

941. En est-il de même si le cessionnaire a laissé prescrire les hypothèques, soit par le laps de temps, soit en omettant de se présenter sur la procédure en purgeant? En un mot, ce que nous avons dit au numéro précédent du fait du cessionnaire s'applique-t-il au cas où il n'y a de sa part que simple négligence ou omission? La question est controversée.

On dit en faveur du cessionnaire : Il a su qu'il avait un garant solide, il s'est reposé sur lui; à quoi lui servirait de s'être fait assurer avec tant de précaution, s'il fallait qu'il eût l'œil toujours ouvert? Le cédant, en promettant de fournir et faire valoir, s'est obligé à agir; c'était à lui à prendre l'initiative de toutes les mesures conservatoires. Quand au cessionnaire, il ne peut rien perdre, puisqu'il a le cédant pour obligé.

Mais Loyseau (1) a réfuté cette opinion par des raisons que Pothier approuve (2), et qui me paraissent pleines de force et de logique.

Le cessionnaire est propriétaire de la créance; c'est à lui, qui en a le profit, à la soigner, et non au cédant, qui désormais n'en retire aucun avantage et n'y conserve plus aucun droit. Il doit lui suffire que le cédant réponde des cas fortuits qui détériorent la créance. Mais il serait injuste qu'il fit retomber sur lui les conséquences de la négligence de lui, cessionnaire, qui, en sa qualité de vrai propriétaire, devait maintenir son droit, comme un bon père de famille doit le faire.

Le cessionnaire n'est-il pas obligé de faire la discussion du débiteur et des cautions? N'est-il pas chargé de faire vendre les biens de ces derniers avant de recourir sur le cédant? Eh bien! il doit à plus forte raison faire tous les actes conservatoires, qui sont bien moins pénibles qu'une discussion, et il se

(1) Ch. 11, n° 4 et suiv.

(2) Vente, n° 566. *Junge* Lamoignon, t. 1, p. 144, n° 15.

trompe sur sa position quand il s'imagine que c'est le cédant qui doit prendre l'initiative des diligences.

Lorsque le cédant s'est obligé à fournir et faire valoir, il a pu être déterminé par la considération que la créance était garantie par des hypothèques plus que suffisantes. Il a pensé qu'en raison de la nécessité de les discuter avant d'arriver jusqu'à lui, il ne serait jamais inquiété. Mais s'il avait pu présumer que la négligence de son cessionnaire rendrait illusoire toutes les garanties, et ouvrirait un recours contre lui, il ne se serait jamais obligé. C'est le cas de dire avec la loi romaine : « *Aliene igitur cessionis vitium, ad ejus dispendium pertinere non debet* (1). »

Ce sentiment est du reste celui qui a triomphé devant la Cour de cassation, par arrêt du 26 février 1806 (2), dans une espèce où le cessionnaire n'avait pas fait inscrire et avait omis de conserver, au moyen des formalités prescrites par la loi du 14 brumaire an VII, le privilège de vendeur qui lui avait été transféré. Cet arrêt est d'autant plus remarquable, qu'il porte cassation d'un arrêt de la cour de Dijon qui avait forcé le cédant à garantir le cessionnaire négligent.

Objectera-t-on l'opinion développée par Pothier dans son *Traité des Obligations*, et d'après laquelle le créancier n'est privé de son recours contre la caution qu'autant que c'est par un fait positif de ce même créancier, et non par une simple négligence, qu'il a détérioré les hypothèques qui font la sûreté de la créance. Mais Pothier dit tout le contraire dans son *Contrat de vente*, où il approuve le système de Loyseau, et cette contradiction est de nature à diminuer

(1) L. 1, C. *De divid. tut.*

(2) Dalloz, *Hypoth.*, p. 90, note 3. Répert., v° Garantie des créances, n° 3. *Hypoth.*, sect. 2, § 2, art. 14, n° 2. Rente foncière, § 1.

beaucoup l'autorité de sa première décision. C'est probablement parce qu'elle a échappé à M. Toullier que cet auteur se montre si fermement attaché à la distinction de Pothier entre le fait positif et la négligence (1).

M. Toullier s'appuie beaucoup sur l'art. 1037 du Code Napoléon, portant que la caution est déchargée « lorsque la subrogation ne peut plus, par LE FAIT du créancier, s'opérer en faveur de la caution. » Il croit voir dans ce texte la reproduction de la théorie de Pothier, qui, dit-il, a si puissamment influé sur la rédaction du Code.

Mais qui nous dira si ceux qui ont rédigé cet article du Code Napoléon ont préféré Pothier écrivant le contrat des obligations, ou Pothier écrivant le contrat de vente? Ce n'est pas avec ces mots par LE FAIT du créancier qu'on arrivera à la solution. Ils ne sont pas assez précis pour vider le litige. Souvent la loi est rédigée de manière qu'en parlant de la négligence, elle sous-entend nécessairement un fait positif qui n'aurait pas échappé aux soins d'un bon père de famille et qui constitue un dommage (2). C'est que, dans sa pensée, le mot *négligence* est à peu près synonyme de *faute*. Eh bien! quand elle parle d'un fait qui a porté préjudice, il n'y a rien d'exorbitant et de forcé à admettre qu'elle emploie aussi ce mot comme synonyme de *faute*, c'est-à-dire comme indiquant soit un fait positif, soit une omission entraînant une responsabilité. Tous les jours, dans le langage usuel, il arrive de dire : *Telle chose est arrivée par votre fait*, quoique ce ne soit pas un fait positif, mais une omission. Croit-on que le législateur ne parle pas plus souvent le langage du vulgaire que celui des académiciens? Un ancien auteur, que je me plais à citer souvent, Connanus, a très bien dit : *Neque enim pu-*

(1) T. 7, n° 172, p. 244.

(2) Art. 1631 du Code Napoléon. Art. 2080.

*tandum legum scriptores aliter locutos quàm quomodò in civitate est consuetum* (1).

Tel est au surplus le sentiment de MM. Delvincourt (2) et Duranton (3); et, dans l'arrêt de la Cour de cassation que j'ai cité tout à l'heure, la loi romaine, qui se sert de ces mots, *vel facto emptoris*, a été interprétée en ce sens par la Cour régulatrice.

Pesons ensuite les raisons de Pothier, et voyons si elles peuvent soutenir la comparaison avec celles qui l'ont rallié plus tard au système de Loyseau.

Le créancier, dit Pothier (4), n'est obligé que par une pure raison d'équité de faire la cession de ses actions à caution qui paie. Il suffit donc qu'il ne fasse rien de contraire à la bonne foi, et il ne doit pas être tenu d'une pure négligence.

Mais cette raison n'est pas soutenable depuis que la loi veut que la subrogation soit de droit et forcée. (Art. 1251.)

Pothier poursuit en disant : Les autres débiteurs et fidéjusseurs ont pu, aussi bien que le créancier, veiller à la conservation du droit d'hypothèque qui s'est perdu. Ils pouvaient le mettre en demeure d'interrompre la prescription, de faire les inscriptions, de prendre les mesures conservatoires. N'ayant pas veillé plus que le créancier, ils ne sont pas recevables à lui opposer une négligence qui leur est commune avec lui.

La réponse est que la caution peut sans doute veiller; mais que ce n'est pour elle qu'une faculté et non un devoir, tandis que c'est un devoir précis pour le créancier, qui est l'adversaire véritable du débiteur, et qui est placé en face de lui pour agir et prendre

(1) Lib. 3, c. 12, p. 495, *in fine*.

(2) T. 3, p. 263, n° 6.

(3) T. 12, n° 171, p. 289. — *Junge* M. Marcadé, art. 1695, n° 3. V. aussi Limoges, 24 août 1852 (J. Pal. 1854, t. 2, p. 79).

(4) Oblig., n° 520.

toutes les mesures conservatoires. Quelle raison plus péremptoire peut-on en donner que l'obligation où est le créancier de discuter le débiteur avant de passer aux cautions? Cette obligation de discussion n'impose-t-elle pas un ministère actif au créancier? Sont-ce les cautions qui doivent aller chercher les débiteurs, les forcer à payer, et apporter au créancier son argent? Non. Il est créancier, sous la condition de conserver, d'agir, de presser; l'action lui appartient; la caution a droit de rester dans un état purement passif (1).

942. Lorsque la créance vendue avec garantie de solvabilité future est exigible peu de temps après, et que le cessionnaire accorde des délais au débiteur, si, pendant ce sursis, le débiteur devient insolvable, le cessionnaire aura-t-il recours en garantie contre le cédant?

Loyseau décide que non.

• S'il était question d'une simple dette *promptement exigible*, le cessionnaire de laquelle eust laissé, par sa négligence, consommer par le débiteur d'icelle plusieurs meubles, tellement qu'il apparust qu'il serait devenu insolvable à cause de cette négligence, alors il y a grande apparence que le cédant, qui aurait promis icelle *fournir et faire valoir*, et tout autre *obligé subsidiaire*, n'en serait plus tenu, par la raison de la loi 1, C. *De divid. tutel.* (2). »

En général, le cessionnaire est responsable de n'avoir pas fait payer le débiteur à l'époque convenue. C'est sa faute si, ayant moyen d'être payé, il y a mis de la mollesse. Le cédant ne peut être raisonnablement tenu que de l'insolvabilité arrivée avant l'échéance, sans le fait ou la négligence du cessionnaire (3).

(1) V. la loi 41, D. *De fidejuss.*

(2) Châp. 11, n° 15.

(3) Rousseau-Lacombe, v° Garantie, n° 4.

943. Il suit de là que quand on vend avec promesse de *fournir et faire valoir* une créance actuellement exigible, le cédant ne répond que de la solvabilité présente. Mais, pour le temps postérieur à la cession, il est déchargé (1); car il pourra toujours dire au cessionnaire: Pourquoi ne vous êtes-vous pas fait payer à l'échéance? c'est votre complaisance qui a tout perdu. Ne vous en prenez qu'à vous-même d'un événement que vous avez favorisé en ne profitant pas de vos droits.

944. Le troisième degré de garantie conventionnelle a lieu lorsque le cédant s'oblige à *payer pour le débiteur après un simple commandement fait à ce dernier*. Cette garantie diffère de la précédente en ce que le cessionnaire ne s'oblige à d'autres poursuites et diligences contre le débiteur qu'à un simple commandement (2). Le cédant est vrai débiteur personnel, et le transport ne vaut en quelque sorte que comme une délégation propre à faciliter le paiement (3).

Il suit de là, 1° que le cessionnaire n'est pas obligé de discuter le débiteur, et qu'il suffit qu'il l'ait mis en demeure de payer;

2° Qu'il n'est tenu à aucune mesure conservatoire pour empêcher l'insolvabilité du débiteur; car en stipulant la garantie après simple commandement, il s'est déchargé de toute autre diligence (4).

945. Après avoir fait connaître les divers degrés de garantie, il faut voir en quoi elle se résout lorsque l'acheteur se trouve dans la nécessité d'exercer son recours.

Et d'abord, la garantie de droit, qui, comme on le sait, est occasionnée par le défaut d'existence de la

(1) Rousseau-Lacombe, v° Garantie, n° 4.

(2) Pothier, Vente, n° 572.

(3) Bourjon, t. 1, p. 469, n° 29.

(4) Pothier, Vente, n° 572. Loyseau, *loc. cit.*, n° 19 et 20. Lamoignon, t. 1, p. 140, n° 13. — V. néanmoins la distinction proposée par M. Marcadé, art. 1695, n° 3.

créance, a nécessairement pour objet la nullité de la cession (argument de l'art. 1601 du Code Napoléon), et par conséquent la restitution du prix, des frais de contrat, loyaux coûts, et tous dommages et intérêts. Le cessionnaire ne serait pas fondé à exiger le montant intégral et numérique de la créance cédée; car, d'une part, la non-existence de la créance doit placer les parties au même état qu'avant la vente; d'où il suit que le cessionnaire n'a droit qu'à son prix et à ses déboursés, sauf les dommages et intérêts. D'autre part, l'art. 1694 décide que, lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, il n'est tenu que jusqu'à concurrence du prix qu'il a retiré de la créance. Il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement quand la garantie est motivée sur la non-existence de la créance (1).

946. Lorsqu'il y a lieu à la garantie de fait, c'est-à-dire lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur au moment du contrat, nous venons de dire avec l'art. 1694 qu'il n'est tenu que jusqu'à concurrence du prix qu'il a retiré.

Dans la rigueur, le cédant qui a promis la solvabilité du débiteur devrait payer à sa place le montant intégral de la créance (2). Néanmoins, le législateur a considéré que la vente d'une créance a toujours quelque chose d'aléatoire; que le cessionnaire a acheté à un prix inférieur à la valeur nominale du titre qui lui est transféré; qu'il est presque certain qu'il n'aurait pas retiré du débiteur cette valeur nominale entière; qu'ainsi il ne faut pas que l'insolvabilité du débiteur soit pour le cessionnaire une bonne fortune qui lui fasse toucher des mains du cédant ce qu'il n'aurait probablement pas touché des mains du débiteur. Ne serait-il pas dur, en effet, que le cédant payât plus qu'il n'a reçu? L'équité a donc élevé la

(1) *Junge M. Duranton*, t. 16, n° 512.

(2) *Loyseau*, Garantie des rentes, ch. 7, n° 3.

voix en sa faveur, et l'art. 1694 veut que le cessionnaire soit satisfait s'il rentre dans les fonds qu'il a déboursés. C'était aussi le système adopté par l'ancienne jurisprudence et attesté par *Loyseau* (1). On pensait que l'action du cessionnaire, étant fondée sur une espèce de vice de la créance, était à peu près semblable à l'action rédhibitoire, et que l'acheteur devait être content en reprenant son argent, comme si le contrat eût été résolu.

947. Si le débiteur n'est insolvable que pour partie, le cessionnaire aura son recours contre le cédant, mais seulement pour une part proportionnelle du prix que ce dernier a retiré de la cession (2).

948. Si la garantie a été portée jusqu'à la clause de fournir et faire valoir, et que le cédant ait garanti la solvabilité future du débiteur, il devient cautionnement reste limité au remboursement du prix de la cession (3). L'art. 1694 exerce encore ici son influence équitable. Et c'est aussi ce que voulait *Loyseau*. « Aussi, celui qui promet fournir et faire valoir la » rente promet seulement *præstare vitium nominis...*; » de sorte qu'en quelque façon que l'acheteur soit par » lui indemnisé, soit en lui payant la rente, soit en » LUI RENDANT SON ARGENT, il doit suffire, *et il n'est pas » raisonnable qu'il tire parti d'une mauvaise marchan- » dise* (4). » Le Code a été rédigé dans des idées tout aussi favorables au cédant.

949. Mais si la cession a élevé la garantie jusqu'à son plus haut degré de sévérité, si le cédant a promis de payer lui-même, après simple commandement, comme le cédant est obligé personnel, et qu'il est vrai débi-

(1) *Loc. cit.*, n° 6 et suiv.

(2) *M. Duranton*, n° 514.

(3) *Junge M. Duranton*, t. 16, n° 515.

(4) Garantie des rentes, ch. 7, n° 7 et 8.

teur de la créance, il ne doit pas se refuser à payer le total de la valeur nominale (1).

950. On demande si le cessionnaire a la voie exécutoire contre le cédant ou seulement la voie d'action en garantie.

On ne peut répondre à cette question que par quelques distinctions.

Si le cédant s'est soumis à la garantie *de payer lui-même*, mais sans ajouter : *après simple commandement fait au débiteur*, il est facile de comprendre que, puisqu'il y a lieu à la discussion du débiteur cédé avant de recourir contre le cédant, il est absolument nécessaire de se pourvoir par action pour obtenir qu'attendu cette discussion, le cédant soit condamné à payer. En effet, l'obligation du cédant n'est pas pure et simple, elle n'est pas claire et certaine, elle est suspendue et modifiée par une condition dont l'accomplissement ne peut être vérifié que par la justice. C'est ce que décide Loyseau d'une manière très ponctuelle (2), et l'on peut joindre à cette autorité un arrêt de la cour de Bruxelles du 13 avril 1811 (3), rendu dans une espèce où la garantie consistait à *payer soi-même si le débiteur ne payait pas dans un an*.

Mais quand la clause de garantie a plus d'extension, lorsque, par exemple, on exclut à la fois la discussion, et même tout commandement à faire sur le débiteur de la créance, comme si le cédant a promis *de payer lui-même au cessionnaire sans qu'il soit tenu de faire aucune diligence contre le débiteur*, on voit, au premier coup d'œil, qu'une telle clause produit exécution parée, parce que le transport est plutôt une assignation de dette qu'une vraie vente (4).

Voilà pour les deux cas extrêmes de la garantie de

(1) Loyseau, *loc. cit.*, nos 4 et 5. *Suprà*, n° 944.

(2) Loyseau, ch. 12, n° 12.

(3) Dalloz, *Vente*, p. 922.

(4) Loyseau, *loc. cit.*, n° 13.

fait. Mais il est un cas mitoyen qui présente un peu plus de difficulté. C'est lorsque le cédant *promet de payer soi-même, faute de paiement par le débiteur et après un commandement à lui fait, suivi de refus de payer*.

Néanmoins, il faut décider que le cessionnaire peut procéder *rectâ viâ* exécutoirement. En effet, les conditions qui suspendent ou modifient l'obligation du cédant sont purifiées et liquidées par l'exploit de commandement fait au débiteur, et contenant son refus, exploit qu'il suffit que l'huissier ait en main. La liquidation nécessaire pour donner lieu à l'exécution parée peut se faire *ex conjunctione duarum scripturarum*, comme le dit Rebuffé ; et c'est ce qu'on peut inférer de la loi 69, D. *De re judic.* Il faut donc conclure que la clause de *payer soi-même*, ainsi formulée, porte exécution parée. Loyseau est aussi de ce sentiment (1).

951. Outre les diverses causes de garantie dont nous avons parlé, le cédant est toujours soumis de droit à la garantie de ses faits personnels. C'est la conséquence du principe général porté dans l'article 1628 du Code Napoléon.

Si donc le cédant fait, après le transport, des actes qui détruisent les garanties de la créance, s'il lui enlève ses hypothèques, s'il ébranle son existence même, le cessionnaire est fondé à recourir contre lui et à demander la résolution de la cession (2) C'est ce qu'a jugé la cour de Nancy, par un arrêt inédit du 21 août 1833, dans l'affaire du baron de Landoville, cédant, contre Quintard et Saint-Morys, cessionnaires.

952. Les questions qui se rattachent à la prescription du droit de garantie trouveront leur place dans les commentaires de l'art. 2257.

(1) N° 14 et 15.

(2) Art. 1628 et 1184 combinés.