

peut citer en sa faveur des arrêts de Caen (1), Agen (2).

566. Pothier, que l'on invoque toujours comme soutien de cette doctrine, a contredit, dans son traité de la *Vente* (3), ce qu'il a enseigné dans son traité des *Obligations*.

De plus, consultons les textes.

Papinien traite d'un cas analogue dans la loi 95, § 11, D., *De solut.*, qui, depuis l'introduction du bénéfice de discussion, est également applicable au cautionnement et au mandat *pecuniæ credendæ* (4), et, suivant lui, toutes les fois qu'il y a faute, il y a responsabilité : *culpâ tuâ* (5). Or, la faute se commet *in omittendo* comme *in committendo*.

Notre article se sert du mot *fait* : mais, remarquons-le bien, il ne dit pas un *fait positif*, comme disait Pothier. Et cette variante affectée est suffisante pour établir que la pensée n'est pas la même.

citer dans le même sens :

Toulouse, 27 août 1829 (S., 30, 2, 89) ;

Cassat., 25 juillet 1827 (S., 28, 1, 17) ;

21 mai 1833 (Dal., 33, 1, 213) ;

17 août 1836 (Dev., 36, 1, 632) ;

29 mars 1838 (Palais, p. 132) ;

14 juin 1841 (Palais, p. 49 ; Dev., 41, 1, 466) ;

20 mars 1843 (Palais, p. 255).

(1) 3 juillet 1841.

(2) 26 nov. 1836 (Sir., 37, 2, 102) (Dal., 37, 2, 111) ;

Et 9 juin 1842.

(3) N° 576.

(4) *Suprà*, n° 542.

(5) *Suprà*, n° 532.

567. Voyons ensuite les raisons de décider : Pothier veut que, dans une matière qui est toute d'équité, on ne se montre pas trop exigeant ; et suivant lui il suffit, pour absoudre le créancier, qu'il n'ait rien fait de contraire à la bonne foi. Mais cette réflexion, qui serait juste si la cession d'actions était restée ce qu'elle était du temps des Prudents, manque de portée depuis que le fidéjusseur a reçu, avec le bénéfice de discussion, le droit positif d'exiger que le créancier ne fasse rien, soit par malice, soit par négligence, qui porte atteinte à ce droit.

Pothier ajoute que la caution pouvait veiller de son côté, et aussi bien que le créancier, à la conservation du droit qui s'est perdu ; qu'elle pouvait tout au moins sommer le créancier de faire les actes de conservation nécessaires, et que dès lors elle ne saurait se prévaloir contre lui d'une négligence commune.

Pour rendre plus précise et plus concluante la réponse que j'ai adressée à cet argument dans mon commentaire de la *Vente* (1), je ferai une concession.

Oui, il est un cas où le fidéjusseur est coupable de négligence, et où cette négligence se rétorque contre lui. C'est lorsque la dette étant devenue exigible par l'échéance du terme, le fidéjusseur n'use pas du droit de l'art. 2032 et laisse le débiteur tomber dans l'insolvabilité. On ne voit pas trop,

(1) T. 2, n° 941.

alors, comment le fidéjusseur reprocherait raisonnablement au créancier d'avoir usé de ménagements envers le débiteur et de l'avoir laissé perdre son patrimoine. Ses reproches se retourneraient facilement contre lui-même (1).

Mais cette hypothèse n'est pas celle à propos de laquelle Pothier a présenté l'argument auquel je répons. Il ne suppose pas un créancier qui n'est que lent à agir ; il suppose un créancier qui laisse perdre, par son omission, une garantie positive et acquise, un créancier qui ne renouvelle pas ses inscriptions, laisse perdre ses hypothèques, oublie de faire une opposition, etc., etc. ; ce qui est fort différent. Or, je dis que, dans cette situation, il n'est pas raisonnable d'exiger du fidéjusseur un ministère d'actif. Ce que Pothier demande au fidéjusseur, c'est d'intervenir dans les affaires du créancier pour les faire à sa place, ou pour le mettre en demeure de les faire. Mais le fidéjusseur n'est pas le tuteur du créancier ; il n'est pas non plus son procureur. Reprochez-lui de n'avoir pas usé de ses droits, à la bonne heure ! Mais lui reprocher de n'avoir pas conservé le droit du créancier, lui imposer le rôle difficile, périlleux, de prendre en main les affaires de ce dernier, de surveiller le moment du renouvellement d'une inscription, de se tenir aux aguets d'une procédure en purgement dont les actes ne s'adressent pas à lui, d'épier un procès dans lequel il n'est pas par-

(1) Je reviens sur ce cas au n° suivant.

tie et dont il ignore les phases diverses, pour sommer le créancier de faire opposition, d'appeler, etc., est-ce là, je le demande, une situation tenable pour le fidéjusseur ? Est-ce que ce n'est pas le créancier qui est placé aux avant-postes pour agir, presser, conserver ? Son intérêt à cet égard n'est-il pas prédominant sur celui du fidéjusseur ? et la loi ne l'entend-elle pas ainsi, puisque c'est lui qu'elle charge de la discussion des biens du débiteur ?

568. Mais (je veux insister là-dessus), s'il est incontestable que le créancier est responsable de la perte des garanties causée par son fait et son omission, il faut être moins prompt à le condamner lorsque, par sa patience à supporter les lenteurs du débiteur, il a perdu du temps ; de telle sorte que le débiteur a, dans l'intervalle, dérangé ses affaires et ébranlé sa fortune. Dans ce cas, le fidéjusseur n'est pas fondé à objecter au créancier qu'il n'a pas poursuivi le débiteur principal assez tôt, et qu'il ne devait pas attendre qu'il fût tombé dans l'insolvabilité. C'est dans ce sens que j'entends ce passage de Casaregis (1) :

« Modò quaeritur an per negligentiam in petendo
 » suum creditum contra debitorem principalem (2),
 » creditor amittat jus agendi contra fidejussorem,
 » vel tertium possessorem bonorum principalis de-
 » bitoris, aut hujusmodi obligatum. In quâ quæ-
 » stione (licet aliqui senserint contra creditorem ne-

(1) *Disc.* 120, n° 20.

(2) Sans toutefois qu'il y ait prescription acquise.

» gligentem, quos refert et sequitur Ansaldus (1),
 » verior tamen opinio est favorabilis creditori. »
 Après avoir cité un grand nombre d'auteurs (2),
 il ajoute :

« Limita tamen in casu quo negligentia esset
 » conjuncta cum dolo. Videlicet si creditor ne-
 » glexerit exigere, ad affectum vexandi fidejussorem
 » vel tertium possessorem.

» Atque similiter, quando creditor fuisset inter-
 » pellatus à fidejussore vel tertio, ad agendum
 » contra debitorem ob timorem illius deterioratio-
 » nis vel ob dilapidationem bonorum quam fortè
 » cœpit agere. »

J'approuve cette manière de voir.

D'une part, le fidéjusseur pouvait forcer le dé-
 biteur à payer. L'art. 2032 lui ouvrait une action
 qu'il n'a pas exercée, et c'est le cas de lui repro-
 cher sa négligence, négligence aussi frappante ici
 qu'elle l'était peu tout-à-l'heure.

D'autre part, le simple défaut de poursuites,
 suivi de l'insolvabilité, n'est imputable au créan-
 cier, d'après le texte formel de l'art. 2024, que
 lorsque la caution a requis la discussion et fourni
 les deniers suffisants pour la faire. La lenteur dans
 les poursuites n'est donc pas une faute dans les

(1) *Disc.* 39, n° 26.

(2) Merlinus, *De pignorib.*, lib. 5, q. 57.

Hering., *De fidej.*, c. 20, § 15.

Le card. de Luca, *De fideic.*, disc. 161, n° 4.

Maur., *De fidej.*, part. 2, sect. 10, § 23, p. 967.

Et autres.

autres cas. On ne peut tourner contre le créancier
 son humanité (1); on ne peut lui faire un reproche
 d'une patience dont le fidéjusseur a, lui aussi,
 profité.

569. A la vérité, il en est autrement dans le cas
 où le fidéjusseur n'est pas un fidéjusseur pur et
 simple, et où il est un fidéjusseur *indemnitatis* (2);
 mais la raison en est que le fidéjusseur *indemnitatis*
 ne s'est obligé que sous la condition suspensive
 que le débiteur serait discuté dans ses facultés, sous
 la condition, dis-je, qu'à la suite des moyens de con-
 trainte employés par le créancier, il serait prouvé
 que ce dernier n'a pu être payé. Dans cette situa-
 tion, le fidéjusseur est en droit de reprocher au
 créancier des retards sans lesquels la condition ne
 se serait pas réalisée. Mais ceci n'est pas applicable
 au cas de fidéjussion simple, alors que l'obligation
 du fidéjusseur n'a rien de conditionnel (3).

570. Il est un autre point qui se rattache à la
 matière des faits par lesquels le créancier encourt
 l'exception portée dans notre article. C'est la ques-
 tion de savoir si le fidéjusseur peut se prévaloir
 de ce que le créancier a sacrifié ou laissé perdre
 des garanties qui n'existaient pas au moment de
 la fidéjussion et qui n'ont été acquises que depuis.

L'ancienne jurisprudence tranchait cette ques-

(1) Vinnius, *Quæst. select.*, n° 42.

(2) Pothier, n° 415, *in fine*.

M. Dupret, n° 21 (*Rev. étrang.*, 1845, p. 412).

L. 41, D., *De fidej.*

(3) *Suprà*, nos 536, 537; 224, 231.

tion pour la négative. On parlait de ce point : le fidéjusseur n'a pu compter que sur la cession des garanties et sûretés existantes au moment où il s'est engagé avec le créancier. Mais comment aurait-il pu fonder des espérances sur des garanties et sûretés que le créancier ne s'est fait donner que plus tard? Évidemment, le fidéjusseur ne peut dire qu'elles ont été la condition de son engagement, et, dès lors, le créancier ne lui fait aucun tort en y renonçant (1).

Sous le C. c., la question est controversée. Plusieurs ne veulent pas de distinctions (2). Ils soutiennent que la subrogation légale accordée au fidéjusseur par le droit nouveau est une subrogation entière dans tous les droits quelconques du créancier, et que ce serait condamner le fidéjusseur à se contenter d'une subrogation partielle que de limiter l'art. 2037 par la distinction de l'ancien droit. L'art. 2037, d'ailleurs, ne distingue pas, et l'on ne voit nulle part des motifs assez puissants pour limiter la généralité de ses expressions.

D'autres, au contraire, restent fidèlement attachés aux traditions de notre ancienne jurisprudence, et ce sentiment a pour lui l'autorité des arrêts de la Cour de cassation.

(1) Pothier, *Oblig.*, 581 et 520.

Dumoulin, *Lect. dol.*, n^{os} 35 et 36.

Basnage, part. 2, ch. 6. V. *suprà*, n^o 386.

(2) MM. Zaccharie, t. 3, p. 166 ;

Ponsot, p. 420, n^o 334 ;

Duranton, t. 18, n^o 382.

Dans l'espèce de l'un de ses arrêts (1), il s'agissait du porteur d'une lettre de change qui avait pris inscription sur les biens du souscripteur, et qui ensuite avait donné mainlevée à ce dernier. Les endosseurs prétendaient que, par le sacrifice de cette garantie, le porteur avait perdu son recours contre eux ; et cela, bien que cette garantie ne résultât pas du contrat passé avec eux, et que les sûretés hypothécaires constituassent un droit indépendant du contrat de change. La chambre civile, par son arrêt de cassation du 17 janvier 1831, décida que le porteur avait pu se désister de son inscription sans compromettre aucun de ses avantages contre les endosseurs.

Dans l'espèce du second (2), il s'agissait d'une créance qui avait pour cause des billets de commerce. Baillet avait endossé des billets souscrits par Obissac, et les avait passés à l'ordre de Louchet. Ce dernier laissa périr une hypothèque qu'Obissac avait consentie pour sûreté de ses engagements à une époque postérieure à celle à laquelle Baillet avait contracté par ses endossements l'obligation d'en garantir le paiement. Baillet prétendit que cette perte donnait lieu à l'application de l'art. 2037.

Mais la chambre des requêtes repoussa son pourvoi, entre autres raisons, parce que les garanties

(1) Dal., 31, 4, 54. *Junge* Caen, 18 mars 1828 (Sir., 28, 2, 121 ; Devill., 9, 2, 56 ; Dal., 28, 2, 76).

(2) Req., rejet, 12 mai 1835 (Dal., 35, 4, 259).

abandonnées par le créancier avaient pris naissance après le cautionnement.

A notre avis, comme il s'agissait de lettres de change et de cautionnement solidaire, les prétentions des fidéjusseurs n'étaient soutenables ni dans la première ni dans la seconde espèce, et nous applaudissons au fond aux décisions qui leur fermèrent la bouche.

Mais les raisons de droit par lesquelles on les fit échouer étaient-elles prépondérantes? Nous ne le pensons pas, et ceci est une nouvelle preuve du peu d'assiette de la jurisprudence, de ses variations, de ses incertitudes, des chocs d'opinion dont elle donne le spectacle parce qu'elle ne remonte pas à la racine de l'art. 2037.

571. Et, en effet, la question que nous examinons ne présente de difficultés que parce qu'on oublie la raison fondamentale de notre point de droit; tandis que tout devient simple et clair si on le rattache à l'exception de discussion. Supposons donc que le fidéjusseur soit actionné par le créancier et qu'il le renvoie à la discussion des biens du débiteur: le créancier ne sera-t-il pas reprochable d'avoir renoncé à des garanties qui, bien que postérieures au cautionnement, auraient dû entrer en ligne de compte pour tirer paiement des biens du créancier? Cet abandon ne priverait-il pas le fidéjusseur de son droit?

Or, le fidéjusseur qui trouverait un motif de reproche dans cette conduite du créancier, s'il l'avait renvoyé à la discussion des biens du débiteur, n'a-t-il pas le même droit quand il consent à payer

tout de suite, moyennant que le créancier lui cède ses actions?

Et, dès lors, s'évanouit l'argument tiré de ce que le fidéjusseur n'a pas pu compter sur des garanties acquises après coup! Et pourquoi donc n'a-t-il pas pu compter sur les garanties futures aussi bien que sur les garanties présentes? Évidemment ce sont là de ces arguments qui se rétorquent, et qui ne sont au fond que des pétitions de principe.

572. Quand la subrogation aux droits du créancier n'est devenue impossible que pour partie, la caution n'est libérée que dans la même proportion (1). En effet, l'art. 2037 n'affranchit la caution de son engagement qu'à titre d'indemnité. Donc la peine ne doit pas excéder le dommage (2).

Sans doute, si l'on voulait raisonner textuellement, comme on ne l'a que trop fait dans cette matière, on pourrait dire que l'art. 2037 ne distingue pas, qu'il place la négligence du créancier au nombre des causes d'extinction du cautionnement, et que puisqu'il libère le fidéjusseur sans restriction, il faut dire que cette libération est absolue. Mais ce raisonnement méconnaîtrait le principe de l'art. 2037, et l'équité le repousserait autant que l'esprit de la loi. D'ailleurs l'art. 2024,

(1) Toulouse, 2 janv. 1823 (Sir., 23, 2, 118).

(Dalloz, v° *Caution*, p. 411).

(2) Pothier, n° 557.

MM. Zacchariae, t. 3, p. 166.

Ponsot, n° 334.

placé au chapitre du bénéfice de discussion, à ce chapitre auquel il faut toujours en revenir quand on veut avoir le secret de l'art. 2037, l'art. 2024 prouve que le cautionnement est seulement susceptible de restriction jusqu'à concurrence du préjudice que le créancier a porté à la caution.

ARTICLE 2038.

L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé.

ARTICLE 2039.

La simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.

SOMMAIRE.

573. De l'extinction du cautionnement par l'effet des conventions intervenues entre le créancier et le débiteur. Rappel de principes qui touchent à la matière.
574. Autrefois plusieurs jurisconsultes posaient en principe que le cautionnement finit par l'altération de l'obligation principale convenue entre le créancier et le débiteur, sans que le fidéjusseur y ait été partie.
575. Mais il y a des distinctions à faire.

1° D'abord, en ce qui concerne le terme. Quand le fidéjusseur s'est obligé à temps, la prorogation de ce temps faite comme il vient d'être dit ne change rien à l'état primitif en ce qui le concerne.

Mais s'il s'est obligé purement et simplement, la concession d'un terme de paiement pouvant lui être favorable, c'est à lui à voir s'il veut en profiter, ou bien, autrement, payer ou forcer le débiteur à payer.

576. Suite. Texte de l'art. 2039.

577. 2° Du cas où le débiteur est convenu de payer autre chose que ce qui avait été convenu

Lorsque la convention porte que telle chose sera payée, la convention d'en payer une autre libère le fidéjusseur.

Il en serait autrement s'il s'était obligé purement et simplement.

578. Exemple de substitution d'une chose à une autre.

579. Autre exemple, et arrêt qui décide que le fidéjusseur est libéré, nonobstant toutes réserves faites contre lui par le créancier.

580. 3° Du cas où, sans convention antérieure, le créancier a consenti à recevoir une chose pour une autre. Si le créancier qui a reçu cette dation en paiement est évincé, l'obligation de la caution revivra-t-elle?

Opinions diverses dans l'ancien droit.

581. Caractères de la dation en paiement.

582. L'obligation du fidéjusseur ne renaît pas; elle est éteinte d'une manière définitive.

Raison particulière de ce point de droit.

583. En serait-il autrement si le créancier n'avait reçu la chose en paiement que sous la réserve de conserver ses droits contre le fidéjusseur?

COMMENTAIRE.

573. Je réunis ces deux articles dans le même commentaire. Tous deux s'occupent des conven-