

Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (nos 285 et 286).

299. L'état de déconfiture ou de faillite du débiteur principal soulève une autre difficulté concernant la caution. D'après l'article 1188, le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ce qui s'applique aussi à la déconfiture. On demande si la déchéance du terme encourue par le débiteur principal est aussi encourue par la caution. La question est controversée, et il y a des doutes. Nous l'avons examinée au titre des *Obligations* (t. XVII, n° 213).

300. L'article 2036 dit que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. C'est donc un droit que la caution exerce en son nom, et qu'elle tient de l'obligation accessoire qu'elle a contractée; ce n'est pas un droit du débiteur qu'elle exerce. La remarque est importante. Si la caution n'avait le droit d'opposer les exceptions que du chef du débiteur, elle perdrait ce droit si le débiteur renonçait aux moyens qu'il peut faire valoir; tandis que la renonciation du débiteur n'enlève pas à la caution les droits qu'elle exerce de son chef. Il a été jugé, en ce sens, que la confirmation de l'obligation par le débiteur principal n'enlève pas à la caution le droit d'en opposer la nullité (1); c'est une application de l'article 2036, plutôt que de l'article 1338, comme nous l'avons dit, au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 659). Il en serait de même si le créancier renonçait à la prescription (2); nous reviendrons sur ce point au titre qui est le siège de la matière.

301. Il suit du même principe que la caution peut intervenir dans les instances qui sont engagées entre le créancier et le débiteur principal; et elle peut attaquer le jugement, soit par appel, soit par cassation, quoique le principal obligé y acquiesce. La caution peut encore former tierce opposition aux jugements passés en force de chose jugée qui sont intervenus entre le débiteur et le

(1) Rejet, cour de cassation de Belgique, 18 novembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 1, 176).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 684, note 17, § 426.

créancier. Cela est reconnu par tout le monde (1); nous n'y insistons pas, parce que ces conséquences tiennent à la procédure.

§ IV. Du droit accordé à la caution par l'article 2037.

N° 1. PRINCIPE.

302. « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution » (art. 2037). Quand la dette principale est garantie par des hypothèques, des privilèges ou d'autres sûretés, la caution s'engage en vue de ces garanties qui lui assurent son remboursement si elle paye la dette, puisque par le paiement elle est subrogée à tous les droits du créancier. La subrogation est donc une condition de son engagement; de là suit que si, par son fait, le créancier a rendu la subrogation impossible, la caution doit être déchargée. Non pas que la caution soit libérée de plein droit, comme l'article 2037 semble le dire. Pothier rapporte la décharge de la caution à ce principe commun à tous les contrats synallagmatiques « que lorsque nous avons contracté des obligations réciproques, je ne suis pas recevable à vous demander l'exécution de la vôtre lorsque, par ma faute, je manque à la mienne » (2). Le code a déduit de ce principe que la condition résolutoire est sous-entendue dans tous les contrats bilatéraux. Il en résulte encore, dans l'opinion générale, que celle des parties qui est poursuivie peut opposer l'exception que l'autre partie n'a pas rempli son obligation: c'est ce que, dans la pratique, on nomme l'exception *non adimpleti contractus*. C'est aussi sous forme d'exception que la caution exerce le droit que lui confère l'article 2037. Pothier l'appelle l'exception *cedendarum actionum*. Dans l'ancienne jurisprudence, la caution n'était

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Caution*, § IV, n° III. Aubry et Rau, t. IV, p. 684, note 19, § 426.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 557. Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 467, n° 1161. Duranton, t. XII, p. 284, n° 171.

pas subrogée de plein droit au créancier; elle ne succédait à ses droits que par l'effet d'une cession d'actions que le créancier consentait lors du paiement. Cette cession a été remplacée par la subrogation légale; de sorte que l'exception devrait prendre le nom d'*exception de subrogation*; la tradition l'a emporté sur l'innovation de la loi; on continue à donner au droit de la caution le nom d'exception *cedendarum actionum*, bien que le code ignore la cession d'actions, devenue inutile par suite de la subrogation légale.

303. L'article 2037 accorde à la caution l'exception de subrogation. La première condition requise pour invoquer le bénéfice de cette exception est donc d'être caution dans le sens de l'article 2011, qui définit le cautionnement. Un arrêt récent de la cour de cassation a fait l'application de ce principe à l'espèce suivante. Cession d'une créance garantie par le privilège du vendeur. Le cédant s'oblige à payer lui-même la créance cédée, à défaut par le débiteur de le faire dans la huitaine du commandement qui lui serait signifié. En 1867, le cessionnaire, n'ayant pu se faire payer, s'adressa au cédant. Celui-ci promit de payer moyennant subrogation. Aucune suite ne fut donnée à cette promesse; nouvelle demande en 1869. Il se trouva que l'inscription du privilège n'avait pas été renouvelée; de sorte que le privilège était devenu inefficace. Le cédant, se considéra comme caution, et invoqua le bénéfice de l'article 2037: la subrogation étant devenue impossible par la négligence du cessionnaire, le cédant se prétendit déchargé. Cette défense ne fut pas admise. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 2037. La chambre des requêtes décida que le jugement attaqué n'avait fait qu'interpréter les conventions des parties, en considérant le cédant, non comme caution, mais comme débiteur direct et principal; ce qui rendait l'article 2037 inapplicable (1).

Par la même raison, le tiers détenteur, qui est tenu de payer la dette s'il veut éviter l'expropriation, ne peut pas invoquer l'exception de subrogation, car il n'est pas caution. Nous reviendrons sur la question au titre des *Hypothèques*.

(1) Rejet, 31 janvier 1870 (Dalloz, 1871, 1, 22).

304. Toute caution a l'exception de l'article 2037, même la caution solidaire. La loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. En effet, les motifs pour lesquels la loi accorde la décharge à la caution s'appliquent à la caution solidaire; celle-ci est d'autant plus intéressée à jouir de la subrogation, qu'elle est tenue solidairement et qu'elle ne jouit pas des bénéfices de discussion et de division. En s'engageant, elle a compté sur la subrogation, de même que la caution non solidaire; si la subrogation, condition de son engagement, ne peut avoir lieu par le fait du créancier, le contrat de cautionnement est rompu par celui-ci; partant la caution doit être déchargée. La question est cependant controversée en doctrine et en jurisprudence.

L'opinion contraire est vivement soutenue par Troplong, et il y a aussi quelques arrêts en ce sens. Troplong va jusqu'à dire qu'il ne comprend pas comment la jurisprudence de la cour de cassation, qui est aussi celle de la plupart des cours d'appel, ait trouvé des partisans. Il traite cette jurisprudence avec une sévérité extrême, en accusant les magistrats d'ignorance. Malgré cette violente critique, les auteurs se sont rangés à l'avis de la cour de cassation (1), et l'opinion de Troplong est restée presque isolée; sa doctrine a été combattue et réfutée si souvent, que l'on peut affirmer qu'elle est ruinée dans ses fondements; et il ne vaudrait pas la peine de revenir sur la réfutation si ce n'était le genre d'argumentation que Troplong oppose à l'opinion générale. La cour de cassation invoque le texte de l'article 2037; Troplong lui répond presque avec dédain: « Ces raisons de texte, dit-il, si crues et si matérielles sont désespérantes. Si la loi devait toujours être interprétée de cette façon *machinale*, il y aurait autant d'inconvénients que d'avantages dans les codes écrits... Un point de droit n'est solidement établi dans la science qu'autant que la lettre d'un article est d'accord avec l'esprit de

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. IV, p. 696, note 19, § 429, et dans Pont, t. II, p. 179, n° 368. Il faut ajouter Gand, 15 décembre 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 274), 25 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 301), et 22 mars 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 234).

la loi. Citer le texte seul, *sèchement* et *judaiquement*, c'est prendre la moitié la *moins décisive* de l'autorité légale et négliger la *meilleure* (1). » Rien de plus séduisant que ce système d'interprétation, cependant il est radicalement faux. Nous prenons régulièrement appui sur le texte et sur l'esprit de la loi, mais lorsque le texte est clair, nous suivons la règle que les auteurs du code civil eux-mêmes ont tracée. Nous l'avons bien des fois transcrite, afin de nous abriter derrière cette haute autorité; nous la transcrivons encore, et nous l'opposons avec confiance au premier président de la cour de cassation: « Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit (2). » L'esprit de la loi est toujours plus ou moins douteux; s'en prévaloir contre le texte clair et formel, c'est invoquer l'intention incertaine du législateur contre une volonté certaine. Une pareille interprétation conduit presque nécessairement à faire dire au législateur le contraire de ce qu'il a voulu dire. C'est ce qui est arrivé à Troplong.

Troplong pose comme principe que la subrogation légale n'est pas le motif de la déchéance prononcée par l'article 2037, il le cherche dans le bénéfice de discussion; de là la conséquence que la caution solidaire qui ne jouit pas de ce bénéfice ne peut invoquer l'exception de l'article 2037. Sur quoi Troplong fonde-t-il son prétendu principe? Sur la tradition. Nous avons un respect profond pour la tradition, mais à une condition, c'est qu'il soit certain que les auteurs du code civil l'aient consacrée. Quelle est la tradition du code? Personne ne l'ignore, et on ne saurait le contester, la tradition pour les auteurs du code se résume dans Pothier; eh bien, nous avons cité Pothier (n° 302) pour expliquer et justifier l'exception établie par l'article 2037. Vainement Troplong nie-t-il que cette exception soit fondée sur la subrogation, le contraire est écrit dans le texte: « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n° 558.

(2) Voyez le tome I de mes *Principes*, p. 342, n° 273.

en faveur de la caution. » Ainsi la vraie tradition et le texte sont d'accord. Où Troplong va-t-il chercher sa tradition? Dans Casaregis, dont l'autorité, dit-il, est toujours si grave en matière de commerce. Sommes-nous dans une matière commerciale? s'agit-il d'un antique usage de commerce? Il s'agit d'un principe de droit civil; avant d'opposer Casaregis au texte et de mettre son opinion au-dessus de la loi, il faudrait prouver que le législateur français a connu cette opinion et qu'il a entendu la suivre, car c'est là ce que l'on entend par l'esprit de la loi. Et nous attendons toujours cette démonstration. Ouvrons les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunal et demandons-leur les motifs de l'article 2037; ils nous diront ce que le texte dit, à savoir que l'exception que la loi donne à la caution est l'exception de subrogation.

« Nous avons vu, dit Treilhard, que le payement fait au créancier devait opérer une *subrogation de droit* au profit de la caution; le créancier n'est donc plus recevable à la poursuivre quand, par son fait, il s'est mis dans l'impossibilité d'opérer cette subrogation (1). » Voilà le commentaire officiel de la loi; la loi est si claire, que l'orateur chargé d'en exposer les motifs ne fait que la paraphraser; et Treilhard, membre du conseil d'Etat, rapporteur de la section de législation, dit, comme le texte, que l'exception de l'article 2037 est fondée sur la subrogation. Pas un mot du prétendu lien qui existerait entre le bénéfice de discussion et l'exception de l'article 2037. Nous le demandons: qui a le plus d'autorité en cette matière, ceux qui ont fait la loi, ou Casaregis? Et de quel droit accuse-t-on d'ignorance les magistrats qui n'ont pas lu Casaregis, alors que les auteurs du code ont dit et entendu dire le contraire de ce que dit le jurisconsulte italien?

Le rapport au Tribunal sur le titre du *Cautionnement* a été fait par Chabot, jurisconsulte bien supérieur à Troplong; son commentaire sur le titre des *Successions* est un chef-d'œuvre qui restera, alors que les commentaires de Troplong seront oubliés. Que dit le rapporteur de la section de

(1) Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 22 (Loché, t. VII, p. 419).

législation du Tribunal? Il dit ce que vient de nous dire l'orateur du gouvernement : « Quand le créancier s'est mis hors d'état de faire à la caution la subrogation de ses droits et hypothèques, la caution est déchargée. Alors elle n'aurait plus un recours aussi assuré contre le débiteur; et il est juste que le créancier, s'il veut la contraindre à lui payer la dette, lui confère tous ses droits contre le principal obligé (1). » Ainsi c'est toujours sur la subrogation que les auteurs du code se fondent pour justifier la décharge de la caution; nous avons donc raison de l'appeler exception de subrogation. Chabot, pas plus que Treilhard, ne dit un mot qui puisse faire soupçonner qu'il y ait un rapport entre l'exception de subrogation et l'exception de discussion.

On dit que le créancier ne contracte aucune obligation à l'égard de la caution, et que, notamment, il ne s'oblige pas à conserver les actions qui appartiennent à la caution quand elle paye la dette. C'est là ce fameux argument de Casaregis que Troplong oppose à la jurisprudence. Il faut s'entendre : que le créancier ne contracte aucune obligation par le contrat de cautionnement, personne n'en doute, puisqu'il est de principe que le cautionnement est une convention unilatérale. Est-ce à dire que, par son fait, le créancier puisse rendre impossible la subrogation, qui est une condition de l'engagement de la caution? S'il le fait, l'équité, sinon le droit strict, demande qu'il soit déchu du droit d'agir contre la caution. C'est aussi sur l'équité, plutôt que sur la rigueur du droit, qu'est fondée la condition résolutoire tacite de l'article 1184. Voici ce que dit l'orateur du Tribunal : « Le fidéjusseur doit sans doute s'interdire tout ce qui pourrait compromettre la garantie de l'obligation qu'il a cautionnée; mais, de son côté, le créancier ne doit-il pas s'interdire aussi tout ce qui tendrait à ravir au fidéjusseur les moyens d'être indemnisé du cautionnement qu'il a fourni? C'est pour maintenir entre eux ce *devoir de réciprocité* que le projet décharge le fidéjusseur de son obligation lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce

(1) Chabot, Rapport, n° 26 (Loché, t. VII, p. 427).

créancier, s'opérer en sa faveur (1). » Lahary dit tout le contraire de Casaregis : donc les auteurs du code ont ou ignoré cette prétendue tradition que l'on oppose au code, ou ils n'en ont tenu aucun compte. Dans tous les cas, il faut l'écarter. Quand, dit-il, les organes des deux corps délibérants qui ont pris part à la rédaction du code civil sont d'accord sur le fondement et le sens d'une disposition, et que cette disposition est en même temps claire et formelle, on doit dire, avec le *Livre préliminaire*, que c'est éluder la loi que de se prévaloir de l'esprit contre la lettre.

305. Il nous faut dire un mot de la jurisprudence : mérite-t-elle le dédain que Troplong lui témoigne? Le premier arrêt de la cour de cassation répond d'avance au reproche que Troplong fait à la jurisprudence en général : elle ignore, dit-on, l'argument de Casaregis, elle impose au créancier l'obligation de conserver les garanties attachées à la créance, afin d'y subroger sa caution; tandis que, en réalité, le créancier n'a aucune obligation à l'égard de la caution. La chambre civile répond que l'article 2037 n'est, au fond, que l'application des articles 1382 et 1383, et embrasse, par conséquent, le cautionnement solidaire aussi bien que le cautionnement simple (2). Dans un arrêt postérieur, la chambre des requêtes a reproduit le même argument (3). En droit général, dit-elle, chacun est responsable du dommage causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence; or, le recours de la caution, solidaire ou non, peut être compromis et même annihilé par la négligence du créancier à conserver les droits attachés à sa créance. Ce principe, de rigoureuse justice et d'équité, consacré par l'article 1383, est spécialement appliqué au cautionnement par l'article 2037. Cette argumentation nous laisse quelque doute. Au fond nous sommes d'accord, il y a faute de la part du créancier à laisser périr des garanties en vue desquelles la caution s'est engagée; mais est-ce une faute contractuelle ou un quasi-délit? Les arti-

(1) Lahary, Discours, n° 29 (Loché, t. VII, p. 443).

(2) Rejet, chambre civile, 17 août 1836 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 334).

(3) Rejet, 20 mars 1843 (Daloz, *ibid.*, p. 599).

cles que la cour de cassation cite concernent les *engagements qui se forment sans convention*; telle est la rubrique du titre sous lequel se trouvent les articles 1382 et 1383. Or, quand une caution s'engage envers le créancier, il y a un contrat; il s'agit de savoir si ce contrat impose une obligation au créancier; si le créancier n'est pas obligé, en vertu de la convention, à conserver les droits attachés à la créance, il serait difficile de voir un quasi-délit dans le fait de les laisser périr. Nous croyons, avec les orateurs du gouvernement et du Tribunat, qu'il y a une obligation à charge du créancier, qu'elle ait sa source dans l'équité ou dans le droit strict, peu importe; toujours est-il que la loi la sanctionne, et en fait, par conséquent, une obligation civile.

Les autres arrêts de la cour de cassation ne reproduisent pas l'argument puisé dans les articles 1382 et 1383, ils se bornent à invoquer le texte; est-ce là une interprétation *mécanique*, comme le dit Troplong? Et faut-il regretter l'ancien régime sous lequel les tribunaux jouissaient d'un pouvoir presque législatif? Sur cette dernière question il y aurait bien des choses à dire, ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ce débat. Nous avons des codes; il en résulte que les interprètes n'ont plus la liberté d'allures qu'avaient les anciens jurisconsultes; ils ne font plus le droit, ils interprètent les lois; et quand les lois sont claires, il n'y a pas lieu de les interpréter, il ne reste qu'à en faire l'application. Est-ce que l'article 2037 est si obscur qu'il faille en demander l'explication à une tradition que bien probablement les auteurs du code ignoraient? L'article 2037 parle de la caution en général; d'où la cour de cassation conclut qu'il n'est pas permis de distinguer entre la caution solidaire et la caution simple. Est-ce là une interprétation *mécanique* et *matérielle*? Le second arrêt que la cour de cassation a rendu en cette matière dit simplement qu'il n'existe aucune distinction, dans l'article 2037, entre la caution solidaire et la caution ordinaire. Il n'est pas dans les habitudes de la cour de cassation de développer longuement les motifs sur lesquels elle fonde ses décisions; elle ne le fait surtout pas quand elle prononce un arrêt de rejet,

il faut alors chercher les motifs de décider dans l'arrêt que la cour confirme. Or, dans l'espèce, la cour d'appel avait insisté sur l'argument de texte; elle avait fait la remarque très-juste que non-seulement l'article 2037 ne distinguait point entre la caution solidaire et la caution simple, mais qu'il venait à la suite d'articles qui évidemment s'appliquent à l'une et à l'autre (1). Voilà l'argumentation de texte, elle n'est ni sèche ni mécanique. Il est vrai que dans les arrêts postérieurs la cour de cassation se borne toujours à citer le texte; mais ces décisions, quoique laconiques, sont très-remarquables. On invoquait l'autorité de Troplong, déjà considérable; eh bien, la cour ne prend pas la peine d'y répondre (2): a-t-elle voulu rendre dédain pour dédain?

Il y a un article que l'on pouvait invoquer contre la jurisprudence, c'est la disposition qui paraît assimiler complètement la caution solidaire au codébiteur solidaire; or, le codébiteur solidaire, dans l'opinion générale que nous avons enseignée, ne jouit pas de l'exception de l'article 2037 (t. XVII, n° 342). La cour de Pau a répondu à l'objection, et nous ne voyons pas, par les recueils de jurisprudence, qu'elle ait été reproduite devant la cour de cassation. Il n'est pas exact de dire que l'article 2021 identifie la caution solidaire et le débiteur solidaire; la loi, comme nous l'avons dit et répété, entend seulement refuser à la caution solidaire le bénéfice de discussion, en se fondant sur l'engagement solidaire qu'elle a pris. Autre est la question de savoir si la caution solidaire a l'exception de subrogation, puisque cette exception, dans la doctrine que la jurisprudence a consacrée, n'a rien de commun avec le bénéfice de discussion; et, en principe, il n'y a rien d'incompatible entre l'engagement solidaire que prend la caution et l'exception de subrogation, car la caution solidaire est subrogée aussi bien que la caution simple. Donc l'article 2021 ne limite pas la disposition générale de l'article 2037.

306. L'article 2037 dit que la caution est *déchargée* lorsque, par le fait du créancier, la subrogation à ses droits,

(1) Rejet, 9 janvier 1849 (Daloz, 1849, 1, 70). Rejet, 16 mars 1852 (Daloz, 1852, 1, 103). Rejet, chambre civile, 23 février 1857 (Daloz, 1857, 1, 88).

(2) Pau, 3 janvier 1824 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 334).

hypothèques et privilèges ne peut s'opérer. Faut-il conclure de là que la décharge est complète, c'est-à-dire que la caution est libérée? La décharge peut être absolue, elle peut être partielle, cela dépend du préjudice que le fait du créancier a causé à la caution. En effet, le droit que l'article 2037 accorde à la caution est une exception que celle-ci peut opposer à l'action du créancier; l'exception est fondée sur ce que le créancier a détruit, en tout ou en partie, les garanties qui assuraient le paiement de la créance; si les garanties assuraient le paiement de toute la dette, et si elles ont péri par la faute du créancier, la caution sera entièrement déchargée; si elles n'ont péri qu'en partie, la décharge sera proportionnelle au préjudice éprouvé par la caution. Pothier le dit du cas où la dette est cautionnée par plusieurs cofidésseurs; le créancier remet le cautionnement à l'un d'eux, les autres seront déchargés de la part que la caution libérée devait supporter dans la dette; la décharge n'est pas totale, parce que le fait du créancier n'a privé les cautions que de leur recours pour une partie de la dette, celle que le fidésseur aurait dû y supporter; c'est là le préjudice que le créancier leur cause, et la réparation ne peut pas excéder le préjudice (1). Il en est de même quand la dette était garantie par des hypothèques ou des privilèges. Si, pour une dette de 100,000 francs, deux maisons sont hypothéquées, chacune d'une valeur de 50,000, et si l'une de ces hypothèques périt par le fait du créancier, la caution sera déchargée pour moitié; elle ne peut pas être déchargée pour le total, puisqu'elle conserve la subrogation à l'une des hypothèques, ce qui lui assure le paiement de la moitié de la dette; son préjudice n'étant que de moitié, la décharge ne peut être que de moitié. Le calcul n'est pas toujours aussi simple; on s'est prévalu de ces difficultés de fait pour en conclure que la décharge devait être complète, comme le veut le texte de la loi. D'abord la loi ne dit pas que la décharge a nécessairement lieu pour le total; vainement dit-on que le texte est conçu en termes généraux, il faut distinguer, puisque la nécessité

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 557.

de la distinction résulte du principe même que la loi établit; il serait absurde que la réparation dépassât le préjudice. Qu'importent après cela les difficultés de fait? Ces difficultés existent toujours quand il s'agit d'évaluer le dommage que la faute de l'une des parties cause à l'autre, et certes on ne peut s'en prévaloir pour soutenir que les dommages-intérêts doivent toujours comprendre le montant total du droit. La cour de Toulouse l'a jugé ainsi dans un cas où le bailleur, après avoir fait saisir, en vertu de son privilège, les meubles qui garnissaient la ferme, donna mainlevée de la saisie-gagerie : comment calculer exactement le préjudice causé par cette remise et la décharge partielle qui en doit résulter? Quelle était la valeur des meubles grevés du privilège? à quel prix auraient-ils été vendus? quelle somme aurait dû être distraite pour les frais? Ces difficultés sont réelles; mais des difficultés de fait ne peuvent pas rendre illimité un droit qui, de sa nature, est limité (1).

307. Par application du même principe, il faut décider que la caution ne serait pas déchargée, pas même partiellement, si les garanties périssaient pour le tout par le fait du créancier, mais que ces garanties eussent été inefficaces, en supposant qu'elles eussent été conservées. Telle serait une hypothèque sur des biens valant 100,000 francs pour la sûreté d'une créance de 100,000; l'hypothèque périt par le fait du créancier, mais il se trouve qu'elle était primée par des créances antérieures qui absorbaient toute la valeur de l'immeuble. Il y a faute du créancier dans ce cas, mais il n'y a pas préjudice; dès lors il ne peut y avoir lieu à indemnité. C'est l'application du principe élémentaire qui régit les dommages-intérêts : il n'y a pas lieu à dommages-intérêts quand il n'y a pas de dommage causé. La cour de cassation l'a jugé ainsi par un arrêt de principe. Si la caution est déchargée, c'est à titre d'indemnité, donc à raison du préjudice que le fait du créancier cause à la caution; quand le dommage est nul, il n'y a pas lieu d'indemniser

(1) Toulouse, 2 janvier 1823 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 357). Dans le même sens, Aubry et Rau, t. IV, p. 696, note 17, § 429, et les auteurs qu'ils citent.

la caution, en la déchargeant de son obligation. Or, dans l'espèce, l'arrêt attaqué constatait que la transaction consentie par le créancier, loin de priver la caution d'un recours utile, était, au contraire, de nature à lui bénéficier; dès lors il ne pouvait être question d'indemniser la caution pour un préjudice qu'elle n'avait pas souffert. Il y a donc toujours un point de fait à apprécier : le créancier a-t-il compromis les garanties de la caution? lui a-t-il causé un préjudice? Cette appréciation appartient aux tribunaux, qui la font d'après les éléments de la cause (1).

La cour a appliqué ce principe, par un arrêt postérieur, au cas où le créancier avait renoncé à une hypothèque; mais l'arrêt attaqué constatait que l'hypothèque était sans valeur et ne pouvait produire aucun effet, tout le prix de l'immeuble hypothéqué étant absorbé par des créances antérieures. Le créancier avait donc renoncé à un droit purement nominal; or, dit la cour, le principe d'équité sur lequel est fondé l'article 2037 n'en permet pas l'application lorsqu'il n'y a pas de préjudice causé, ni même de faute commise (2).

308. Que faut-il entendre, dans l'article 2037, par *droits, hypothèques et privilèges* du créancier? Sont-ce les garanties qui existaient lors du contrat de cautionnement? ou doit-on aussi y comprendre celles que le créancier a acquises postérieurement? C'est sur ce dernier point qu'il y a difficulté et controverse. Si l'on admet le principe tel que nous l'avons formulé d'après Pothier et d'après les travaux préparatoires (nos 302 et 304), la solution n'est pas douteuse. Pothier lui-même la donne. Il suppose que l'un des cofidéjusseurs n'a accédé à l'obligation qu'après les autres : si le créancier fait remise à celui-ci de son cautionnement, les autres pourront-ils lui opposer l'exception *cedendarum actionum*? Non; car en s'obligeant, ils n'ont pas pu compter sur un recours contre cette caution, puisqu'elle n'avait pas encore cautionné la dette (3). La plupart

(1) Cassation, 8 mai 1850 (Daloz, 1850, 1, 159).

(2) Rejet, chambre civile, 19 janvier 1863 (Daloz, 1863, 1, 86). Comparez Rejet, chambre civile, 6 août 1873 (Daloz, 1873, 1, 402).

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 557. C'était aussi l'opinion de Dumoulin et de Basnage (Pont, t. II, p. 186, note 1).

des auteurs modernes s'écartent, en ce point, de l'opinion de Pothier, en se fondant sur les termes généraux de l'article 2037. La jurisprudence, au contraire, s'est prononcée pour l'application de l'exception, et nous croyons qu'elle a raison contre les auteurs.

Il est vrai, et c'est là un motif de douter, que la loi parle en termes généraux des droits du créancier; donc de tous ses droits, sans distinguer si ces droits existaient lorsque la caution s'est obligée ou s'ils ont pris naissance postérieurement. La loi étant générale, est-il permis à l'interprète de distinguer? Nous avons dit bien des fois que le principe qui défend à l'interprète de distinguer là où la loi ne distingue pas est d'une application très-délicate; il est vrai en général, parce que introduire des distinctions dans la loi, c'est la modifier, la restreindre; ce qui aboutit à faire la loi, et l'interprète n'a certes pas ce droit-là. Mais si la nécessité de distinguer résulte du principe même que la loi établit et du motif sur lequel il est fondé, dans ce cas l'interprète peut et doit distinguer, car son droit et son devoir est d'interpréter la loi, en la restreignant dans les limites pour lesquelles le législateur l'a faite; en ne distinguant pas, il violerait la loi, puisqu'il l'étendrait à un cas que le législateur n'a pas eu en vue. Telle est la disposition de l'article 2037. A-t-elle pour objet les droits qui naissent postérieurement au contrat par lequel la caution accède à l'obligation? Non, car il résulte des explications données par les auteurs mêmes de la loi qu'ils ont considéré la décharge de la caution comme une application du principe qui régit les obligations réciproques des parties contractantes : la caution s'oblige à payer, mais sous la condition qu'elle sera subrogée aux droits du créancier contre le débiteur : de son côté, le créancier s'oblige à conserver ces droits, puisque sans ces garanties la caution ne se serait pas obligée. Donc, par droits du créancier, la loi entend les droits qu'il avait lors du cautionnement; c'est à raison de ces garanties que la caution s'est engagée, ce sont ces garanties que le créancier doit lui conserver.

On objecte que la caution est subrogée à tous les droits qui appartiennent au créancier, même à ceux que le créan-

cier acquiert postérieurement au contrat. Cela est certain, mais de là on ne peut conclure que le créancier est tenu de conserver ces droits. Si la caution est subrogée à tous les droits du créancier, c'est en vertu de la loi (art. 2029 et 1251, 3^o); et si le créancier doit conserver les droits en vue desquels la caution s'est obligée, ce n'est pas en vertu de la loi, c'est en vertu de la convention qui intervient entre le créancier et le fidéjusseur; il faut donc s'attacher à la convention, et voir à quoi le créancier s'est obligé en contractant; or, il ne s'est obligé qu'à conserver les garanties à raison desquelles la caution a contracté, donc celles qui existaient lors du contrat; car la caution ne pouvait avoir en vue des sûretés qui n'existaient point lorsqu'elle s'est obligée (1).

La question a toujours été décidée en ce sens par la jurisprudence. D'après le code civil, tout jugement donne au créancier une hypothèque sur les biens de son débiteur. Cette hypothèque est-elle comprise parmi les garanties que le créancier doit conserver sous peine de déchéance? La cour de cassation s'est prononcée pour la négative par un arrêt rendu après délibéré en chambre du conseil et sur les conclusions contraires de l'avocat général Jaubert. Il s'agissait du cautionnement donné pour une lettre de change; la cour de Caen jugea que le porteur était déchu du droit de se faire payer par les endosseurs lorsque, ayant pris inscription sur les biens du tireur, il avait donné mainlevée de cette inscription et avait empêché par là la subrogation de la caution à l'hypothèque judiciaire. Cet arrêt a été cassé. La cour établit très-bien que la garantie à laquelle le créancier avait renoncé ne résultait point du contrat intervenu entre lui et les cautions; en effet, le code de commerce n'oblige le porteur d'une lettre de change qu'à faire constater le défaut de paiement et à faire notifier l'acte de protêt, avec assignation, dans les délais fixés, au tireur et aux endosseurs; moyennant ces formalités, il conserve tous ses droits contre eux. Aucune loi n'oblige le porteur de

(1) Pont et les auteurs qu'il cite (t. II, p. 186, note 3). En sens contraire des auteurs cités, *ibid.*, note 2.

poursuivre son paiement par la voie hypothécaire, ni même d'exercer des poursuites contre les débiteurs. Si donc le porteur juge à propos de prendre des inscriptions sur leurs biens ou d'exercer contre eux des poursuites, les avantages ou les sûretés qui peuvent résulter de ces actes n'ayant pas été promis par le contrat de change, il peut s'en désister sans compromettre aucun de ses droits contre les cautions; l'article 2037 est inapplicable (1). L'hypothèque judiciaire est abolie par notre loi hypothécaire; la difficulté ne pourrait donc se présenter que si de nouvelles sûretés étaient stipulées par convention.

309. Il va sans dire que l'article 2037 est inapplicable lorsque le créancier a négligé d'acquiescer des garanties auxquelles la caution aurait été subrogée. La cour de Pau l'a jugé ainsi dans un cas où le créancier avait promis d'employer les fonds par lui empruntés à rembourser un prix de vente, ce qui eût donné à la caution le privilège du vendeur; mais cette promesse n'avait été ni acceptée ni réalisée. La caution se prétendit néanmoins déchargée. Sa prétention a été repoussée par la cour de Pau. La cour dit que l'article 2037 ne décharge la caution que lorsque le créancier a laissé perdre, par son fait, les sûretés que le contrat lui conférait, et qu'il ne peut dès lors lui transmettre. Cela suppose que ces sûretés constituaient pour lui un droit certain, définitivement acquis, et non une simple espérance qu'il dépendait de la partie contractante de réaliser ou de faire évanouir. Tant qu'il n'y a pas de droit acquis au créancier, il ne peut pas le faire périr par son fait; il ne cause donc aucun préjudice à la caution, et, par-tant, celle-ci ne peut invoquer un bénéfice qui est fondé sur un préjudice. La cour constate ensuite que le privilège du vendeur n'avait pas été transmis par voie de subrogation à l'emprunteur. Vente d'un domaine pour 4,000 francs. Le vendeur charge l'acheteur de payer ses créanciers. Pour payer ces 4,000 francs, l'acheteur emprunta successivement 1,000 et 3,000 francs, en promettant au prêteur de le

(1) Cassation, 17 janvier 1831; Rejet, 12 mai 1835 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, n^o 680). Cassation, 27 novembre 1861 (Dalloz, 1861, 1, 470).