

extinction du cautionnement pour prétendre qu'il lui en doit être donné un autre.

493. Toutes ces difficultés disparaissent quand la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire; car le bénéfice d'inventaire a pour but d'empêcher la confusion (1).

ARTICLE 2036.

La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette;

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.

SOMMAIRE.

494. Des exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et de l'usage qu'en peut faire le fidéjusseur.
 495. Distinction entre les exceptions *réelles* et les exceptions *personnelles*. Les premières seules passent à la caution.
 496. Suite.
 497. Concordance de l'art. 2036 et de l'art. 1208 C. c.
 498. Du *paiement*.
 Effets du paiement avec subrogation, à l'égard de la caution.
 499. Suite.
 500. Des imputations de paiement.
 501. Les à-compte payés par le débiteur sont censés devoir éteindre la partie de la dette non cautionnée, plutôt que la partie cautionnée.
 502. Des *offres*.
 503. De la remise faite au débiteur.

(1) Art. 802, § 2.

504. Les remises concédées à un failli ne libèrent pas la caution.
 505. De la remise faite au débiteur *animo donandi*.
 506. De la transaction faite entre le débiteur et le créancier.
 507. Le débiteur ne peut aggraver par une transaction la position du fidéjusseur.
 508. Suite.
 509. Suite. Lois romaines.
 510. La chose jugée en faveur du débiteur profite à la caution.
 511. Et la chose jugée contre le débiteur lui nuit.
 512. Suite. Différence entre la chose jugée et la transaction.
 513. Du *serment*.
 514. La caution peut appeler du jugement rendu contre le débiteur principal.
 515. L'acquiescement du débiteur principal ne nuit pas à la caution.
 516. La caution ne pourrait pas appeler si le délai de l'appel était écoulé.
 517. De la compensation.
 518. De la confusion.
 519. De la prescription.
 520. Des moyens de nullité.
 521. De la résolution du contrat pour inexécution.
 522. Le bénéfice de l'art. 2036 appartient-il au fidéjusseur solidaire aussi bien qu'au fidéjusseur simple?
 523. *Quid juris* si le fidéjusseur s'est obligé comme débiteur principal?
 524. *Quid juris* encore à l'égard du donneur d'aval?
 525. Lorsque le fidéjusseur n'a pas opposé les exceptions qui compétoient au débiteur principal, ce dernier peut-il lui opposer qu'il s'est mal défendu? Renvoi!!

COMMENTAIRE.

494. Puisque l'obligation du fidéjusseur est la même que celle du débiteur principal (*idem esse*

fidejubeo) (1); puisque par une conséquence nécessaire l'obligation du fidéjusseur ne peut excéder l'obligation principale ni être contractée sous des conditions plus onéreuses (2), on arrive à cette autre conséquence non moins naturelle, non moins évidente, savoir, que les moyens de défense qui protègent le débiteur principal contre les exigences du créancier sont communes au fidéjusseur, et lui appartiennent autant qu'au débiteur principal (3); de telle sorte qu'il peut s'en prévaloir, soit que le débiteur en ait déjà usé avec succès, soit qu'il néglige ou refuse d'en user (4): *etiam invito reo* (5).

Nous avons même vu que le fidéjusseur ne pourrait pas s'interdire par des renonciations anticipées le droit de se prévaloir de ces moyens de défense; car ce serait aller contre l'essence du cautionnement. Le cautionnement ne serait plus *susceptio in se alienæ obligationis* (6).

Pour mettre ces idées dans tout leur jour, nous allons examiner les principales exceptions qui, du débiteur principal, passent à la caution.

(1) *Suprà*, nos 7, 21, 29, 45, — 96.

(2) Art. 2013. *Suprà*, n° 96.

(3) *Suprà*, n° 46.

(4) *Suprà*, nos 45, 46, 89, 93, 107, et surtout 89 et suiv.

Pothier, n° 381.

Marsili, n° 267.

Hering., c. 27, part. 4, n° 6.

(5) Arg. de la loi 62, D., *De pactis* (Furius Anthianus).

(6) *Suprà*, 93, 94, 107.

495. Mais auparavant il faut rappeler une distinction capitale en cette matière, et déjà indiquée par nous dans notre explication de l'art. 2012 (1). C'est la distinction des exceptions réelles (*rei coherentes*) (2), et des exceptions personnelles au débiteur. Les exceptions personnelles au débiteur et introduites en sa faveur par suite d'un privilège spécial ne passent pas à sa caution. Celle-ci ne peut se prévaloir que des exceptions appelées par les docteurs *separabiles à personâ rei*.

496. Ainsi nous avons vu que les exceptions tirées de la minorité (3), de l'interdiction (4), etc., ne profitent pas au fidéjusseur, et qu'au contraire le cautionnement n'a été requis par le créancier que dans la crainte de ces exceptions et pour s'en garantir.

Mais nous avons vu aussi que si l'exception est réelle, foncière, elle profite au fidéjusseur (5). Nous avons donné pour exemple le dol, la lésion.

497. Ces expressions: *exceptions qui sont purement personnelles au débiteur*, n'ont pas dans l'art. 2036 tout-à-fait le même sens que dans l'art. 1208. Ainsi, lorsqu'il y a deux débiteurs solidaires, et que l'un d'entre eux a quelque exception tirée d'un vice de consentement qui le con-

(1) *Suprà*, nos 47, 79 et 83.

(2) L. 7, § 1, D., *De except.*

Pothier, n° 381.

(3) *Suprà*, n° 73 et suiv.

(4) N° 80.

(5) N° 83.

cerne seul, son codébiteur ne peut s'en prévaloir, parce que ce vice n'engendre qu'une exception purement personnelle en faveur de celui dont le consentement a été surpris, et qu'il ne s'étend pas à l'obligation de celui qui de son côté a contracté sans dol, sans fraude et sans erreur. Mais dans l'art. 2036 il n'en est pas de même. Le vice du consentement du débiteur est commun au débiteur et à la caution. Car la caution, accédant à l'obligation du débiteur principal, étend jusqu'à elle cette obligation même, avec ses qualités ou ses vices. Ces vices ne sauraient donc être considérés comme personnels au débiteur; ils engendrent une exception dont le fidéjusseur peut se prévaloir comme lui et même malgré lui (1).

498. Ceci entendu, occupons-nous des principaux moyens d'extinction qui réagissent du débiteur principal sur la caution.

Quand le débiteur principal a payé ce qu'il doit, le cautionnement tombe et le fidéjusseur est libéré. C'est là une de ces vérités évidentes sur lesquelles le lecteur n'a pas besoin qu'on insiste ici. Toutefois, si le créancier est payé avec des deniers qui ne sont pas ceux du débiteur, il peut subroger le bailleur de fonds dans ses droits tant contre le débiteur principal que contre la caution (2). Il en est de même quand c'est le débiteur qui emprunte des fonds à l'effet de payer sa dette: il peut

(1) M. Zacchariæ, t. 3, p. 159, note (11).

(2) Art. 1250 et 1252.

Mon com. des *Hypoth.*, t. 1, n° 353.

subroger le prêteur dans les droits du créancier tant contre lui-même que contre la caution (1).

499. Ainsi, l'obligation de la caution peut survivre au paiement; et il ne faut pas s'en étonner, car il y a des paiements tels qu'ils ne font que faire changer la créance de place et substituer un créancier à un autre. De tels paiements peuvent donc être faits avec des réserves qui conservent les actions du créancier contre le fidéjusseur. Les articles 1250 et 1252 ont réglé les conditions de ces réserves. La plus essentielle est qu'elles ne soient pas faites *ex intervallo*. Car un paiement non accompagné d'une *prompte cession d'actions* (2) éteint tout-à-fait la dette (3). C'est d'ailleurs le seul moyen de prémunir le fidéjusseur contre des fraudes dangereuses.

Si l'on veut voir un exemple de ces fraudes, il faut consulter un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1840 (4).

Un débiteur avait payé le créancier; mais, afin de se ménager un autre emprunt, il s'était fait donner par lui une procuration en blanc pour transporter à d'autres personnes, par forme de subrogation, cette même créance ainsi éteinte en réalité. Les cautions disaient aux cessionnaires: Que nous demandez-vous? Il y a eu paiement, et

(1) Même art. Mon com. des *Hypoth.*, t. 1, n° 354.

(2) Loyseau, *Off.*, 3, 7, 4.

(3) Mon com. des *Hypoth.*, *loc. cit.*

(4) Devill., 40, 1, 530.

Dal., 40, 1, 103 et 104.

ce paiement, fait purement et simplement, nous a libérés. Tout ce qui a eu lieu ultérieurement n'est qu'un abus pour contracter d'autres emprunts et étendre à ces nouvelles obligations notre cautionnement primitif. Mais ces actes frauduleux ne nous concernent pas; le paiement a mis fin à notre garantie. Nous nous en emparons comme d'une exception qui nous appartient.

Néanmoins, les cautions échouèrent par la raison que les tiers étaient de bonne foi et que les cautions avaient été représentées par le débiteur principal dans les actes authentiques qui avaient attribué à ces mêmes tiers les transports dont ils se prévalaient. L'arrêt de la Cour de cassation, rendu contre les conclusions de M. Laplagne-Baris, est-il entièrement satisfaisant? Est-il bien vrai que le fidéjusseur soit représenté par le débiteur principal dans les actes qui lui nuisent et lui enlèvent des droits acquis (1)? N'est-il pas certain en droit que le débiteur principal « *prodesse, acquirere, et non nocere tenetur fidejussori* » (2)? L'art. 2038 ne déclare-t-il pas que le fidéjusseur est libéré par un paiement quelconque, et sa libération n'est-elle pas même si favorable que l'art. 2038 le déclare déchargé quand même le créancier serait évincé? Je crains que la faveur des tiers n'ait arraché aux magistrats une décision de droit qui va trop loin,

(1) *Infra*, nos 502, 507, 515.

Supra, n° 494.

(2) Hering., c. 27, part. 4, n° 8.

D'après Imola, *infra*, n° 573.

et qu'on aurait pu mieux motiver par les circonstances particulières de la cause?

500. Si le fidéjusseur peut se prévaloir des paiements que le débiteur principal a faits en extinction de la créance, par contre, il ne peut critiquer les imputations de paiement consenties entre le débiteur et le créancier en se conformant à la loi. Nous avons donné ci-dessus un exemple de cette règle (1). Elle reçoit son application dans le cas où le fidéjusseur n'a cautionné qu'une partie de la dette, et où par conséquent il aurait intérêt à faire considérer la partie cautionnée comme éteinte par les à-compte du débiteur plutôt que la partie non cautionnée.

501. Lors même qu'il n'y aurait pas d'imputation convenue, les à-compte payés par le débiteur sont plutôt censés éteindre la partie non cautionnée que la partie cautionnée. Le créancier n'a exigé le cautionnement que pour se prémunir contre le cas de non paiement (2). Le fidéjusseur ne saurait trouver dans ces à-compte une exception dont il puisse profiter.

502. Les offres suivies de consignation libèrent la caution lorsque se réalisent les conditions exigées par les art. 1261 et 1262 C. c.

503. La remise faite au débiteur principal par le créancier profite à la caution (3). *Debitoris*

(1) N° 246.

(2) *Supra*, n° 491.

(3) Art. 1287 C. c.

Pothier, nos 378 et 581.

Marsili, n° 276.

conventio, dit Paul, *fidejussoribus proficiet* (1).

504. Néanmoins, les remises concédées à un failli par un concordat ne libèrent pas la caution (2). La raison en est que ces remises sont déterminées, non pas par la volonté de libérer le débiteur, mais par la nécessité de sacrifier une partie de la créance pour sauver le reste. Elles ne donnent au failli qu'une exception personnelle, non foncière, qui laisse subsister naturellement la dette pour le surplus. Or, nous savons que l'obligation naturelle peut servir de base à un cautionnement.

Vainement dirait-on que l'action donnée aux créanciers contre la caution viendrait à réfléchir de la caution sur le débiteur par l'action *mandati*, et qu'ainsi ce serait enlever d'une main au débiteur ce qu'on lui aurait accordé de l'autre. La réponse est que le fidéjusseur, étant lui-même créancier du débiteur failli, est obligé de subir la loi du concordat et de faire la même remise que le créancier (3).

505. *Quid juris* d'une remise faite *animo donandi* au débiteur, mais sous la condition qu'elle ne profitera pas au fidéjusseur? Ulpien décide que, dans ce cas, le fidéjusseur ne peut se protéger par l'exception propre au débiteur (4). D'après le droit des

(1) L. 21, § 5, D., *De pactis*.

(2) Art. 545 C. de c.

Pothier, n° 381.

Lamoignon, *Des caut.*, t. 13.

(3) *Suprà*, n° 343. Pothier, *loc. cit.*

(4) L. 22, D., *De pactis*.

Infrà, n° 528 et 533.

Pandectes, cette solution est irréprochable. Elle rentre à merveille dans les rapports qui existaient alors entre les trois personnes intéressées au cautionnement. Elle maintient au créancier la faculté d'user de son droit en faveur du débiteur principal, et elle ne porte au fidéjusseur aucun préjudice. Car, d'une part, le fidéjusseur obligé de payer le créancier n'en aura pas moins l'action *mandati contraria* contre le débiteur, et, de l'autre, il ne peut se plaindre de ce que le créancier s'est mis dans l'impossibilité de lui céder ses actions contre ce même débiteur. On verra plus bas, en effet (1), qu'avant Justinien, le créancier n'était tenu de céder ses actions que dans l'état où elles étaient; qu'il n'avait aucune obligation de les conserver au fidéjusseur; que les raisons d'humanité qui avaient déterminé la jurisprudence romaine à exiger du créancier une cession de ses actions ne permettaient pas que cette cession lui devînt une cause de préjudice.

Mais, comme l'a remarqué Cujas (2), cette jurisprudence, excellente dans l'ancien droit, n'est plus admissible depuis que le bénéfice de discussion a été introduit, et que par-là le créancier est tenu de conserver ses actions au fidéjusseur contre le débiteur. Le créancier qui, par son fait, a privé le fidéjusseur du bénéfice de cette cession, perd son droit contre lui. Que serait-ce d'un créancier qui, ayant renoncé à agir contre le débi-

(1) N° 527 et suiv.

(2) Sur la loi 21, § final, D., *De pactis*, dans son com. *Pauli ad. Edict.*, lib. 3.

teur, prétendrait agir contre la caution? Celle-ci ne lui dirait-elle pas : « Vous ne pouvez pas me céder » une action à laquelle vous avez renoncé. Toute » voie contre moi vous est donc fermée. »

506. Lorsque le débiteur et le créancier ont transigé, et que la transaction contient des pactes avantageux, le fidéjusseur peut s'en prévaloir (1).

507. Mais, par contre, le débiteur pourra-t-il, par une transaction qui aggrave sa position, aggraver celle du fidéjusseur? Non! Le fidéjusseur conserve toujours le droit de prouver que la transaction déroge à la convention principale, et qu'il doit dès lors rester dans les termes de cette convention, la seule qui l'oblige. Si donc cette convention primitive renferme des exceptions opposables au créancier, le fidéjusseur pourra en user, « *etiam invito reo* (2). » Car, comme le dit le jurisc. Furius Anthianus : « *Semel adquisitam fidejussori » pacti exceptionem, ulterius ei invito, extorqueri non » posse* (3) ».

508. De là cette conséquence remarquable : c'est que si une transaction favorable, faite entre le débiteur et le créancier, est ensuite défaite par une transaction défavorable qui modifie la première, le fidéjusseur peut répudier la seconde, et tirer de la première une exception contre le créancier. C'est la décision du même Furius Anthia-

(1) Pothier, n° 381.

(2) *Suprà*, n° 494.

(3) L. 62, D., *De pactis*.

nus (1). Un créancier avait consenti à ne pas poursuivre son créancier pendant trois ans, et c'était là un pacte qui nécessairement profitait à la caution de ce débiteur. Plus tard, une nouvelle convention intervient par laquelle le débiteur et le créancier conviennent que la dette sera actuellement exigible. Cette convention ne peut, en ce qui concerne le fidéjusseur, détruire l'effet de la première : c'est pour lui un droit acquis (2).

509. Paul, à la vérité, décide le contraire dans la loi 27, § 2, D., *De pactis*. Passeribus a cherché à concilier cette antinomie (3). Il passe en revue les opinions de plusieurs interprètes connus ou inconnus ; et, après en avoir repoussé plusieurs comme capricieuses et divinatoires, il s'arrête à celle-ci : Dans la loi 62, le jurisconsulte suppose que c'est le débiteur qui a stipulé un délai ; le créancier le lui a accordé sans faire de réserve, et l'on conçoit alors que le fidéjusseur puisse s'en prévaloir par un contre-coup nécessaire, de telle sorte que des conventions postérieures ne puissent lui en enlever le bénéfice une fois acquis. Au contraire, dans la loi 27, § 2, Paul suppose que le créancier n'a consenti au délai que dans la vue du débiteur seul, et en retenant tous ses droits contre le fidéjusseur.

Cette interprétation, qui ramène la thèse à l'espèce dont nous nous sommes occupés au n° 505, est ingénieuse ; mais elle n'est qu'ingénieuse :

(1) L. 62, D., *De pactis*.

(2) Hering., c. 27, part. 4, n° 33.

(3) *Conciliatio legum*, p. 55.