

pale n'exige pas la mise en demeure préalable, le fidéjusseur ne peut se prévaloir de ce que des démarches n'auraient pas été faites auprès du débiteur pour obtenir paiement. Il suffit que le débiteur ne paie pas, devant payer. Ce seul fait réalise la condition et rend l'action recevable.

C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour royale de Bordeaux du 18 août 1841 (1).

233. Voilà donc les parties en présence.

Il faut voir maintenant quel fidéjusseur a qualité pour opposer l'exception de discussion.

Et d'abord, le bénéfice de discussion n'est pas admis dans les matières commerciales, où la confiance, le crédit, la bonne foi doivent être exubérants. « *Eam non petitur bonæ fidei exuberantia inter mercatores requisita* (2). » Cette exception n'y serait qu'une entrave à la marche des affaires qui doivent arriver promptement à conclusion. Il faudrait aller chercher au loin des débiteurs qui habitent des contrées transmarines, ou sont séparés les uns des autres par ces grandes distances que le commerce embrasse (3). D'ailleurs, dans les opérations de commerce, le cautionnement n'est pas toujours gratuit; et comment alors le fidéjusseur pourrait-il s'abriter derrière une exception introduite par celui qui se charge généreusement de la dette d'au-

(1) Palais, 1842, p. 164.

M. Ponsot, n° 33.

(2) Casaregis, *disc.* 68, n° 14.

Emerigon, t. 2, p. 534.

(3) *Id.*, n° 16.

trui (1)! Tous les auteurs s'accordent donc à reconnaître qu'entre marchands il n'y a pas lieu au bénéfice de discussion (2). On considère ce bénéfice comme une rigueur dont il ne faut pas user contre un créancier qui a promptement besoin de son argent, de sa marchandise, etc. On étend à tout le commerce ce que Justinien avait décidé à l'égard des argentiers (3).

C'est pourquoi nous voyons l'article 142 du C. de c. décider que le donneur d'aval est tenu d'une manière principale comme les tireurs et endosseurs de lettres de change (4).

Mais, remarquons-le bien, ces principes n'ont lieu qu'entre marchands ou personnes faisant acte de commerce. Le non négociant peut, sans difficulté, opposer le bénéfice de discussion au créancier commerçant envers lequel il s'est obligé comme caution dans la forme ordinaire (5).

234. 2° Le fidéjusseur ne peut opposer le bénéfice de discussion quand il est notoire que le débiteur

(1) *Id.*, n° 15.

(2) *Decis. rot. gen.*, 90, n° 3.

Marsil, nos 8 et 12.

Maur., *De fidejuss.*, part. 2, sect. 6, cap. 2, n° 113.

Hering., *De fidej.*, part. 4, c. 27, n° 281.

Straccha, *De mercat.*, t. 8, n° 5.

Scaccia, § 2, glos. 5, n° 195.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, p. 561.

Mon com. du *Mandat*, n° 52.

(3) *Suprà*, n° 227.

(4) Scaccia, § 1, q. 17, n° 8, p. 305.

(5) Favre, C., 8, 28, 3.

principal est insolvable (1). Partant, l'article 2023, voulant donner une sanction à cette règle, a exigé du fidéjusseur qu'il indique les biens à discuter, et qu'il avance les deniers suffisants pour faire la discussion.

235. 3° Si le créancier était en même temps débiteur du fidéjusseur pour d'autres causes, et si, étant poursuivi pour payer, il offrait la compensation, le fidéjusseur ne pourrait en empêcher l'effet en opposant le bénéfice de discussion. — C'est l'opinion de Balde (2) et d'un grand nombre d'autres docteurs cités par Hering (3).

236. 4° Le fidéjusseur ne peut opposer le bénéfice de discussion quand il vient à hériter du débiteur principal (4); car il est tenu dès lors comme débiteur principal.

237. 5° Lorsque le fidéjusseur du vendeur trouble l'acquéreur par une action en revendication, et que celui-ci lui oppose la règle *Quem de evictione*, etc., le fidéjusseur n'est pas fondé à se prévaloir du bénéfice de discussion. Il n'y a que lui seul, fidé-

(1) Hering., c. 27, n° 199.

Bartole sur la loi *fin.*, D., *Si cert. petat.*

Marsili, n° 40.

Plumb., *De disc.*, n° 3.

Decis. rot. gen., 90, n° 3, *in fine*; et *decis.* 91, nos 29 et 30.

(2) Sur la loi *Except.*, C., *De evict.*

Marsili, n° 11.

(3) C. 27, n° 313.

(4) Marsili, n° 20.

Hering., c. 27, n° 261.

jusseur, qui puisse satisfaire à l'obligation de défendre en retirant sa propre demande. Le bénéfice de discussion ne peut être invoqué que lorsque le débiteur principal peut acquitter la dette. Ici, le vendeur n'est pas l'auteur du trouble; c'est le fidéjusseur qui le cause; il doit le faire cesser sans moyens dilatoires (1).

238. 6° La caution judiciaire ne peut opposer le bénéfice de discussion (2).

239. 7° Enfin le fidéjusseur ne peut opposer le bénéfice de discussion quand il y a renoncé (3), ou lorsqu'il s'est engagé solidairement.

Nous avons exposé ci-dessus l'origine des renonciations au bénéfice de discussion (4). Les jurisconsultes, qui avaient vu dégénérer en clause de style des conventions ayant tant de gravité, avaient essayé d'en modérer l'abus. Ils auraient voulu qu'on n'eût aucun égard aux renonciations des femmes, des personnes rustiques et autres peu versées dans la connaissance des lois, et ignorant presque toujours l'existence des dispositions protectrices auxquelles on les faisait renoncer. Ils auraient voulu que les notaires eussent pris soin d'éclairer les parties sur leurs droits et sur la portée des clauses de renon-

(1) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 461.

Pothier, *Vente*, n° 179.

Cujas sur la loi 11, C., *De evict.*

(2) Art. 2042. *Infrà*, n° 580.

Pothier, n° 409.

(3) Hering., c. 27, n° 186.

(4) *Suprà*, nos 228, 229.

ciation ; de telle sorte que ces clauses fussent sans valeur toutes les fois que le notaire n'aurait pas attesté dans l'acte qu'il avait renseigné les parties sur la nature et l'étendue de leur privilège (1).

Et ce n'était pas seulement l'ignorance des parties que redoutaient les jurisconsultes ; c'était encore celle des notaires : « *Quòd notarii ut plurimum sint ignorantes, etsi reperitur unus doctus et expertus, reperiuntur viginti quinque ignari et inexperti, nullam habentes notitiam similium beneficiorum* (2). »

Néanmoins, ces précautions finirent par devenir inutiles. On sentit qu'il n'était pas possible de faire une enquête sur chaque acte et un procès à chaque contrat. La mauvaise foi se prévalait, d'ailleurs, des doutes semés par la science dans l'intérêt de la bonne foi. On s'en tint à la règle que nul n'est censé ignorer la loi et que confiance doit être donnée aux actes publics. C'est aussi cette règle qui doit présider aujourd'hui à l'interprétation des clauses de renonciation. On le doit d'autant plus, que les notaires ne méritent plus les reproches adressés à leur devanciers, et qu'ils ont en général les lumières nécessaires pour apprécier ce qu'ils font et en faire comprendre aux parties la valeur et l'importance.

240. A côté des renonciations expresses se trouvent les renonciations virtuelles ou tacites.

(1) Marsili, n^o 36, 37, 38.

Coquille cité *suprà*, n^o 182.

(2) Marsili, n^o 39.

On a agité, par exemple, la question de savoir s'il y a renonciation implicite dans la clause par laquelle le fidéjusseur déclare s'obliger *comme débiteur principal*, « *constituit se debitorem principalem* (1). » On cite la jurisprudence du parlement de Paris qui rejetait la renonciation, celle du parlement de Normandie qui l'admettait. Marsili donne la liste de plusieurs docteurs graves qui pensaient que le fidéjusseur pouvait se prévaloir du bénéfice de discussion ; mais il les réfute au nom de l'équité et de la rigueur du droit ; il demande si se constituer débiteur principal n'est pas se constituer débiteur plus énergiquement qu'à titre de simple fidéjusseur (2). Tel est aussi l'avis de Basnage et du judicieux Pothier. C'est celui que nous adoptons. Peut-on croire que cette clause ait été insérée pour n'avoir pas de sens ? Est-ce qu'il ne faut pas lui conserver sa signification naturelle ?

Mais on n'attacherait aucune valeur à ces expressions vagues : « *promettant, obligeant et renonçant* (3) ; » ou bien à celles-ci : « *avec les soumissions et renonciations requises* (4), » qui sont de pur style,

(1) Marsil., n^o 62.

Hering, c. 27, n^o 67.

Pothier, n^o 409.

Basnage, *Hypothèq.*, ch. 4, p. 107, qui cite Dumoulin.

Bacquet, *Droits de justice*, c. 21, n^o 256.

Et Charondas, *Répons.*, liv. 10, c. 56.

(2) N^o 62.

(3) Pothier, n^o 410.

Dumoulin, *De usuris*, q. 7, *in fine*.

(4) Favre, *Code*, 8, 28, 31.

et que les notaires intelligents ont soin de retrancher de leurs actes, parce que ce n'est qu'une phraséologie vide de sens. Les seules renonciations efficaces sont celles qui procèdent de l'intention des parties et non d'un vain formulaire stéréotypé.

241. Lorsque le fidéjusseur s'oblige solidairement, il renonce virtuellement au bénéfice de discussion (1). Mais est-il vrai qu'il n'a le rôle de caution que vis-à-vis du débiteur principal, et qu'à l'égard du créancier il est vrai débiteur principal? Quelques auteurs l'ont enseigné (2); mais nous verrons, dans notre commentaire de l'art. 2036, que cette opinion manque de justesse.

242. Quand une caution donne un certificateur, la clause de renonciation au bénéfice d'ordre n'est pas censée s'appliquer à ce dernier. Le président Favre cite deux arrêts du sénat de Chambéry (1603 et 1612) qui l'ont décidé ainsi. Comment, en effet, la renonciation au bénéfice de discussion serait-elle facilement admise de la part de celui qui n'a fait qu'affirmer que la caution était solvable? On comprend que le fidéjusseur renonce au bénéfice de discussion. Mais il implique contradiction qu'on actionne le certificateur avant de savoir si celui dont il a promis la solvabilité est solvable. La clause de renonciation doit donc être raisonnablement restreinte au fidéjusseur. On ne pourrait l'é-

(1) Textus *hic*.

(2) M. Duranton, t. 18, n° 332.

tendre au certificateur sans absurdité ou sans changer le caractère de sa promesse (1).

243. Lorsque la caution peut opposer le bénéfice de discussion, elle n'est reçue à le faire que sous différentes conditions :

1° Il faut qu'elle propose son exception sur les premières poursuites ;

2° Qu'elle indique au créancier les biens à discuter ;

3° Que cette indication ne porte que sur des biens d'une discussion facile ;

4° Qu'elle fasse l'avance des frais nécessaires à la discussion.

Nous nous bornons à indiquer ici ces conditions. Le développement de ces divers points de droit aura lieu dans le commentaire des articles 2022, 2023, 2024.

244. Le but de la discussion est de retirer des biens du débiteur tout ce qu'ils peuvent produire pour l'extinction de la dette (2). Elle renvoie le créancier à faire vendre ces biens pour les convertir en argent. Meubles, immeubles, créances, actions industrielles, tout, dans le patrimoine du débiteur, est bon pour arriver à cette extinction, et détourner du fidéjusseur le coup de la responsabilité directe. Il faut que le débiteur soit discuté *ad peram usque et sacculum*, comme disait autrefois

(1) Favre, en son *Code*, 8, 28, 46.

(2) Hering, c. 27, n° 3.

un proverbe scolastique (1). Car, suivant la définition que les docteurs en donnent, la discussion est *bonorum debitoris, usque ad peram facta, diligens inquisitio atque distractio* (2). Si la discussion procure des fonds suffisants à l'entier acquittement de la dette, le fidéjusseur est désormais déchargé. Si elle ne procure que des sommes insuffisantes, le fidéjusseur n'est tenu que pour la différence. Si elle ne produit rien, le fidéjusseur est tenu pour le tout.

245. Lorsqu'après une discussion insuffisante ou infructueuse le créancier revient contre la caution, il ne lui suffit pas d'alléguer qu'il n'a pas réussi, ou qu'il n'a réussi qu'en partie. Il doit être armé des pièces de la procédure, exhiber les procès-verbaux d'adjudication et de vente, les procès-verbaux de carence (3), et autres pièces qui attestent l'insolvabilité totale (4) ou partielle du débiteur, et excluent la possibilité de l'existence d'autres biens (5).

Et si le créancier a échoué par sa faute ou parce qu'il s'est mis hors d'état, par son propre fait,

(1) Favre, C., 8, 6, 28.

Infrà, n° 261.

(2) V. le petit traité *De discussione*, de Benoît de Plumbino, n° 1, à la suite des décis. de la rote de Gènes.

(3) Pothier sur *Orléans*, t. 20, n° 36.

Casareg., *disc.* 170.

(4) Plumb., *De disc.*, n°s 10 et 13.

(5) « *Debet excludere possibilitatem existentiae aliorum bonorum.* » Casaregis, *disc.* 170, n° 20.

d'exercer utilement ses actions contre le débiteur principal, le fidéjusseur vers lequel il retourne peut se faire une exception triomphante de cette situation (1). Nous insisterons plus bas sur ce point de droit; nous nous bornons ici à l'indiquer.

246. Lorsque le cautionnement ne couvre qu'une portion de la dette principale, et que d'un autre côté la discussion des biens du débiteur ne donne au créancier qu'une partie de ce qui lui est dû, il se présente une question d'imputation qui n'est pas sans gravité pour le fidéjusseur.

Posons un exemple :

Aurelius Romulus avait soumissionné la ferme de l'impôt pour la somme annuelle de 100. Petronius Thallus et autres l'avaient cautionné, mais pour cette somme seulement, et non pas pour les autres causes à raison desquelles il pourrait rester débiteur envers le fisc par suite de la ferme. Aurelius Romulus se laissa arriérer, et le fisc se trouva créancier de sommes importantes, tant pour le capital des 100 que pour les intérêts. Le fisc discutait ses biens; ils étaient insuffisants. Il fallut agir contre les cautions. Or, comme il vient d'être dit, celles-ci n'étaient pas tenues des intérêts; le capital seul pouvait donner lieu à un recours contre elles. Alors s'éleva la question de savoir si le produit des biens discutés devait être employé d'abord à éteindre les intérêts dus au

(1) Art. 2037.

Infrà, nos 523 et 495.

Pothier, *Oblig.*, n° 381.

fisc, et ensuite le capital, ou *vice versa*. Petronius Thallus et ses consorts soutenaient (on le pressent facilement) qu'il fallait, avant tout, employer le produit de la liquidation à éteindre le capital; car par-là ils se trouvaient déchargés d'autant, et si le produit était suffisant pour remplir le fisc, ils demeuraient quittes. Tandis que si on commençait par payer les intérêts, moins de latitude restait pour éteindre le capital, et il y avait plus de chances pour les atteindre. La question fut soumise à l'empereur, qui, d'après le récit de Paul, décida qu'avant tout, il fallait employer la liquidation à payer les intérêts. « *Quidquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem; et ita in id quod defuisset, fidejussores conveniendos, exemplo pignorum à creditore distractorum* (1). »

Cette décision n'est-elle que l'application de cette règle générale qui veut que le paiement s'impute d'abord sur les intérêts (2)? Beaucoup l'ont pensé, et Godefroi tire du texte de Paul cette conclusion de droit : *Si quid debitor solverit, prius in usuras cedit*.

Ce qui semble confirmer cette opinion, c'est l'exemple final donné par le jurisconsulte Paul. Il ne voit, dans le rescrit de l'empereur, qu'une application des principes suivis dans la vente des gages. C'est pourquoi le même Godefroi ajoute, toujours par forme de conclusion générale : « *Re-*

(1) L. 68, § 1, D., *De fidejussorib.* (lib. 3, *Decret.*),

(2) Art. 1254 C. c. L. 5, § 2, D., *De solut.*

*dactum ex venditione pignorum, prius in usuras impu-
tetur debitas. Quod superest autem in sortem.* »

Néanmoins Basnage est d'un autre sentiment. Il soutient que le rescrit de l'empereur est une décision de circonstance, déterminée par la faveur du fisc (1). N'est-ce pas procéder, en effet, comme si le fidéjusseur était tenu des intérêts? Quelle autre voie suivrait-on s'il s'était également engagé pour les intérêts? Est-il raisonnable de croire que l'imputation doit être la même alors que le fidéjusseur est obligé aux intérêts, ou alors qu'il ne l'est pas? Ne faut-il pas dire que lorsqu'il n'a cautionné que le capital, on prélèvera le capital sur les biens discutés?

Or, pourquoi en est-il autrement dans la loi 68, § 1, D., *De fidej. et mand.*? Par une singularité qui ne doit pas tirer à conséquence; car elle était contraire aux principes généraux (2): parce que les cautions du fisc étaient tenues des intérêts alors même qu'elles n'avaient promis que le paiement du capital. Ainsi raisonne Basnage.

Cette opinion me paraît porter jusqu'à l'exagération la faveur que mérite le fidéjusseur. Le but du cautionnement a été de venir en aide au créancier, et l'on renverserait les règles du droit commun pour venir en aide à la caution! Pourquoi donc faire une exception aux principes ordinaires de l'imputation? Est-ce que le débiteur serait maître d'imputer ses paiements partiels sur le capital par

(1) Chap. 3, p. 104, col. 2.

(2) Voir la loi 40, C., *De fidej.*

préférence aux intérêts, si le créancier n'y consentait pas? Or, la caution, qui n'a à cet égard que ses exceptions, peut-elle être investie de droits plus étendus (1)?

247. Ceci nous conduit à cette autre question :

Pierre doit 10,000 : Jacques le cautionne pour 5,000. On discute les biens de Pierre, qui ne produisent que 5,000. Le créancier aura-t-il recours contre Jacques pour les 5,000 qui restent? L'affirmative est certaine. Il serait sans doute commode pour le fidéjusseur d'échapper, par une imputation, aux obligations qu'il a acceptées. Mais où serait l'équité? On l'a pris pour fidéjusseur précisément afin que son cautionnement partiel garantisse, dans le total de la dette, la partie qui jusqu'à due concurrence ne serait pas payée; et lorsqu'il a renvoyé le créancier à une discussion préalable, il est censé avoir contracté l'obligation de payer *quantò minus servari potuerit* (2). Pourvu donc qu'on ne lui demande pas plus que ce qu'il a promis, il doit être prêt à satisfaire le créancier.

Le contraire a cependant été jugé par arrêt du parlement de Paris du 3 août 1709 (3), sous prétexte que le paiement doit s'imputer sur la

(1) M. Ponsot aussi combat Basnage, nos 115 et 544. *Infrà*, n° 490.

(2) Arg. de la loi 52, D., *De fidej.*
Suprà, n° 224.

(3) Brillouin, v° *Caution*, n° 253.
Augeard, t. 2, ch. 89.

dette la plus onéreuse (1), et que l'obligation contractée sous un cautionnement est plus onéreuse que celle qui est contractée purement et simplement. Mais cette règle est ici fort mal appliquée, et cet arrêt ne vaut rien. Il méconnaît l'intention qui a présidé au cautionnement, l'utilité que le créancier a voulu en retirer, les garanties que le fidéjusseur lui a assurées. Une convention a plus de droit au respect des magistrats que des règles générales faites pour d'autres cas et détournées de leur véritable but (2).

ARTICLE 2022.

Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert sur les premières poursuites dirigées contre elle.

SOMMAIRE.

248. Le créancier a, de droit, une action principale contre le fidéjusseur. Il faut que ce dernier déclare vouloir se prévaloir du bénéfice de discussion.
249. L'exception de discussion ne peut être suppléée.
250. Cette exception doit être proposée sur les premières poursuites.
251. Suite.
252. Suite.
253. Suite.
254. Suite.
255. Suite.
256. Suite.

(1) L. 3, D., *De solut.*

(2) *Junge* M. Ponsot, n° 545