

alors qu'il devait croire que son mandat subsistait (n° 110).

L'article 2009 est une suite de cette disposition. On suppose que le mandataire dont le mandat est venu à cesser traite avec des tiers; les engagements du mandataire seront exécutés à l'égard des tiers de bonne foi. La loi tient compte de la bonne foi du mandataire; elle devait, à plus forte raison, tenir compte de la bonne foi des tiers avec lesquels le mandataire contracte; ils sont plus excusables, en ce sens qu'il leur est plus difficile de savoir si le mandat subsiste encore ou non. Les tiers ont, dans ce cas, action contre le mandant, quand même le mandataire serait de mauvaise foi (n° 115).

L'article 2010 est ainsi conçu : « En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci. » On enseigne que cette disposition est générale de sa nature, bien que la loi ne parle que de la mort. C'est un devoir d'équité, dit-on, pour ceux qui remplacent le mandataire dans la gestion de ses biens, de veiller aux intérêts du mandant. Cela est vrai. Mais l'équité suffit-elle pour imposer des obligations sanctionnées par des condamnations civiles? A notre avis, non (n° 116). L'équité ne devient une obligation civile que lorsque la loi la consacre.

TITRE XV.

(TITRE XIV DU CODE CIVIL.)

DU CAUTIONNEMENT.

CHAPITRE I^{er}.

NOTIONS GÉNÉRALES.

§ I. Définition et caractères.

Sommaire.

176. Le cautionnement est une garantie personnelle et, à ce titre, un contrat accessoire.
 177. C'est un contrat de bienfaisance : en quel sens?
 178. C'est un contrat unilatéral.

176. L'article 2011 porte : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet, envers le créancier, à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. » Ainsi, la caution ne s'oblige pas comme débiteur principal; l'obligation du débiteur est étrangère à la caution; celle-ci intervient pour garantir l'exécution des obligations contractées par le débiteur. Si celui-ci remplit ses engagements, il n'est plus question de cautionnement; et si, à défaut par le débiteur d'exécuter ses obligations, la caution est tenue de le faire, elle a un recours contre le débiteur principal; cette action récursoire est organisée de manière à indemniser la caution de toutes ses avances et de toutes ses pertes (art. 2028). Le cautionnement est donc une garantie personnelle, à la différence du gage et de l'hypothèque, qui sont des garanties réelles; à ce titre, il forme une convention accessoire. C'est un des caractères essentiels de ce contrat; nous exposerons les conséquences qui en résultent, successivement, en suivant l'ordre tracé par le code (n° 117).

177. Le cautionnement est un contrat de bienfaisance, non à l'égard du créancier qui reçoit ce qui lui est dû, mais à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige. Sans le cautionnement, le débiteur n'aurait pas obtenu ce qu'il a stipulé, et il l'obtient à titre gratuit; en effet, si la caution paye, elle a seulement un recours pour rentrer dans ses avances et pour se couvrir de ses pertes; elle ne reçoit rien en compensation du service qu'elle rend au débiteur. C'est un service d'amitié, comme le dépôt et le mandat. Mais le cautionnement n'est pas un contrat essentiellement gratuit; la caution peut stipuler une indemnité pour le service qu'elle rend au débiteur (n° 123).

178. Le cautionnement est un contrat unilatéral. La caution seule est obligée envers le créancier; celui-ci ne contracte aucune obligation à l'égard de la caution; or, c'est entre le créancier et la caution que le contrat intervient; le débiteur y reste étranger. Il est vrai que la caution a une action contre le débiteur, mais ce n'est pas en vertu du cautionnement, c'est en vertu d'un mandat ou d'une gestion d'affaires (n° 126).

§ II. Des conditions requises pour la validité du cautionnement.

Sommaire.

179. Il faut une obligation principale. Toute dette peut être cautionnée.
 180. L'obligation principale doit être valable. *Quid* si elle est inexistante ou nulle?
Quid si elle est nulle pour cause d'incapacité du débiteur?
 181. Il faut le consentement de la caution. En quel sens son engagement est personnel. Le consentement doit être exprès.
 182. Dans quelle forme le consentement doit-il être exprimé?
 183. La caution doit avoir la capacité de disposer.

179. Il faut d'abord qu'il y ait une obligation principale. Le code ne le dit pas en termes formels; mais l'article 2012 implique cette première condition, en disant que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable; il faut donc avant tout une obligation, et cela est d'évidence. S'il n'y a pas d'obligation principale, il ne peut être question d'une garantie accessoire (n° 128).

Toute dette peut être cautionnée, peu importe qu'elle ait pour objet un fait ou une chose, et que cette chose soit une somme d'argent, un meuble ou un immeuble. L'obligation de la caution

peut elle-même être cautionnée; l'article 2035 le suppose, et cela ne fait aucun doute en théorie. Dans le langage traditionnel, celui qui cautionne une caution s'appelle certificateur de caution (code de pr., art. 135, § 5).

180. Il faut, en second lieu, que l'obligation soit valable (art. 2012). Si elle ne réunit pas les conditions requises pour son existence, elle est nulle de plein droit (art. 1117), ou, comme on dit, inexistante; c'est le néant, et l'on ne conçoit pas que le néant soit cautionné (n° 133). Si l'obligation est simplement nulle, c'est-à-dire annulable, elle existe, en ce sens qu'elle produit ses effets tant qu'elle n'a pas été annulée; elle est donc valable, et partant elle peut être cautionnée. Mais si la dette principale est annulée, elle est censée n'avoir jamais existé, et, par suite, le cautionnement tombe. Le cautionnement suit donc la dette à laquelle il est attaché; il est inexistant ou nul, suivant que la dette principale est inexistante ou nulle; dans l'un et l'autre cas, on applique les principes qui régissent les actes inexistantes et les actes nuls (nos 133 et 134).

Le principe que l'annulation de la dette principale entraîne la nullité du cautionnement reçoit une exception dans le cas prévu par l'article 2012, qui est ainsi conçu : « On peut cautionner une obligation encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple, dans le cas de minorité. » Ainsi, le cautionnement de l'obligation contractée par un incapable subsiste, quoique la dette principale soit annulée. En ce sens, l'article 2036 dit que la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur; par là le code entend l'exception résultant de l'incapacité. C'est une dérogation aux principes qui régissent le cautionnement. Quand l'incapable fait annuler l'obligation qu'il a contractée, la dette est censée n'avoir jamais existé, dès lors le cautionnement devrait tomber; on ne conçoit pas qu'il y ait un accessoire lorsqu'il n'y a plus de principal, et que la caution soit obligée de satisfaire à une obligation que le débiteur n'est pas tenu d'exécuter (nos 135 et 136). A quels cas s'applique l'article 2012? La loi ne dit pas quelles sont les exceptions purement personnelles au débiteur; mais l'exemple qu'elle donne, et les rapports et les discours du Tribunal ne laissent aucun doute sur ce point; le code entend

parler de l'incapacité du débiteur principal. C'est une cause de nullité qui lui est personnelle, d'abord en ce sens que c'est à raison de l'état du débiteur et de l'incapacité qui en résulte que l'obligation est nulle; ensuite parce que l'incapable seul peut se prévaloir de la nullité. L'obligation ne peut pas être attaquée par les personnes capables qui ont contracté avec l'incapable, et la loi considère aussi l'obligation comme valable à l'égard de la caution (n° 140).

181. La caution s'oblige envers le créancier : il faut donc le consentement des deux parties contractantes. Quant au débiteur, il reste étranger au contrat qui intervient entre le créancier et la caution; l'article 2014 en conclut que l'on peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu. Nous reviendrons sur cette disposition.

La caution, en consentant, contracte une obligation personnelle, à la différence de celui qui donne un gage ou une hypothèque pour la dette d'un tiers : c'est la chose qui est tenue, celui qui l'a engagée n'est pas obligé (n° 151). De ce que la caution s'oblige personnellement, il ne faut pas conclure que l'engagement qu'elle contracte soit attaché à sa personne. L'article 2017 dit que les obligations de la caution passent à ses héritiers; c'est le droit commun, et il était inutile de le dire (art. 1122). Le code admet une exception pour l'un des effets que produit le cautionnement; quand la caution est soumise à la contrainte par corps, cette voie d'exécution ne peut pas être exercée contre les héritiers (art. 2017). La règle et l'exception ne sont plus que de l'histoire, la contrainte par corps étant abolie en France et en Belgique (n° 152).

« Le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès » (art. 2015). Aucun contrat ne se présume; mais, en général, le consentement peut être tacite; l'article 2015 déroge, sous ce rapport, au droit commun. La loi veut une manifestation de volonté donnée par paroles, parce que le cautionnement est un engagement très-dangereux. Celui qui cautionne a confiance dans la solvabilité du débiteur, et trop souvent cette confiance est trompée; la caution est obligée de payer, et le recours qu'elle a contre le débiteur insolvable est dérisoire. Le législateur a voulu garantir celui qui est disposé à se porter caution contre l'entraînement

d'un sentiment irréfléchi; il a encore voulu empêcher que l'on n'interprêtât comme une promesse ce qui n'est qu'une recommandation par laquelle celui qui recommande n'entend pas se porter garant de la personne recommandée; il n'y a de caution que celui qui s'est obligé à ce titre (n° 153).

182. La loi ne dit pas dans quelle forme le consentement doit être exprimé. Il en résulte que le cautionnement reste sous l'empire du droit commun en ce qui concerne la preuve. Nous renvoyons au titre des *Obligations* (nos 158 et 159).

183. La caution doit être capable. Il ne suffit pas qu'elle ait la capacité de s'obliger. Le cautionnement est un acte de disposition, car la caution s'oblige à payer, sans rien obtenir, en compensation des risques qu'elle court, ni du créancier, ni du débiteur. Ainsi, le mineur ne peut se porter caution, ni le tuteur pour lui. Il en est de même du mineur émancipé; il ne peut faire que des actes de pure administration, actes qui lui sont généralement utiles; or cautionner, ce n'est pas administrer, et cet acte n'est jamais profitable à la caution, légalement parlant. Les femmes mariées peuvent cautionner avec autorisation maritale. Quant aux interdits, ils sont frappés d'une incapacité absolue (n° 160).

§ III. *Etendue du cautionnement.*

Sommaire.

184. Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. *Quid* si le cautionnement dépasse la dette principale?

184. « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses » (art. 2013). C'est une conséquence du principe que le cautionnement est un contrat accessoire; l'obligation accessoire de la caution ne peut pas dépasser celle du débiteur principal, mais la caution n'est pas tenue nécessairement de toute l'obligation du débiteur. La garantie d'une dette peut être partielle; les parties sont libres de la stipuler comme elles l'entendent; si le créancier a confiance dans la sol-

vabilité du débiteur pour une partie de la dette, il suffit que la caution garantisse le paiement en tant que la dette excède la solvabilité du débiteur. Il en est de même des clauses qui aggravent ou diminuent la charge : il est plus onéreux de payer une dette immédiatement que de la payer à terme. Les conditions sous lesquelles la caution s'oblige ne peuvent pas être plus onéreuses, parce que ce serait excéder la dette; elles peuvent être moins onéreuses, cela dépend de l'intérêt du créancier (n° 161).

Si le cautionnement excède la dette, il n'est pas nul, il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale (art. 2013). Les auteurs du code ont suivi sur ce point l'opinion de Pothier, contraire au droit romain. Logiquement, dit-on, l'accessoire ne peut dépasser le principal, et quand il le dépasse, l'obligation est viciée dans son essence. C'est un argument bon dans les sciences exactes, mauvais dans les sciences morales. Tout ce qu'on peut conclure du caractère accessoire du cautionnement, c'est que la caution qui s'est obligée à plus que le débiteur principal, n'est pas tenue à ce plus, mais rien n'empêche qu'elle soit tenue de ce dont le débiteur est tenu; car, en voulant s'obliger à une somme plus grande, elle a voulu s'obliger à celle que le débiteur a promise; il en est de même des conditions plus onéreuses sous lesquelles elle aurait contracté. Ce n'est pas une question de logique, mais une question d'intention (n° 164).

§ IV. *Interprétation du cautionnement.*

Sommaire.

185. Le cautionnement est de stricte interprétation.
186. Règles d'interprétation. Du cautionnement limité et illimité.
187. A quoi s'étend le cautionnement illimité.

185. Il est de principe que le cautionnement est de stricte interprétation. Celui qui cautionne le débiteur lui rend un service gratuit, et il rend aussi un service au créancier, en ce sens que celui-ci traite en toute sûreté, moyennant la garantie que lui offre la caution. Celle-ci seule n'a aucun intérêt à la convention à laquelle elle accède; elle s'expose à devoir payer sans avoir un recours utile contre le débiteur principal. Quand cette mauvaise chance

se réalise, la caution se trouve avoir donné le montant de la dette, bien qu'elle n'ait pas eu l'intention de faire une libéralité; il n'y a pas de convention plus désavantageuse. C'est une raison décisive pour interpréter le cautionnement dans un sens restrictif (n° 167).

186. C'est dans cet esprit que le code trace des règles d'interprétation du cautionnement : « On ne peut pas étendre le cautionnement au delà des limites dans lesquelles il a été contracté » (art. 2015). Cela suppose que l'obligation de la caution a été limitée par la convention; ces limites ne peuvent pas être dépassées; s'il y a doute, le juge doit se prononcer pour le sens restrictif. Lorsque, au contraire, les termes du contrat sont généraux et indéfinis, le fidéjusseur est censé accéder à tous les engagements du débiteur principal, résultant du contrat qu'il cautionne : « Le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend à tous les accessoires de la dette » (art. 2015). Les accessoires sont compris dans l'obligation principale; or, la caution a cautionné cette obligation avec toutes ses conséquences. Cela n'empêche pas le cautionnement illimité d'être de stricte interprétation : il n'y a pas deux cautionnements, il n'y en a qu'un seul, plus ou moins étendu, d'après l'intention manifestée par les parties dans le contrat, et l'interprétation du contrat est toujours restrictive (n° 168). Bien entendu que le juge peut et doit interpréter la convention par l'intention des parties contractantes : c'est une règle générale d'interprétation (art. 1156), que nous avons expliquée au titre des *Obligations* (1) (n° 169).

Quand le cautionnement est-il limité, quand est-il illimité? C'est une question de fait que le juge décide d'après les termes de l'acte et d'après l'intention commune des parties. Pothier donne comme exemple le cautionnement d'un bail. Si la caution s'est obligée envers le bailleur pour le *payement des fermages*, elle ne sera pas tenue des autres obligations du preneur, telles que les dommages-intérêts pour dégradations. Si, au contraire, la caution a déclaré cautionner le *bail*, elle sera tenue non-seulement du payement des fermages, mais encore de toutes les obligations résultant du bail, donc des dommages-intérêts auxquels le bailleur aurait droit pour inexécution des engagements du fermier (n° 175).

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 442, n° 625.

187. L'article 2016 porte : « Le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend à tous les accessoires de la dette. » Tels sont les intérêts conventionnels et moratoires; les uns et les autres sont dus en vertu du contrat auquel la caution a accédé, et, par suite, elle en est tenue.

L'article 2016 ajoute : « Le cautionnement indéfini s'étend même aux frais de la première demande et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. » Il faut donc distinguer. Les frais de la première demande contre le débiteur principal sont toujours à la charge de la caution; ce sont des frais nécessaires, quand le débiteur ne paye pas. Quant aux frais postérieurs, la caution n'en est tenue que si la demande lui a été dénoncée; la loi suppose que si la demande est dénoncée à la caution, celle-ci se hâtera de payer, afin d'éviter les frais inutiles; mais si la demande ne lui a pas été dénoncée, elle ne peut la connaître; dans ce cas, il serait injuste de lui faire supporter des frais qu'elle a été dans l'impossibilité de prévenir (nos 178 et 179).

§ V. De l'obligation de fournir caution.

Sommaire.

188. Le débiteur peut être obligé de fournir caution par la loi, par le juge ou par la convention.
 189. Quelles sont les qualités que les cautions, en général, doivent avoir?
 190. *Quid* si la caution perd une de ces qualités?
 191. Dispositions spéciales concernant les cautions judiciaires et légales.

188. Le débiteur peut être tenu de fournir caution en vertu de la loi, d'un jugement ou de la convention. De là la division du cautionnement en légal, judiciaire et conventionnel (n° 180).

Le cautionnement légal n'existe qu'en vertu d'un texte formel, et les dispositions qui prescrivent l'obligation de fournir caution sont de stricte interprétation. Il ne peut y avoir d'obligation légale sans loi, et l'interprète ne peut étendre les obligations légales, pas même par des raisons d'analogie, parce que étendre une obligation que le législateur a seul le droit d'imposer, ce serait faire la loi. Les cas dans lesquels la caution est ordonnée par la loi sont prévus par les articles 16, 120, 601 et 1518, 626, 771 et 773, 807, 1613, 1653, 2185 du code civil; les articles 135 et 155 du code de procédure,

et les articles 114 et suiv., 120, 151, 231, 346, 384 et 444 du code de commerce (n° 181).

Le cautionnement est judiciaire lorsque le juge ordonne à l'une des parties de fournir caution pour garantir les droits éventuels de l'autre partie. C'est ce qui arrive quand il accorde une provision, ou qu'il autorise l'exécution provisoire du jugement à charge de donner caution (code de pr., art. 135 et 155. Loi du 25 mars 1841). Il n'y a de caution judiciaire que lorsque le juge l'ordonne de sa propre autorité; quand il statue sur un cas de cautionnement légal ou conventionnel, la caution est, en réalité, légale ou conventionnelle (n° 183).

Le cautionnement conventionnel résulte de la convention des parties contractantes. Quand la convention porte que le débiteur fournira caution, il doit présenter une caution réunissant les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019. Si la convention désigne la caution, ou si celle-ci y intervient, c'est au créancier de l'accepter ou de la refuser. Quant aux cautions légales ou judiciaires, il y a des dispositions spéciales (art. 2040-2043) (n° 184).

189. L'article 2018 porte que le débiteur obligé à fournir caution doit en offrir une qui ait les qualités requises. Cette disposition, conçue dans les termes les plus généraux, s'applique à tous les cas où il y a obligation de fournir une caution; il est rationnel que toutes les cautions remplissent les conditions que la loi prescrit, afin que le créancier trouve dans le cautionnement la garantie qu'il y cherche (n° 185). Quelles sont ces conditions?

1° La première condition requise par l'article 2018 est que la caution ait la capacité de contracter. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (1).

2° En second lieu, la caution doit avoir un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation (art. 2018). Par bien suffisant, la loi entend la propriété foncière (art. 2019). Les biens mobiliers ne sont pas pris en considération : c'est une disposition traditionnelle qui s'explique par le peu d'importance que l'on attachait, dans l'ancien droit, à la fortune mobilière (n° 188). La loi fait ex-

(1) Voyez, ci-dessus, n° 185.

ception pour les dettes modiques, sans les définir, ce qui donne au juge un pouvoir discrétionnaire. Il y a une seconde exception, en matière de commerce, c'est-à-dire pour les dettes commerciales; la loi suppose que la caution et les parties sont commerçantes; or, la fortune des commerçants est généralement mobilière (n° 189); il a donc fallu se contenter d'une garantie de biens mobiliers.

La seconde condition présente quelques difficultés que la loi décide. On n'a pas égard aux immeubles litigieux; c'est au juge d'apprécier si la propriété de l'immeuble que la caution présente est litigieuse, c'est-à-dire s'il y a doute sur le point de savoir si l'immeuble appartient à la caution (n° 190). L'article 2019 ajoute que l'on n'a pas égard aux immeubles dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. Il s'agit de difficultés de fait, de voyages à faire, de relations avec les avocats ou officiers ministériels : le juge appréciera (n° 192).

3° Il y a une troisième condition requise pour qu'une personne puisse être présentée comme caution : il faut que son domicile soit dans le ressort de la cour d'appel où elle doit être donnée. La facilité de poursuivre, dit l'Exposé des motifs, fait partie de la solvabilité (n° 193).

190. La loi prévoit le cas où la caution, qui, au moment où elle est reçue, réunissait les conditions prescrites par la loi, devient ensuite insolvable; le débiteur doit, dans ce cas, en fournir une autre (art. 2020). Chabot, dans son rapport au Tribunal, justifie cette disposition qui est contraire au droit romain. Le cautionnement est la condition expresse de l'obligation; le créancier n'aurait pas traité avec le débiteur si celui-ci ne lui avait fourni une caution bonne et solvable; donc, quand la caution devient insolvable, il est juste que le créancier puisse en exiger une autre, sinon il arriverait que, n'ayant pas voulu traiter avec le débiteur seul, il se trouverait cependant réduit à l'avoir seul pour débiteur. En d'autres termes, le contrat est rompu; pour le maintenir tel que les parties l'ont entendu former, le débiteur doit donner une autre caution au créancier. La loi fait exception à la règle dans le cas où la caution a été donnée en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution; c'est alors le créancier qui est responsable du choix

de la caution; le débiteur a rempli la seule obligation qui lui incombât, celle de fournir la caution exigée par le créancier (n° 195).

Reste à savoir ce que l'on entend par insolvabilité. Ce n'est pas la déconfiture ou la faillite, c'est une insolvabilité légale. L'article 2020 est une suite des articles 2018 et 2019, qui établissent que le débiteur doit donner une caution bonne et solvable, et qui déterminent les conditions requises pour que la caution soit réputée solvable; lorsque l'une de ces conditions vient à manquer, il faut décider qu'il y a insolvabilité (n° 196).

191. La loi contient quelques dispositions spéciales concernant les cautions judiciaires et légales. Ces cautions doivent d'abord remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019. La caution judiciaire doit de plus être contraignable par corps (art. 2040); cette condition vient à tomber, la contrainte par corps étant abolie en France et en Belgique. Aux termes de l'article 2042, la caution judiciaire ne peut pas demander la discussion du débiteur principal et, par voie de conséquence, l'article 2043 ajoute que celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution. Ces dispositions traditionnelles sont difficiles à justifier. On dit que l'autorité de la justice le demande ainsi, puisque le débiteur contracte avec la justice; à vrai dire, la justice ne contracte jamais, et la garantie du créancier devrait toujours être la même, quel que soit le cautionnement (n° 201).

L'article 2041 contient une disposition commune à la caution judiciaire et à la caution légale : le débiteur est reçu à donner, en place de la caution, un gage en nantissement suffisant. Il y a deux nantissements, le gage et l'antichrèse; la loi ne parle que du gage, parce que le nantissement mobilier offre des facilités de réalisation que ne présente pas le nantissement immobilier. Le débiteur ne serait pas admis à fournir une hypothèque; la loi ne lui en donne pas le droit, et c'est à la loi seule de décider quelle garantie peut remplacer celle qu'elle prescrit (n° 202).