en souffrance. Le découvert de la maison de banque s'élevant, en 1843, à 83,000 francs, constatés par des traites restées non payées, le fils débiteur remplaça ces traites, qui étaient tirées sur des débiteurs fictifs, par d'autres qu'il souscrivit directement au profit du banquier. Les billets renouvelés n'ayant pas été payés, le banquier poursuivit la caution. Celle-ci prétendit que le renouvelle-

(1) Rejet, 13 novembre 1861 (Daloz, 1862, 1, 133).

(2) Rejet, 12 février 1811 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n^o 363).

ment des billets emportait novation. La cour de Paris jugea que la substitution d'effets souscrits directement aux mandats ou effets de correspondance précédemment négociés par le débiteur aux banquiers ne pouvait être considérée, à raison des circonstances dans lesquelles elle avait eu lieu, comme ayant opéré novation. La chose était évidente ; le créancier ne pouvait avoir l'intention de faire novation, puisqu'il aurait perdu la garantie du cautionnement en recevant des billets qui n'avaient aucune valeur s'ils n'étaient garantis par la caution. Ce n'est donc pas dans l'intérêt du banquier que ces billets avaient été souscrits et reçus ; la substitution s'était faite dans le seul intérêt du débiteur, à titre de prorogation d'échéance. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1).

278. L'article 2039 contient une application de ces principes ; il porte que « la prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement ». Proroger un terme n'est certes pas nover. Il y a cependant une considération que l'on pourrait faire valoir en faveur de la caution, c'est que le débiteur peut devenir insolvable pendant la prorogation du terme ; il paraît contraire, sinon au droit strict, du moins à l'équité, de faire retomber cette insolvabilité sur la caution, alors qu'elle n'a pas consenti à la prorogation. C'est sans doute par ce motif que la coutume de Bruxelles avait disposé, contrairement au droit romain, que « lorsque quelqu'un s'est constitué fidéjusseur de payer à un jour fixé ou à terme limité, et que le créancier prolonge ledit jour ou terme de paiement, ledit fidéjusseur est libéré. » La cour de Bruxelles a jugé que cette disposition de la coutume, dérogeant aux principes, était de stricte interprétation (2). Le code civil a donné satisfaction à l'équité, tout en maintenant le droit du créancier ; d'après l'article 2039, la caution a, en cas de prorogation de terme, le droit de poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement ; elle a donc

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

(2) Bruxelles, 8 août 1814 (*Pastorie*, 1814, p. 169).

un moyen d'empêcher que la prorogation ne lui devienne préjudiciable. C'est une conséquence de l'article 2032 : dès que la dette devient exigible, la caution peut agir contre le débiteur pour être indemnisée (1). Il est vrai que la prorogation de terme, ainsi interprétée, sera inutile au débiteur, car s'il ne peut pas être poursuivi par le créancier, il peut l'être par la caution. Mais il peut se mettre à l'abri de ces poursuites en prenant des arrangements avec la caution, dont le seul intérêt est d'obtenir des sûretés contre le danger de l'insolvabilité du débiteur.

279. « L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé » (art. 2038). On cite cette disposition comme un exemple de novation (2); c'est plutôt un paiement, puisque la dation en paiement éteint l'ancienne dette, sans créer une obligation nouvelle. Il y aurait novation si le créancier consentait à éteindre la première dette moyennant la promesse du débiteur de lui donner un immeuble ou un autre effet en paiement; cette promesse serait une dette nouvelle, qui prendrait la place de l'ancienne.

280. Les cautions solidaires peuvent-elles invoquer la disposition de l'article 2038? Oui, et sans doute aucun; l'acceptation d'un immeuble en paiement, qu'elle constitue un paiement proprement dit ou une novation, éteint la dette; et quand la dette est éteinte, il ne peut plus être question d'un cautionnement. On a soutenu le contraire devant la cour de cassation par de très-mauvaises raisons. La caution solidaire, dit-on, est un débiteur solidaire, et le débiteur solidaire ne peut invoquer une disposition exceptionnelle qui n'est faite que pour la caution. On a répondu qu'il n'est pas exact de dire que la caution qui s'oblige solidairement devient un débiteur solidaire. Il n'est pas plus exact de dire que l'article 2038 contient une disposition exceptionnelle; il ne fait qu'appliquer les principes élémentaires qui régissent le cautionnement (3).

(1) Lahary, Discours, n° 31 (Loché, t. VII, p. 444).

(2) Pont, t. II, p. 197, n° 398.

(3) Rejet, 10 mai 1858 (Dalloz, 1858, 1, 283). Pont, t. II, p. 199, n° 401.

281. L'article 2038 déroge cependant en un point aux principes, c'est que la libération de la caution subsiste, alors même que le créancier est évincé de la chose qu'il a reçue en paiement de la dette principale. Celui qui reçoit une chose en paiement de ce qui lui est dû ne libère pas le débiteur d'une manière définitive, il ne le libère que sous la condition que le débiteur lui transfère la propriété de la chose; si le créancier en est évincé, la dation en paiement est nulle, et, par suite, le débiteur n'est pas libéré; et si la dette principale subsiste, le cautionnement devrait aussi subsister. La loi maintient l'extinction du cautionnement par faveur pour la caution; mais, quelque favorable que soit le cautionnement, il ne faut pas perdre de vue que le créancier a traité sous la foi de cette garantie. L'orateur du Tribunat dit que la caution n'a garanti que la première obligation. Sans doute; mais cette première obligation est censée n'avoir pas été éteinte lorsque le créancier est évincé (1). On ne peut faire valoir, en faveur de la caution, qu'une seule considération : lorsque le créancier reçoit une chose en paiement de ce qui lui est dû, la dette est échue, et, partant, la caution aurait le droit de poursuivre le débiteur pour être indemnisée; si elle ne le fait pas, c'est qu'elle sera régulièrement libérée par la dation en paiement; il serait donc contraire à l'équité de l'exposer indéfiniment au recours du créancier en cas d'éviction (2). L'article 2038 étant une dérogation aux principes, on doit restreindre la disposition au cas formellement prévu par la loi. On ne peut pas l'étendre au cas où un paiement est annulé; ce paiement est censé n'avoir pas été fait, donc la dette subsiste ainsi que le cautionnement. On n'est pas dans les termes de l'article 2038, et on ne peut étendre une exception (3).

282. Le créancier peut-il se réserver ses droits contre la caution dans le cas où il serait évincé de la chose qu'il reçoit en paiement? Ce serait une dation en paiement conditionnelle, et la condition faisant défaut, il n'y aurait pas

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 467, n° 1162. Lahary, Discours, n° 30 (Loché, t. VII, p. 444).

(2) Orléans, 30 avril 1850 (Dalloz, 1851, 2, 29).

(3) Douai, 7 juillet 1875 (Dalloz, 1876, 2, 30).

de paiement, partant pas d'extinction du cautionnement. On objecte que la réserve du créancier n'empêche pas que l'action de la caution contre le débiteur ait été paralysée. Cela nous paraît douteux. La caution peut agir contre le débiteur dès que la dette est échue, et le débiteur ne peut la repousser qu'en prouvant que la dette est éteinte; or, une dation en paiement subordonnée à une condition n'entraîne pas l'extinction de la dette, en ce sens qu'elle ne donne pas à la caution la sécurité à laquelle elle a droit (1).

Les termes de l'article 2038 confirment notre opinion. Toute acceptation d'un immeuble en paiement de la dette ne suffit point pour qu'il y ait extinction de la dette et du cautionnement; il faut, dit la loi, que l'acceptation soit *volontaire*. Qu'entend-on par acceptation volontaire? Nous avons déjà plusieurs fois rencontré ce mot; il indique toujours qu'un acte juridique a été fait dans une certaine intention. Ainsi l'article 1338 dit que l'exécution *volontaire* de l'obligation vaut confirmation; ce qui veut dire que l'exécution doit impliquer l'intention ou la volonté de confirmer l'acte nul. Dans l'article 1235, le mot *volontairement* a une signification analogue. De même l'acceptation d'une chose en paiement de la dette n'est pas volontaire quand le créancier n'a pas la volonté de décharger le débiteur; ce qui implique une réserve ou une condition; tandis que l'acceptation sans réserve ni condition marque la volonté de libérer le débiteur et, par suite, la caution.

283. La cour de cassation a encore déduit une autre conséquence du mot *volontaire*. Un immeuble est hypothéqué pour sûreté de la dette cautionnée; le créancier s'en rend adjudicataire: peut-on dire de lui qu'il a accepté *volontairement* cet immeuble en paiement de la créance? Non, dit la cour. Le créancier ne peut pas avoir, dans ce cas, l'intention de libérer la caution, car il ne sait point s'il viendra en ordre utile pour être payé de sa créance; ce n'est que lors du paiement que la dette sera éteinte et que la caution sera libérée (2).

(1) Voyez, en sens divers, Troplong, n° 583; Duranton, t. XVIII, p. 485, n° 383, et Ponsot, p. 424, n° 337.

(2) Rejet, 19 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 1, 86).

La cour de cassation a également jugé que l'article 2038 est inapplicable lorsque le créancier a reçu des effets en paiement en vertu de la convention, et qu'ensuite il en a été évincé par suite de la déclaration de faillite du débiteur. Nous citerons les termes de l'arrêt, parce qu'ils se rapprochent de l'opinion que nous venons d'émettre sur le sens du mot *volontaire*. Si, dit la cour, la caution est déchargée par l'acceptation volontaire que fait le créancier d'un immeuble en paiement de la dette principale, encore que le créancier vienne à en être évincé, cette déchéance tient à la *renonciation présumée* du créancier à ses droits contre la caution. Cela suppose que, postérieurement au contrat, le créancier reçoit une valeur quelconque à la décharge de sa créance; il change, dans ce cas, la situation créée par le contrat de cautionnement; il opère une novation qui annule ou modifie essentiellement, en ce qui concerne le cautionnement, la convention première. Si les effets reçus par le créancier lui ont été remis en vertu de la convention même, il n'y a aucun changement, aucune renonciation; donc tous les droits restent les mêmes (1).

N° 3. DE LA REMISE DE LA DETTE.

284. Les articles 1287 et 1288 contiennent les dispositions suivantes sur l'effet de la remise de la dette en ce qui concerne le cautionnement :

« La remise ou *décharge conventionnelle* accordée au débiteur principal libère les cautions. »

« Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal. »

« Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres. »

« Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions. »

Ces dispositions ont été expliquées au titre des *Obliga-*

(1) Rejet, 23 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 84).

tions. Nous avons examiné aussi, en traitant de la remise de la dette, la question de savoir quel est l'effet de la remise *tacite* en ce qui concerne le cautionnement (t. XVIII, nos 370-373, 377, 378).

285. L'article 1287 suppose que le créancier a fait *remise volontaire* de la dette au débiteur principal; c'est le nom que l'article 1234 donne à ce mode d'extinction des obligations. En renonçant à la dette principale, le créancier renonce par cela même à l'obligation accessoire de la caution. Autre est la question de savoir si le débiteur à qui la remise est faite a une action contre la caution; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 237).

Il y a des remises qui ne sont pas volontaires : telle est celle que les créanciers accordent au débiteur failli en consentant un concordat. Les créanciers sont forcés de consentir à cette remise pour tirer le meilleur parti de leurs créances; voilà pourquoi l'avis de la majorité lie la minorité; ils doivent donc conserver leur droit entier contre la caution, car ils ont stipulé la garantie du cautionnement pour le cas de l'insolvabilité, et c'est cette insolvabilité qui les force de se contenter d'un paiement partiel. Pothier et, à sa suite, les auteurs modernes donnent une autre raison: le concordat n'éteint que la dette civile pour la partie qui en est remise, mais il subsiste une obligation naturelle, laquelle est un fondement suffisant à l'obligation des fidéjusseurs. Cela suppose que les dettes naturelles peuvent être cautionnées; ce qui est très-douteux. La raison que l'on donne généralement souffre encore une autre difficulté. Si la dette naturelle qui survit au concordat peut être cautionnée, le créancier qui n'est payé qu'en partie agira contre la caution, et celle-ci, après avoir payé, aura un recours contre le débiteur principal; de sorte que la remise accordée au débiteur sera inutile. Pothier répond à l'objection que la caution qui paye le total est, en qualité de créancier de cette somme pour son indemnité, obligée, aussi bien que les autres créanciers, d'accéder au concordat et de souffrir la remise que le concordat fait au débiteur (1). Il y a une ma-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 380.

nière plus simple d'expliquer la situation de la caution; elle a cautionné le débiteur pour le cas où il serait insolvable, elle doit donc supporter la perte résultant de l'insolvabilité; mais si elle paye toute la dette, elle doit aussi avoir le droit de réclamer le remboursement de ses avances contre le débiteur. Ce recours est-il limité par le concordat? Cette question appartient au droit commercial.

La jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion qui conserve au créancier son action contre les cautions du failli concordataire (t. XVIII, n° 371); et elle a été consacrée, en France, par la loi de 1838 sur les faillites (art. 545 du code de com.), et, en Belgique, par la loi du 18 avril 1851 (article 541).

286. Les dispositions des nouveaux codes de commerce ont soulevé une autre difficulté. Il arrive souvent que le débiteur prend des arrangements avec ses créanciers, sans observer les formalités prescrites par la loi pour les faillites et le concordat. On demande s'il faut appliquer aux concordats faits à l'amiable le principe qui régit les concordats judiciaires, en ce qui concerne le droit des créanciers contre les cautions. La cour de cassation s'est prononcée pour la négative, et nous croyons qu'elle a bien jugé. En règle générale, dit la cour, la remise faite au débiteur principal libère la caution; la loi sur les faillites déroge à cette règle lorsque la remise a été accordée par un concordat. Cette dérogation doit être restreinte au cas où un concordat a été formé par la réunion des conditions exigées par le code de commerce, après l'accomplissement des formalités prescrites en matière de faillite. Mais les caractères et les effets d'un concordat ne sauraient appartenir à un arrangement intervenu, alors qu'il n'y a eu ni déclaration de faillite, ni vérification de créances, ni surveillance d'un juge-commissaire, ni homologation du tribunal. En l'absence de ces conditions et de ces garanties légales, il n'y a pas de concordat, il n'y a qu'une convention ordinaire, obligatoire seulement pour ceux qui y ont été parties en vertu du consentement individuel de chacun d'eux. Quelle est la loi qui régit ces arrangements quant

aux cautions? C'est l'article 1287 : la remise accordée au débiteur profite à la caution (1).

287. Dans la même affaire il s'est présenté une autre difficulté qui a donné lieu à un nouveau pourvoi. Le demandeur admettait, avec l'arrêt que nous venons d'analyser, que la remise résultant d'un concordat amiable libère les cautions, mais il soutenait que ce principe ne recevait pas d'application au cas où les créanciers n'avaient consenti la remise que sous la réserve de leurs droits contre les cautions. De là la question de savoir si une pareille réserve est valable. L'article 1285 la permet aux coobligés solidaires; pourquoi ne serait-elle pas permise à l'égard des cautions? La cour de cassation n'a pas admis cette doctrine; elle a jugé que l'article 1285 n'est applicable qu'aux débiteurs solidaires; le cautionnement reste soumis au principe que l'accessoire suit le principal; il implique donc contradiction que le créancier renonce à une partie de ses droits contre le débiteur principal, en se les réservant contre la caution; ce serait faire remise d'une main et la retirer de l'autre, puisque la caution, obligée de payer, aurait un recours contre le débiteur principal (2).

L'opinion consacrée par la cour de cassation est en harmonie avec la tradition. Lorsque, dit Pothier, le créancier accorde, *par libéralité*, un terme à son débiteur, il ne peut pas valablement en exclure la caution. En effet, cette convention transforme une obligation pure et simple en une obligation à terme; l'obligation des cautions reçoit nécessairement la même modification, car il est de l'essence du cautionnement que l'obligation de la caution ne dépasse pas celle du débiteur principal. Pothier suppose que le terme a été accordé *par libéralité*; c'est pour distinguer, comme lui-même l'explique, la remise *volontaire* de la remise *forcée* que les créanciers font par nécessité au débiteur insolvable; celle-ci ne profite pas à la caution, de sorte qu'il est inutile que le créancier réserve ses droits à son égard; tandis que la remise *volontaire*, en éteignant la dette principale, éteint

(1) Cassation, 17 juin 1867 (Daloz, 1867, 1, 219). Comparez mon t. XVIII, n° 371.

(2) Rejet, 30 mars 1869 (Daloz, 1869, 1, 512).

nécessairement l'obligation accessoire de la caution (1).

288. Il se peut cependant que la remise consentie volontairement par un créancier à son débiteur ne libère pas les cautions, et que la réserve que le créancier a faite de ses droits contre la caution soit valable. Cela arrive quand les conventions des parties intéressées sauvegardent les droits de la caution. Voici le cas qui s'est présenté devant la cour d'Orléans. Une maison de banque, créancière par suite d'une ouverture de crédit cautionnée jusqu'à concurrence d'une somme de 12,500 francs, s'arrangea avec son débiteur; par suite de cette convention, le crédité se libérait, moyennant le paiement de 16,000 francs, d'une somme bien plus considérable qu'il devait à la Banque. En donnant quittance au débiteur, les banquiers s'étaient expressément réservé le droit de poursuivre les cautions pour le surplus de leur créance; et ils avaient stipulé, en outre, que le débiteur ne pourrait pas opposer la remise qui lui était faite, dans le cas où la caution payerait la dette et serait subrogée par le créancier. La caution, poursuivie par les créanciers, opposa la remise qu'ils avaient accordée au débiteur. Cette défense fut rejetée en première instance et en appel. La cour dit que la réserve de leurs droits faite par les créanciers était licite, parce qu'elle n'aggravait aucunement la position de la caution, ni à l'égard du débiteur ni à l'égard du créancier. Cela résultait de la clause portant qu'en cas de paiement par la caution, le débiteur ne pourrait pas lui opposer la remise; donc, malgré la remise, la caution conservait tous ses droits contre le débiteur. En définitive, la remise n'avait d'effet qu'entre le créancier et le débiteur, et, dans ces termes, on n'en pouvait contester la validité (2).

N° 4. DE LA COMPENSATION

289. « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal » (art. 1294).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 380. Pont. t. II, p. 202, n° 407.

(2) Orléans, 6 juin 1868 (Daloz, 1868, 2, 224).

Nous avons expliqué cette disposition au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 423).

290. Il a été jugé que la caution solidaire ne pouvait pas invoquer le principe de l'article 1294, parce que ce même article porte que le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. La cour de Colmar ne donne aucun motif de sa décision; elle est fondée sans doute sur l'article 2021, qui semble assimiler la caution solidaire au codébiteur solidaire (1). Nous avons déjà remarqué bien des fois que c'est faire dire à l'article 2021 ce que le législateur n'a pas entendu dire. La loi dit seulement que la caution solidaire ne peut opposer au créancier le bénéfice de discussion, elle ne dit pas que la caution solidaire reste caution quand la dette qu'elle a cautionnée est éteinte, en tout ou en partie, par voie de compensation. L'article 1294, de son côté, doit être restreint aux termes de la loi qui ne parle que des codébiteurs; c'est une disposition tellement anormale, que l'on ne parvient pas à l'expliquer; il faut donc se garder de l'étendre. C'est l'opinion unanime des auteurs (2).

N° 5. DE LA CONFUSION ET DES AUTRES MODES D'EXTINCTION
DES OBLIGATIONS.

291. L'article 1301 porte : « La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions; celle qui s'opère dans la personne de la caution n'entraîne pas l'extinction de l'obligation principale. » Nous renvoyons au titre des *Obligations* quant à l'influence que la confusion exerce sur le cautionnement (t. XVIII, nos 501-503).

292. Il est inutile de parcourir les autres modes d'extinction des obligations : toute extinction de l'obligation principale éteint le cautionnement. Un arrêt récent de la cour de cassation applique le principe à l'obligation du créancier surenchérisseur. Aux termes de l'article 2185, le

(1) Colmar, 16 juin 1821 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 338).

(2) Voyez les citations dans Pont, t. II, p. 206, n° 416, et mon t. XVIII, n° 427.

créancier surenchérisseur s'oblige de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire. Comme garantie de cet engagement, il doit donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges; d'après la loi belge, le cautionnement est réduit à 25 pour 100 du prix et des charges (art. 115). Le créancier surenchérisseur est dégagé de son obligation lorsque l'immeuble est porté aux enchères, et que son offre de surenchère a été couverte par une enchère nouvelle (code de proc., art. 705 et 838); et dès que l'obligation principale est éteinte, le cautionnement est aussi éteint. Dans l'espèce, il se présentait un doute. Le créancier surenchérisseur, concourant aux enchères, était devenu, en définitive, adjudicataire en vertu d'une nouvelle mise à prix; on prétendait, en conséquence, que le cautionnement subsistait. L'erreur était palpable. En effet, la caution garantit uniquement l'obligation du créancier qui demande que l'immeuble soit mis aux enchères; et cette obligation n'a qu'un seul objet, c'est de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus du prix offert par le tiers acquéreur qui purge. Du moment que cette obligation est remplie, il ne peut plus y avoir de cautionnement (1).

293. Le code traite du serment et de la chose jugée au chapitre des *Preuves*. Cependant le serment implique une transaction, donc une convention; et le jugement est un contrat judiciaire. Quel est l'effet de ces conventions tacites sur le cautionnement? La loi n'en parle pas en traitant de la chose jugée; elle dit, en parlant des effets du serment, que le serment déféré au débiteur principal libère les cautions et que celui déféré à la caution libère le débiteur principal. Cela suppose que le serment est prêté et que, par suite, le débiteur est libéré. Que faut-il décider si le serment est défavorable au débiteur? La même question se présente pour la chose jugée. Nous l'avons examinée au titre des *Obligations* (t. XX, n° 119) (2).

(1) Rejet, chambre civile, 2 août 1870 (Dalloz, 1870, 1, 344).

(2) Comparez Pont, t. II, p. 203, nos 411 et 412.