

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-

tions faites entre le créancier et le débiteur et tendant à influencer sur l'obligation principale; il s'agit de savoir quelle valeur ces conventions peuvent avoir par rapport à l'obligation de la caution. La détruisent-elles? la modifient-elles? la laissent-elles intacte? Ne sont-elles pas *res inter alios acta*?

En principe, le débiteur a le devoir de libérer la caution, et tout ce qui a pour résultat de rendre meilleure la condition de ce dernier rentre dans cette obligation. Aussi ne faut-il pas hésiter à reconnaître que les pactes par lesquels le débiteur a relâché le lien du contrat et adouci la situation primitive profitent au fidéjusseur. Peu importe qu'il n'y ait pas été partie; le débiteur est le représentant légal du fidéjusseur pour payer, et par conséquent pour rendre le paiement plus facile et plus commode: *Debitor tenetur prodesse et acquirere fidejussori* (1). Dans tous les cas, le créancier qui voudrait contester à la caution le bénéfice de ces pactes intervenus entre le débiteur et lui serait repoussé par l'exception *cedendarum actionum*.

Il va sans dire aussi que si le débiteur paie le créancier, ou convient avec lui de quelque novation qui substitue une obligation à l'obligation primitive, ce paiement et cette novation (on sait que la novation n'est qu'une sorte de paiement) profitent au fidéjusseur et entraînent sa décharge. Le cautionnement se trouve éteint par le fait ou

(1) Hering., c. 27, part. 4, n° 8.
Suprà, n° 499.

la volonté même du créancier qui a reçu ce qui lui était dû, ou qui a consenti à innover.

Mais si le débiteur a qualité pour améliorer la situation du fidéjusseur, il est sans droit pour la rendre plus mauvaise: *Prodesse, acquirere, et NON NOCERE, debitor tenetur fidejussori* (1). Le fidéjusseur a contracté une obligation qui ne saurait être changée *ex post facto* que par l'intervention de son consentement. Il a le droit d'y ramener le créancier et d'éliminer tous les actes ultérieurs qui, étant *res inter alios acta*, ne doivent pas réfléchir sur lui.

Ainsi, en thèse de droit, le fidéjusseur peut se prévaloir de toutes les conventions qui ont pour résultat de procurer la libération commune du débiteur et de lui; il peut se prévaloir de toutes celles qui, sans libérer à proprement parler le débiteur, éteignent l'ancienne obligation pour en mettre une autre à la place; il peut repousser, comme étant sans valeur, les pactes aggravants passés sans son concours entre le créancier et lui.

Nous avons vu un exemple de ce point de jurisprudence dans notre n° 499 ci-dessus. Un débiteur paie le créancier sans prendre les précautions exigées par l'art. 1250, n° 2, du C. c., pour subroger aux droits de ce créancier le capitaliste, avec les fonds duquel il a payé. Ce n'est qu'après coup, et à l'aide d'actes simulés, qu'il feint une cession des actions du créancier payé à ce même capitaliste.

(1) Hering., *loc. cit.*
Suprà, n° 499.

Or, le paiement a éteint l'obligation primitive, celle-là seule à laquelle le fidéjusseur a accédé, et les faits postérieurs, mis en œuvre par le débiteur pour étendre à son nouveau créancier le bénéfice du cautionnement, ne doivent pas nuire au fidéjusseur. Il y a eu extinction de l'obligation première; il y a eu par conséquent extinction du cautionnement. Le débiteur n'a pas qualité pour faire revivre contre le gré du fidéjusseur son obligation accessoire. *Prodesse, acquirere, et NON NOCERE, debitor tenetur fidejussori !!*

Vainement invoquerait-on la bonne foi des tiers à qui une apparence trompeuse a persuadé que le cautionnement se prolongeait. Le fidéjusseur est aussi un tiers, car le débiteur n'est pas son représentant pour lui nuire; il est fondé à se retrancher dans la règle : « *Res inter alios acta tertio non nocet.* » On ne voit pas pourquoi il serait sacrifié aux autres tiers intéressés dans le débat.

574. Tels sont les principes.

Maintenant il faut entrer dans un examen plus spécial des cas en présence desquels le fidéjusseur peut être forcé d'invoquer ces règles. Elles n'ont pas toujours été appliquées avec discernement par les auteurs.

Ainsi, par exemple, il n'est pas rare de lire dans les livres de jurisprudence ancienne que l'obligation du fidéjusseur est éteinte et dissoute par l'altération de l'obligation principale. « *Finiri dicitur obligatio fidejussoria*, dit Hering (1), *ob alteratio-*

(1) C. 20, § 25, n° 1, avec beaucoup d'autres qu'il cite.

» *nem obligationis sive contractus pro quo fidejussor fidem suam interposuit.* » Dans ce système, proroger et changer le terme de paiement, substituer à l'objet payable un autre objet, comme du blé à la place de l'argent, c'est faire un autre contrat, c'est innover, c'est libérer par conséquent le fidéjusseur.

Mais ce sentiment est trop absolu; il y a des distinctions à faire pour bien résoudre cette question que Marsili appelle très bien *utilis et quotidiana* (1). L'opinion commune les a aperçues (2); en voici le résumé :

575. Voyons d'abord ce qui a rapport au terme. Ou le fidéjusseur s'est obligé à temps, par exemple jusqu'à la moisson inclusivement, et alors la prorogation du terme accordé par le créancier au débiteur n'empêche pas que le fidéjusseur ne soit libéré aussitôt que la moisson est arrivée (3). En effet, une obligation limitée à un certain temps ne peut être prorogée au delà contre la volonté de l'obligé (4).

Ou bien, le fidéjusseur s'est obligé purement et simplement, et alors la prorogation de terme ne le libère pas (5). Il n'y a pas de novation qui efface la première convention et en fasse une nouvelle.

(1) N° 89.

(2) Marsili (*loc. cit.*): « *Ut concludunt doctores communiter.* »

(3) Vinnius, *Quæst. illust.*, 44, 2, c. 41.

(4) Marsili, *loc. cit.*, n° 89.

(5) Vinnius, *Quæst.*, lib. 2, c. 42.

Fachin, 11, *Cout.* 88.

Hering, c. 20, § 12, n°s 2 et 3.

Si on objecte que pendant ce délai le débiteur pourra faire de mauvaises affaires, ce qui ferait retomber sur le fidéjusseur tout le poids de l'obligation, on peut répondre qu'il peut aussi en faire de bonnes, et qu'alors la prorogation est utile au fidéjusseur (1). Dans tous les cas, le fidéjusseur qui n'a pas été partie dans ces arrangements peut, s'ils lui déplaisent, ou payer, ou forcer le débiteur à se libérer (2).

576. Cette opinion adoptée par Polhier (3) est passée dans l'art. 2039 du C. c. Elle se défend par les raisons péremptoires que nous venons de toucher.

577. C'est aussi par cette même distinction qu'on résout le cas d'une convention tendant à permettre au débiteur de payer autre chose que ce qu'il avait promis. Si le fidéjusseur s'est taxativement obligé à payer ce qui est compris dans la première obligation, le changement convenu le décharge. Si au contraire il s'est obligé en termes généraux à satisfaire le créancier, alors il est tenu nonobstant cette substitution conventionnelle d'une chose à une autre (4).

Éclaircissons ceci par quelques exemples.

578. Et d'abord, supposons qu'une vente a été faite pour 20,000 francs, et qu'ensuite le vendeur et l'acquéreur changent le prix et conviennent de

(1) Vinnius, *loc. cit.*

(2) *Id.*

(3) N° 407.

(4) Marsili, *loc. cit.*, n° 89.

bases nouvelles : ce sera un nouveau contrat ; le prix, élément essentiel de la vente, étant changé, il y a novation, et le fidéjusseur sera libéré.

« *Fidejussor amplius non tenetur; mutato enim pretio, ex quo consistit substantia, natura et status emptionis, et emptio mutatur (1).* » Nous disons que ce sera un nouveau contrat ; mais ceci n'est vrai qu'à une condition, savoir, que les choses sont encore entières lorsque ces changements sont convenus, c'est-à-dire que rien n'a été livré, ni payé ; car si les choses n'étaient plus entières, s'il y avait eu délivrance, si des à-compte avaient été soldés, il serait difficile de voir, au milieu de cet état de choses, un nouveau contrat ; tout se résumerait en simples changements secondaires dont la vente primitive ne serait pas affectée en elle-même (2). Partant de là, la stipulation d'un prix plus élevé ne serait pas opposable au fidéjusseur qui n'aurait cautionné que 20,000 francs ; il demeurerait seulement obligé à payer les 20,000 francs. Que si l'acquéreur avait obtenu une diminution de prix, le fidéjusseur en profiterait, en ce sens, que le vendeur ne pourrait recourir contre lui que jusqu'à concurrence du prix réduit.

Ce que nous venons de dire de la vente s'applique, par identité de raison, au bail à ferme. Les choses sont-elles entières lorsque le propriétaire et le fermier modifient les bases essentielles de leurs arrangements primitifs ? le fidéjusseur n'est pas lié

(1) Hering., c. 20, § 25, n° 3.

(2) *Id.*

par sa promesse originaire; cette promesse était l'accessoire d'un contrat qui n'existe plus. Mais si le bail était en voie d'exécution lorsque le propriétaire et le fermier apportent quelques changements au prix originairement stipulé, on serait moins facile à admettre une novation; on se bornerait à combiner les nouvelles stipulations avec la règle que le fidéjusseur profite des conventions qui améliorent sa situation, et qu'il n'est pas atteint par celles qui viennent l'aggraver (1).

579. Voici maintenant un exemple dans lequel la novation se montre en caractères éclatants :

Supposons que j'aie cautionné une somme de 10,000 francs, due par Pierre à François; plus tard, Pierre et François convertissent cette obligation de 10,000 francs en une rente constituée. N'ayant pas été partie à cette convention, je suis déchargé; il y a là une novation qui éteint la première obligation et procure ma libération. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts des 29 mars 1661 et 1^{er} juillet 1667, rapportés par Basnage (2). Le second arrêt est d'autant plus remarquable que le créancier avait stipulé, lors de la conversion de l'obligation en constitution de rente, que c'était sans déroger à la première obligation, qui demeurerait dans sa force et teneur, et sans préjudice de son action contre les cautions. Mais on considéra que le fidéjusseur n'avait pas été partie à ces réserves; qu'elles ne pouvaient empêcher que la première obligation

(1) Hering., *loc. cit.*

(2) *Hyp.*, part. 2, ch. 7.

ne fût éteinte en totalité, puisque le créancier n'aurait pu en demander l'accomplissement ni au débiteur principal, ni aux cautions; que dans tous les cas, le créancier était non recevable à inquiéter les cautions, attendu qu'il leur avait ôté les moyens de se faire payer; car comment le fidéjusseur aurait-il pu exiger que le débiteur acquittât le principal, qui était éteint ?

580. Vient maintenant un autre cas qui diffère du précédent et que l'article 2038 prévoit expressément. C'est celui où, sans qu'il soit intervenu de convention qui fasse novation, le créancier a reçu effectivement en paiement une chose à la place de la chose promise. La question est alors de savoir si l'éviction du créancier *ex causâ antiquâ* fait revivre l'obligation de la caution. L'article 2038 décide ce point en faveur du fidéjusseur; et en cela il se conforme à l'opinion enseignée par Basnage (1) et Pothier (2) contre Renusson (3). Mais, pour bien comprendre ce point de droit, il est nécessaire de répondre à quelques objections qui se présentent naturellement à l'esprit.

581. La dation en paiement n'est réellement extinctive qu'autant qu'elle transfère au créancier la propriété de la chose payée : *cùm res est irrevocabiler et incommutabiliter adquisita* (4). C'est ce que décidaient la loi 46, D., *De solut.*, et la loi 8, C., *De*

(1) *Hyp.*, part. 2, ch. final.

(2) *Oblig.*, n° 407.

(3) *Subrog.*, ch. 5, n° 40, 41.

(4) *Mon com. des Hypothèques*, t. 4, n° 861.

sentent. (1). Que si la propriété n'a jamais été transférée au créancier, l'obligation première subsiste, et avec elle tous ses accessoires. *Solutum non videtur quod solutum non durat.* La dation en paiement est toujours conditionnelle. Elle est subordonnée à la condition que le créancier sera rendu propriétaire. Quand cette condition manque, la dation en paiement s'efface rétroactivement.

582. Nonobstant ces raisons, il faut dire que le fidéjusseur est entièrement libéré, et voici pourquoi :

Lorsque le créancier reçoit une chose en paiement, le fidéjusseur se trouverait gravement lésé s'il demeurerait exposé à un recours tardif en cas d'éviction. On le sait, le fidéjusseur veille sur le débiteur; il a droit de le contraindre à remplir ses obligations quand il est en retard, ou qu'il y a des inquiétudes à avoir sur la solidité de sa fortune. Or, supposons que le débiteur ait dérangé ses affaires depuis la dation en paiement. Comment le fidéjusseur aurait-il pu prendre les mesures conservatoires que la loi met à sa disposition (art. 2032)? S'il eût poursuivi le débiteur, celui-ci lui aurait répondu : « Ma dette est acquittée; votre action est inutile. » Et le fidéjusseur aurait été forcé de s'arrêter. Maintenant voilà le créancier qui, sous prétexte de son éviction, revient contre le fidéjusseur. Mais ce recours est-il équitable? N'est-ce pas par le fait du créancier que le fidéjusseur a perdu les avantages de sa position contre le débiteur?

(1) Mon com. des *Hypoth.*, t. 4, n° 849.

n'est-ce pas le fait du créancier qui l'a réduit à l'inaction?

C'est pourquoi Basnage nous apprend que le parlement de Rouen, après avoir hésité sur ces principes, dans un premier arrêt du 18 septembre 1602, est revenu à les consacrer par plusieurs décisions formelles, et particulièrement par un article de son règlement de 1666 (1). On peut s'étonner que Renusson ne se soit pas rendu à l'autorité de ces raisons et de ces arrêts (2).

583. En serait-il de même si le créancier avait stipulé dans son contrat que, nonobstant la dation en paiement, il se réserve ses droits contre la caution? J'ai dit ailleurs que de pareilles réserves sont fréquentes dans les datations en paiement (3). Bartole en conseillait l'usage, et elles ont souvent leur utilité.

Mais ici cette utilité est fort problématique; et Basnage décide même que, quelque stipulation que le créancier emploie dans son contrat, en l'absence de la caution, il se fait à l'égard de celle-ci une extinction que toutes ces clauses sanatoires ne peuvent empêcher (4).

Pourquoi cette décision?

Parce que le fidéjusseur ne peut obliger le débiteur à lui procurer sa décharge sans renverser tout ce qui a été fait entre le créancier et ce même dé-

(1) Art. 132.

(2) *Subrog.*, ch. 5, n° 41.

(3) Mon com. des *Hypoth.*, t. 4, n° 858.

(4) *Hyp.*, part. 2, ch. 7, p. 118.

biteur ; et comme une telle tentative n'est pas possible ; comme il ne dépend pas du fidéjusseur de faire cesser un état dont le créancier se contente ; comme il serait dérisoire de demander au débiteur qu'il rapporte une décharge donnée par ce même créancier qui s'est réservé ses droits contre le fidéjusseur ; il s'ensuit que c'est toujours par le fait du créancier que le fidéjusseur se trouve paralysé, et que, dès lors, les réserves de celui-ci ne sont que *protestatio contra factum*.

Ces raisons me paraissent légitimes, surtout si je les combine avec l'arrêt rapporté ci-dessus, n° 579 ; je n'adopte donc pas l'opinion contraire de MM. Duranton (1) et Ponsot (2).

(1) T. 18, n° 383.

(2) N° 337.

CHAPITRE IV.

DE LA CAUTION LÉGALE ET DE LA CAUTION JUDICIAIRE.

ARTICLE 2040.

Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la loi ou par une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019.

Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution doit, en outre, être susceptible de contrainte par corps.

SOMMAIRE.

- 584. Transition. De la caution légale. De la caution judiciaire. Exemple de caution *judiciaire*.
- 585. Multiplication des cautions dans la procédure des nations barbares. Observations nécessaires pour comprendre le vrai caractère de ces précautions dictées par un esprit défiant et formaliste.
- 586. Exemples de cautions *légales*.
- 587. Autres exemples.
- 588. Des qualités que doivent réunir les cautions judiciaires et les cautions légales.