

subroger au privilège du vendeur. Cette promesse ne fut ni acceptée ni accomplie; l'acquéreur, au lieu de payer le vendeur, dissipa les deniers empruntés; le prêteur se trouvait donc sans privilège, et, par suite, la caution ne pouvait y être subrogée. Était-elle déchargée par là de son cautionnement? Non, car le prêteur n'avait pas fait périr une garantie qui existait lors du contrat, il avait négligé de remplir les conditions prescrites par la loi pour l'acquisition du privilège. Dès lors on n'était pas dans les termes de l'article 2037 (1).

310. Que faut-il entendre, dans l'article 2037, par *fait* du créancier? Est-ce seulement un fait positif, tel que la renonciation à l'hypothèque, ou est-ce aussi la simple négligence par suite de laquelle le créancier perd ses droits? Si l'on s'attache au principe tel que l'ont expliqué les orateurs du gouvernement et du Tribunat, il faut dire que toute faute du créancier qui a pour conséquence de faire périr, en tout ou en partie, les garanties qui assurent le paiement de la dette entraîne la décharge de la caution. On suppose que celle-ci s'engage sous la condition d'être subrogée aux droits du créancier, et que celui-ci s'oblige à conserver ces garanties. Dès que le créancier ne remplit pas cette obligation, il est responsable; or, il ne la remplit pas par cela seul que les garanties périssent par une faute qui lui est imputable; et les fautes se commettent par négligence, aussi bien que par un fait positif.

La jurisprudence et la plupart des auteurs se sont prononcés en ce sens (2). Il y a cependant un motif de douter, c'est la tradition. Pothier dit que la simple négligence n'est pas imputable au créancier; il en donne deux raisons. Le créancier, dit-il, n'est obligé à céder ses actions au fidejusseur que par une considération d'équité; il suffit donc qu'il agisse de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ne fasse rien de contraire à cette obligation. D'ailleurs, ajoute Pothier, la caution peut, aussi bien que le créancier, conserver les garanties attachées à la créance; quand elle n'y veille pas, elle

(1) Pau, 25 août 1851 (Dalloz, 1851, 2, 248). Pont, t. II, p. 186, n° 378.

(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. IV, p. 694, note 12, § 429, et par Pont, t. II, p. 187, n° 380.

n'est pas recevable à lui reprocher une négligence dont elle-même est coupable. Nous laissons pour le moment de côté cette dernière raison, qui donne lieu à une nouvelle difficulté; la première touche à une question de principe. Si l'exception de l'article 2037 n'a d'autre fondement que l'équité, le législateur peut la restreindre, et il le doit même, parce que si l'appliquait avec rigueur, il blesserait l'équité; tandis que si l'exception est un droit que la caution tient de son contrat, l'équité est hors de cause, car on ne peut pas l'invoquer contre un droit contractuel. Dans l'opinion que nous avons enseignée, la question est tranchée d'avance. Les auteurs du code ne parlent pas d'équité (n° 304); ils fondent l'exception de l'article 2037 sur l'intention des parties contractantes, donc sur un droit, et sur ce terrain la solution n'est pas douteuse. Nous écartons donc la tradition, parce que le législateur, tout en maintenant l'exception de subrogation, lui a donné un autre caractère.

Il est plus difficile de justifier la doctrine consacrée par la jurisprudence; celle-ci, fidèle à la tradition quant au fondement de l'exception, ne manque jamais d'invoquer l'équité; dès lors il semble qu'elle aurait dû aussi accepter la conséquence que Pothier en déduit et limiter l'exception aux actes positifs qui ont fait périr le droit du créancier. N'y a-t-il pas inconséquence à admettre le principe et à en rejeter la conséquence? On invoque l'article 1383, aux termes duquel chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. L'argument est loin d'être décisif; l'article 1383 parle des quasi-délits; tandis que, dans l'espèce, il s'agit, d'après la jurisprudence, d'une obligation d'équité dérivant d'un contrat. Dans notre opinion, nous pouvons nous prévaloir de l'article 1383 comme d'une raison d'analogie; car nous fondons l'exception sur une faute, donc sur l'inexécution d'une obligation, et l'article 1383 parle aussi de la faute; or, en ce qui concerne la question de savoir s'il y a faute à *omettre*, comme il y a faute à *commettre*, il n'y a pas de différence entre les quasi-délits et les contrats. Dans l'opinion générale, au contraire,

il y a contradiction à invoquer une disposition qui suppose la violation d'un droit, alors que l'on nie que la caution ait un droit véritable.

311. C'est peut-être à cette inconséquence qu'il faut attribuer les hésitations que l'on remarque dans la jurisprudence quand il s'agit d'apprécier s'il y a négligence ou non de la part du créancier. Le créancier ne poursuit pas le débiteur, ou il ne continue point les poursuites commencées; le débiteur devient insolvable; on demande si la caution actionnée par le créancier peut lui opposer l'exception de l'article 2037. A notre avis, elle le peut si l'on admet le principe que la doctrine et la jurisprudence admettent généralement. On suppose que, lors de l'échéance de la dette, le débiteur était solvable; le créancier aurait pu être payé s'il l'avait poursuivi; s'il ne le fait point, il en résultera que la subrogation opérée par le paiement ne pourra plus se faire utilement au profit de la caution, puisqu'elle n'aura de recours que contre un insolvable; on est donc dans le texte comme dans l'esprit de l'article 2037. Il y a des arrêts en ce sens.

Le fisc a un privilège pour ses créances; le débiteur meurt, la succession est acceptée bénéficiairement; les biens sont vendus; le fisc néglige de se présenter pour exercer son privilège; des poursuites commencées sont interrompues depuis 1817 jusqu'en 1833. Alors l'administration poursuit la caution; celle-ci oppose l'exception de l'article 2037; rejetée en première instance, elle est accueillie en appel. Pourvoi en cassation; la chambre des requêtes l'admet, la chambre civile le rejette. L'arrêt de rejet constate le fait de négligence tel qu'il était établi par la décision attaquée; il en conclut que l'article 2037 était applicable. On objectait, dans l'intérêt de la régie, que le créancier qui ne poursuit pas le débiteur, ou qui suspend la poursuite, lui accorde par là une prorogation de terme, laquelle, d'après l'article 2039, ne décharge point la caution. La cour répond qu'il ne s'agissait pas, dans l'espèce, d'une simple prorogation de terme, mais d'une suspension indéfinie de poursuites accordée par l'administration sur la seule réclamation du débiteur principal, et dont rien ne constatait que la

caution eût été avertie; et c'est pendant cette suspension que toutes les valeurs mobilières de la succession avaient complètement disparu, sans qu'il eût été tenté aucune démarche, aucun acte conservatoire des droits et privilèges attachés à la créance du fisc, alors qu'il pouvait y avoir encore quelque espoir de recouvrement partiel. La cour conclut qu'en jugeant, d'après l'ensemble et l'appréciation de tous les faits et circonstances de la cause, que c'est par la négligence de l'administration que la subrogation aux droits du trésor ne pouvait plus s'opérer en faveur de la caution, et que, par suite, celle-ci était déchargée, le jugement attaqué s'était conformé aux principes de l'article 2037 (1).

312. La défense puisée dans l'article 2039, que la cour de cassation a refusé d'admettre dans l'espèce que nous venons de citer, a été accueillie par elle dans d'autres espèces, que nous devons rapporter aussi afin de constater le véritable état de la jurisprudence et de l'apprécier. Des fermiers de l'octroi s'obligent à payer par anticipation, mois par mois. A défaut des paiements ainsi faits, la ville se réservait de faire verser directement, dans la caisse municipale, par les receveurs de l'octroi, les fonds provenant de leurs recettes. Le père des adjudicataires se porta caution pour le quart du prix annuel de l'adjudication. Les fermiers disparurent, débiteurs de quarante jours de ferme, dont le receveur municipal n'avait pas exigé le paiement par avance. Action de la ville contre la caution. Celle-ci opposa l'exception de l'article 2037; admise par le premier juge, elle fut écartée en appel. La cour s'en tient à la lettre de l'article 2037, qui ne prononce pas la déchéance du créancier pour défaut de poursuites à l'échéance, si d'ailleurs il n'en résulte aucune péremption de droits auxquels la caution pouvait être subrogée; or, dit la cour, l'action de la caution, dans l'espèce, restait entière. La cour invoque encore l'article 2039, d'après lequel la simple prorogation de terme ne décharge pas la caution. Pourvoi pour viola-

(1) Rejet, chambre civile, 17 août 1836 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 331). Dans le même sens, Limoges. 28 mars 1844 (Dalloz, 1845, 2, 56).

tion de l'article 2037 et fausse application de l'article 2039. Le pourvoi fut rejeté.

La chambre des requêtes commence par établir, en droit, que la ville pouvait accorder aux fermiers un délai, et suspendre pendant ce délai toutes poursuites, ainsi que l'exercice des droits qu'elle s'était réservé par le cahier des charges; ce qui eût rendu l'article 2039 applicable. Or, dit la cour, le délai accordé par la ville aux fermiers de l'octroi, pendant quarante jours, pour le paiement de ce qu'ils devaient ne diffère en rien de la prorogation du terme stipulée dans la convention; les effets doivent donc en être les mêmes. D'après l'article 2039, la caution avait le droit de poursuivre le débiteur principal pour le forcer au paiement; si elle ne l'a point fait, elle ne pouvait faire retomber sur la ville la responsabilité du dommage qui résultait de son défaut de vigilance (1).

Il y a un arrêt dans le même sens de la chambre civile. Le créancier était resté pendant plus de neuf ans sans intenter de poursuites contre un débiteur mort solvable. Le tribunal de première instance appliqua l'article 2037; sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation fondé sur l'article 2039. « En présence du droit de poursuite donné à la caution contre la négligence du créancier, dit la cour, on ne peut voir dans le retard, quelque prolongé qu'il soit, à diriger des poursuites, et à quelque époque que soit survenue l'insolvabilité du débiteur, une cause empêchant la subrogation de la caution dans les droits du créancier et donnant lieu à l'application de l'article 2037, mais seulement une prorogation de terme qui, selon l'article 2039, ne produit pas cet effet (2). »

Cette jurisprudence nous laisse quelque doute. Nous ne demanderons pas comment les derniers arrêts se concilient avec le premier arrêt de la cour de cassation qui admet l'application de l'article 2037 dans le cas où le créancier met à poursuivre le débiteur une négligence qui devient préjudiciable à la caution (n° 311). A notre avis, c'est cette

(1) Rejet, 17 août 1859 (Dalloz, 1859, 1, 359).

(2) Cassation, 8 mai 1861 (Dalloz, 1861, 1, 269). Dans le même sens, Nancy, 13 avril 1867 (Dalloz, 1867, 2, 104).

première jurisprudence qui est la meilleure : elle écarte l'article 2039 et considère l'application de l'article 2037 comme une question de fait. Est-il vrai, comme le disent les derniers arrêts de la cour de cassation, que le fait de ne pas poursuivre le débiteur équivaille à une prorogation de terme? Non (1); l'article 2039 décide la question de savoir si la prorogation de terme emporte novation et, par suite, décharge de la caution (n° 278). Cela n'a rien de commun avec l'article 2037, qui suppose une faute de la part du créancier. Proroger un terme n'est pas une faute, ce peut être un acte utile au créancier et à la caution; en tout cas, la caution a, dans ce cas, le droit de poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement; ce qui suppose qu'elle est avertie de la convention intervenue entre le créancier et la caution; la loi concilie ainsi les intérêts de toutes les parties.

Il n'en est pas de même de la négligence que le créancier met à poursuivre le débiteur : c'est une faute, ou ce peut du moins être une faute préjudiciable à la caution. Si le créancier reste pendant de longues années sans poursuivre le débiteur, alors que celui-ci est solvable, et sans agir contre la caution, celle-ci ne doit-elle pas croire que le débiteur a payé? Elle pourrait, à la vérité, agir contre le débiteur en vertu de l'article 2032, n° 4, puisque l'on suppose que la dette est exigible. Mais comment la caution songerait-elle à agir lorsque le débiteur est solvable? ne doit-elle pas supposer que le créancier a agi et que la dette est éteinte? Sans doute, si elle sait que le créancier néglige d'agir, la prudence exige qu'elle use du droit que lui donne l'article 2032; et si elle ne le fait pas, elle est aussi coupable de négligence : il y a faute de part et d'autre; dans ces circonstances, y aura-t-il lieu de déclarer le créancier responsable en vertu de l'article 2037 et de prononcer la décharge de la caution? Nous reviendrons sur la question générale de la faute qui peut être imputée à la caution. Quant à la question spéciale de la négligence du créancier à poursuivre le débiteur, nous répondons, avec le premier

(1) Comparez Liège, 27 janvier 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 119).

arrêt de la cour de cassation, que c'est une question de fait. Y a-t-il faute de la part du créancier? Cette faute cause-t-elle un préjudice à la caution en compromettant le recours qu'elle a contre le débiteur? Telles sont les questions qui se présentent dans l'application de l'article 2037. Ce sont des difficultés de fait que le juge décidera d'après les circonstances de la cause. Nous ne disons donc pas, en droit, que le défaut de poursuites décharge toujours la caution, c'est au juge d'apprécier si le défaut de poursuites est une négligence et une faute, et s'il en résulte un préjudice pour la caution.

313. La caution est-elle déchargée, en vertu de l'article 2037, quand elle-même est en faute? Nous répondons que la question est de fait plutôt que de droit. Elle se présente aussi dans l'application des articles 1382 et 1383. La jurisprudence l'a décidée en ce sens que l'auteur du fait dommageable reste tenu, au moins dans une certaine mesure, dès qu'il y a une faute à lui reprocher; le juge tiendra compte de la faute de la partie lésée en diminuant les dommages-intérêts (t. XX, nos 485-492). On peut appliquer cette jurisprudence, par analogie, au cas prévu par l'article 2037. La faute de la caution n'empêche pas que le créancier, de son côté, soit en faute; le juge tiendra compte des fautes réciproques pour ne prononcer que la décharge partielle de la caution, la réparation devant toujours être proportionnée à la faute ainsi qu'au préjudice qui en résulte. L'article 2037 vient à l'appui de cette doctrine; il suppose que c'est par le fait du créancier que la caution ne peut être utilement subrogée; si le juge décide que c'est à la caution que ce fait doit être imputé, il ne déchargera pas la caution; s'il trouve qu'il y a faute du créancier et de la caution, il pourra ne décharger la caution que partiellement. Une décision absolue est impossible (1).

314. La jurisprudence paraît contradictoire en cette matière; mais les décisions de fait, quoique contraires en apparence, peuvent très-bien se concilier par la différence

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 694, note 13, § 429; Pont, t. II, p. 188, n° 381.

des faits, et parfois des nuances d'un fait. Nous allons rendre compte de la jurisprudence; il est difficile de la critiquer, la décision dépendant des circonstances de la cause; seulement les décisions nous paraissent trop absolues.

Une hypothèque périt faute de renouvellement de l'inscription; la cour d'Amiens dit que la perte était due à la négligence de la caution autant qu'à celle du créancier, et, par suite, elle décida qu'il n'y avait pas lieu de prononcer la décharge de la caution. Sur le pourvoi, la cour de cassation jugea que l'arrêt attaqué n'avait pas violé l'article 2037 en rejetant l'exception de subrogation, par le motif que la perte de l'hypothèque n'était pas moins imputable à la caution qu'au créancier (1). Il nous semble que la conséquence n'est pas en rapport avec les prémisses. S'il y avait faute égale de part et d'autre, le créancier en devait répondre aussi bien que la caution, et cependant c'est sur la caution seule que la cour fait retomber la responsabilité.

La question du renouvellement de l'inscription hypothécaire se complique d'une difficulté de droit sur laquelle la jurisprudence est divisée: faut-il entendre par *fait*, dans l'article 2037, un fait positif, ou un fait négatif de négligence suffit-il? La cour de Bruxelles a jugé que la caution n'était pas recevable à reprocher au créancier de n'avoir pas renouvelé l'inscription, alors qu'elle pouvait elle-même le faire, ou du moins interpellé le créancier de le faire; que, d'ailleurs, cette négligence du créancier n'est pas une faute lourde (2). En droit, cette décision serait très-contestable: où est-il dit que la faute du créancier doit être une faute lourde? où est-il dit que la caution doit interpellé le créancier de conserver les droits que, dans l'esprit de l'article 2037, le créancier doit conserver pour la caution?

La cour de cassation s'en rapporte d'ordinaire aux décisions rendues par le juge du fait. Une hypothèque est stipulée sur les biens à venir du débiteur. La caution poursuivie reprocha au créancier de n'avoir pas pris inscription

(1) Rejet, 12 mai 1835 (Daloz, au mot *Effets de commerce*, n° 680). Comparez Agen, 26 novembre 1836 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 348).

(2) Bruxelles, 16 mai 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 380). Comparez Rennes, 19 mars 1811; Caen, 3 juillet 1841 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 338).

sur un bien acquis par le débiteur. Mais l'arrêt attaqué constatait que le créancier n'avait jamais eu connaissance de cette acquisition; la cour d'appel dit que c'était à la caution, instruite de tous les actes du débiteur, d'en donner avis au créancier; que, n'ayant jamais fait aucun acte pour sauvegarder ses intérêts, elle devait se reprocher à elle seule d'avoir éprouvé une perte. L'arrêt attaqué en concluait qu'il n'y avait aucune négligence à reprocher au créancier et que, partant, l'article 2037 était inapplicable. En jugeant ainsi, dit la cour de cassation, d'après les faits qu'il constate et dont l'appréciation lui appartenait, l'arrêt attaqué, loin de violer l'article 2037, en avait fait une juste application (1).

C'est une décision fondée sur les circonstances de la cause et, à notre avis, l'article 2037 devrait toujours être appliqué de cette manière. De ce que, dans l'espèce, la caution a été déclarée responsable de son inaction, il faut se garder de conclure que c'est à la caution de prendre l'initiative et de mettre le créancier en demeure de conserver ses droits. L'article 2037 ne dit pas cela; il dit plutôt le contraire, puisqu'il ne parle que du fait du créancier. La cour de cassation a jugé, en ce sens, que rien n'impose aux cautions l'obligation d'une mise en demeure, que c'est au créancier de veiller à la conservation de ses droits, dans l'intérêt de la caution (2).

Nous citerons encore un arrêt de la cour de Gand qui confirme, en grande partie, notre manière de voir. Les lois de douanes et d'accises, en permettant à l'administration d'accorder des crédits aux industriels, veillent aux intérêts du trésor en lui donnant un privilège sur les meubles, une hypothèque sur les immeubles et le droit d'exiger un cautionnement, à la satisfaction du receveur. De son côté, l'administration doit prendre inscription de son hypothèque, quand même le cautionnement lui offrirait pleine garantie; elle doit le faire dans l'intérêt de la caution. En effet, dit la cour de Gand, le créancier est tenu de veiller

(1) Rejet, chambre civile, 28 décembre 1845 (Daloz, 1846, 1, 40).
 (2) Rejet, 4 juillet 1862 (Daloz, 1862, 1, 485).

à la conservation entière de tous ses droits, privilèges et hypothèques, afin que la caution puisse profiter de la subrogation que la loi a introduite en sa faveur. Si l'administration ne prend pas inscription en temps utile et que, par suite, l'hypothèque devienne inefficace, elle cause à la caution un dommage qu'elle est tenue de réparer, et la réparation consiste dans l'exception que la caution peut lui opposer en vertu de l'article 2037. Peu importe que l'administration ne soit coupable que d'une négligence ou omission, en ne remplissant pas la formalité de l'inscription, cette négligence et cette omission ont pour la caution la même conséquence qu'un fait positif, puisqu'elles causent à la caution le même préjudice. On objectait que la négligence pouvait être imputée à la caution aussi bien qu'au créancier, puisqu'elle aurait pu requérir l'inscription, ou du moins mettre le créancier en demeure de le faire. La cour répond que l'hypothèque est accordée au trésor, que c'est donc à l'administration de prendre les mesures nécessaires pour la rendre efficace et pour la conserver; la loi n'oblige pas les cautions à conserver les droits du créancier, quoiqu'elles y aient intérêt, elle oblige le créancier à conserver ses droits au profit de la caution (1). Tels sont les vrais principes; l'application peut du reste varier d'après les circonstances de la cause, puisqu'il s'agit de faute, de responsabilité et de préjudice.

315. L'article 2037 déclare la caution déchargée lorsque, par le fait du créancier, la subrogation à ses *droits* ne peut plus s'opérer au profit de la caution. Faut-il conclure de là que la décharge n'a point lieu si le droit subsiste, bien que par la négligence du créancier il ne lui présente plus la sûreté qu'il avait stipulée, ni, par conséquent, à la caution la garantie sur laquelle elle comptait? On l'enseigne ainsi et on critique un arrêt de la cour de cassation qui a décidé la question en sens contraire (2). A notre avis, l'arrêt est bien rendu. Voici l'espèce. Le créancier avait stipulé une hypothèque sur une forêt; la

(1) Gand, 25 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 301).
 (2) Pont, t. II, p. 189, n° 382.

superficie forme un élément essentiel de cette garantie; or, le débiteur vendit la presque totalité de la superficie, en faisant des coupes anticipées. Ces dégradations de l'immeuble hypothéqué donnaient au créancier le droit d'exiger le remboursement de la créance, à moins qu'il ne voulût se contenter d'un supplément d'hypothèque (art. 2131; loi hyp., art. 76). Le créancier resta dans l'inaction, il ne fit pas même un acte conservatoire en s'opposant au paiement du prix des coupes vendues; il laissa ainsi altérer, dans une énorme proportion, le gage sur lequel la caution avait compté. La cour de cassation en conclut que le créancier avait commis une négligence grave, qu'il s'était mis dans l'impossibilité d'opérer une subrogation *utile* au profit de la caution, ce qui rendait l'article 2037 applicable (1). Le mot *utile* que la cour de cassation ajoute ne se trouve pas dans l'article 2037; mais les principes et l'esprit de la loi confirment l'interprétation de la cour. Nous venons de citer les dispositions du code civil et de notre loi hypothécaire qui rendent la dette exigible quand le débiteur diminue par son fait les sûretés qu'il avait données à son créancier (art. 1188) : le débiteur manque à la loi du contrat. De son côté, le créancier manque à la loi de son contrat avec la caution, en laissant dégrader l'immeuble hypothéqué sur lequel la caution compte pour le remboursement de sa créance; partant, il doit réparer le dommage que par sa négligence il cause à la caution. Vainement dira-t-on que l'hypothèque subsiste; les articles 1188 et 2131 (loi hyp., art. 76) prouvent que la garantie hypothécaire n'existe plus, puisque la loi déclare le débiteur déchu du bénéfice du terme; donc la subrogation à l'hypothèque ne s'opère pas non plus, telle que, dans l'intention des parties, elle devait se faire; c'est une subrogation dérisoire que celle de la caution à un droit qui n'a plus de valeur. La cour de cassation a donc raison d'ajouter que la subrogation doit être utile; si elle n'est pas utile, on ne peut pas dire qu'elle existe.

316. Quel est l'effet de la décharge que la loi accorde

(1) Rejet, 23 mai 1833 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 42).

à la caution, dans le cas de l'article 2037? Nous avons d'avance répondu à la question. La décharge n'a point lieu de plein droit, puisqu'il ne s'agit pas d'une condition résolutoire expresse, tout au plus peut-on dire qu'elle est tacite; pour mieux dire, c'est la loi qui permet à la caution d'opposer sa décharge au créancier qui la poursuit; de là le terme d'*exception* que l'on emploie dans la doctrine pour qualifier le droit de la caution (n° 302). La décharge n'est pas toujours totale; elle est proportionnée au préjudice souffert (nos 306 et 314). Il a été jugé que l'exception est péremptoire; en effet, elle anéantit la demande en opérant l'extinction du cautionnement et, par suite, la libération de la caution. De là suit qu'elle peut être opposée en appel, comme l'exception de paiement; ce n'est pas une nouvelle demande qui doit passer par les deux degrés de juridiction, c'est une défense à l'action principale (1).

N° 2. APPLICATIONS.

317. Il est de principe que l'Etat est soumis au droit commun; on doit donc lui appliquer la disposition de l'article 2037; nous en avons donné des exemples (n° 314). L'Etat, comme personne civile, ne peut pas commettre de faute ni être responsable du dommage qu'il cause; mais il répond, à titre de commettant, du fait de ses préposés. Si donc, par le fait d'un préposé, l'administration ne peut pas subroger la caution à ses droits, privilèges et hypothèques, la caution est déchargée à son égard. La cour de cassation a fait l'application de ces principes dans l'espèce suivante. Des acquits-à-caution furent délivrés à un batelier pour trois bateaux de marchandises qu'il conduisait, à la condition de payer les droits de navigation au dernier bureau devant lequel il aurait à passer. Les bateaux pouvaient être arrêtés jusqu'au paiement des droits. Au lieu d'exiger le paiement, et d'arrêter au besoin les bateaux, le receveur délivra un nouvel acquit-à-caution pour une autre destination. La caution, poursuivie par l'administration, lui op-

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

posa l'article 2037. La défense a été admise par un arrêt de rejet de la chambre civile. Sans la délivrance imprudente du nouvel acquit-à-caution, dit la cour de cassation, les bateaux auraient été retenus, et la régie aurait conservé, soit pour elle, soit pour la caution subrogée à ses droits, la garantie résultant des marchandises et des moyens de transport. Ce droit a été perdu par le fait du receveur, dont l'Etat est civilement responsable; donc la caution se trouvait déchargée en vertu de l'article 2037 (1).

318. Vente de vins, au comptant, le prix devant être payé lors de la livraison. Les vins furent livrés sans que le vendeur exigeât le prix total; il accorda un délai à l'acheteur pour une partie du prix, moyennant le payement d'intérêts. A défaut de payement du prix, le vendeur actionna la caution. Celle-ci opposa l'article 2037. Le vendeur prétendit qu'il avait simplement prorogé le terme, ce qui, d'après l'article 2039, ne décharge pas la caution. Il a été jugé que le vendeur avait fait plus que proroger le terme, qu'il avait renoncé au droit de rétention des marchandises vendues, droit qui lui eût assuré, à lui et à la caution, le payement du prix; c'était donc le cas d'appliquer l'article 2037 (2).

319. Quand le créancier donne au débiteur mainlevée de son hypothèque, il est évident que la caution est déchargée, puisque la subrogation à la garantie hypothécaire devient impossible par le fait du créancier (3). Cela est tout aussi évident quand le créancier renonce à une hypothèque générale, grevant même les biens à venir du débiteur, et qu'il se contente d'une hypothèque spéciale (4). En est-il de même quand le créancier néglige de prendre inscription ou de la renouveler? Cette question soulève une difficulté de droit: la loi exige-t-elle un fait positif? ou suffit-il d'une omission, d'une négligence? La jurisprudence confirme, en général, la doctrine que nous avons enseignée. Le législateur, dit la cour de La Haye, veut que le créancier ait soin

(1) Rejet, chambre civile, 18 décembre 1844 (Daloz, 1845, 1, 47).

(2) Rejet, 8 août 1872 (Daloz, 1873, 1, 240).

(3) Bordeaux, 19 août 1822 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 339).

(4) Rennes, 28 mars 1814 (Daloz, *ibid.*, n° 340).

de conserver les droits de la caution dans le même état où ils se trouvaient lorsque le cautionnement a été contracté, parce que la caution n'a entendu s'engager qu'avec l'assurance d'être pleinement subrogée aux droits du créancier: le *droit* et l'*équité* l'exigent (1). La cour de Bordeaux dit de même que le créancier est obligé de veiller à la conservation de ses garanties, afin de les transmettre à la caution; que si, par son incurie, il se met hors d'état de le faire, il doit en répondre (2).

320. La loi donne aux créanciers du défunt, dont la succession est acceptée purement et simplement, le droit de demander la séparation des patrimoines; droit qui conserve leur gage sur les biens du débiteur contre les créanciers de l'héritier. Si un créancier néglige de demander la séparation des patrimoines, et si, par suite de l'insolvabilité de l'héritier, la subrogation de la caution devient inefficace, celle-ci peut-elle réclamer sa décharge en vertu de l'article 2037? Cela a été jugé, mais la décision a été cassée, et elle devait l'être. En effet, la séparation des patrimoines n'est pas une sûreté attachée à la créance et que le créancier doit conserver, c'est un bénéfice que la loi accorde aux créanciers pour les mettre à l'abri du danger dont les menace l'insolvabilité de l'héritier, au cas où celui-ci accepte purement et simplement la succession du défunt. C'est donc une garantie que le créancier acquiert, à la mort de son débiteur, s'il remplit les formalités prescrites par la loi; or, le créancier n'est pas tenu d'acquiescer de nouvelles garanties par suite d'événements survenus depuis le contrat (n° 309). Cela est décisif (3).

321. On a soutenu que le fait de demander la déclaration de faillite du débiteur décharge la caution. Il est vrai que, par suite de la faillite du débiteur, la caution perd une partie de sa créance; mais cette perte n'est pas imputable au créancier, elle résulte du mauvais état des affaires du débiteur; celui-ci ne peut être déclaré en faillite que s'il a cessé ses payements, et la cessation des payements n'est

(1) La Haye, 18 février 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 61).

(2) Bordeaux, 21 avril 1839 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 341).

(3) Cassation, 8 mai 1861 (Daloz, 1861, 1, 269).

pas le fait du créancier. Les poursuites de celui-ci peuvent parfois être prématurées, en ce sens que s'il n'avait pas fait déclarer la faillite, les affaires du débiteur auraient pu se rétablir; mais quand même il en serait ainsi, il serait difficile de considérer comme une faute des poursuites qui sont l'exercice d'un droit. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, l'arrêt attaqué constatait que la déclaration de faillite était tardive plutôt que prématurée; elle avait empêché le complet anéantissement de l'actif du failli et fait rapporter à la masse des valeurs importantes; de sorte que loin d'avoir causé un préjudice quelconque, elle avait, au contraire, tourné à l'avantage, tant du créancier cautionné que de la caution elle-même. Il n'y avait donc aucune faute de la part du créancier, il ne restait que l'exercice d'un droit, ce qui écartait l'article 2037 (1).

(1) Rejet, 7 avril 1869 (Dalloz, 1871, I, 53).

TITRE XVI.

(TITRE XV DU CODE CIVIL.)

DES TRANSACTIONS (1).

CHAPITRE I^{er}.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SECTION I. — Définition et caractères.

322. Bigot-Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs de notre titre : « De tous les moyens de mettre fin aux différends que font naître entre les hommes leurs rapports variés et multipliés à l'infini, le plus heureux dans tous ses effets est la transaction, ce contrat par lequel sont terminées les contestations existantes ou par lequel on prévient les contestations à naître. Chaque partie *sacrifie* une partie de l'avantage qu'elle pourrait espérer, pour ne pas éprouver toute la perte qui est à craindre; et lors même que l'une des parties se désiste entièrement de sa prétention, elle se détermine par le grand intérêt de rétablir l'union et de se garantir des *longueurs*, des frais et des inquiétudes d'un procès (2). »

(1) Marbeau, *Traité des transactions*, 1 vol. (Paris, 1832). Rigal, *Traité des transactions* (Paris, 1834), 1 vol. Troplong, *Des transactions (à la suite du cautionnement)*, 1 vol. (Paris, 1846). Pont, *Des petits contrats*, t. II.

(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 2 (Loché, t. VII, p. 458).