Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 54 (1935)

Artikel: La révision de la législation en matière de cautionnement

Autor: Henry, Max

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895943

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 08.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

La révision de la législation en matière de cautionnement

par

Max Henry, Président du Tribunal du Val-de-Travers (Neuchâtel).

SOMMAIRE.

Chapitre I: Nécessité de la révision 145a
Chapitre II: La réforme du crédit 151a
Chapitre III: La réforme du cautionnement en particulier 153a
Section 1: Les bases de la révision 153a
Section 2: La conclusion du contrat de cautionnement 154a
§ 1: Conditions de capacité 154a
§ 2: Conditions de forme 159a
§ 3: Conditions matérielles 166a
Section 3: Les droits et obligations de la caution . . 169a
§ 1: Le cautionnement solidaire 169a
§ 2: Le cautionnement simple et le bénéfice de discussion 181a
§ 3: Le cautionnement et le droit de gage . . 186a
§ 4: Les exceptions communes au débiteur et à la caution 194a
§ 5: La réduction judiciaire des cautionnements exagérés 196a
§ 6: La dénonciation et la révocation du cautionnement 200a
Section 4: Le devoir de diligence du créancier (Diligenzpflicht) 204a
Conclusion 213a
Thèses 214a

Chapitre I.

Nécessité de la révision.

A. Dans l'état actuel de la vie économique, le cautionnement est une institution juridique indispensable. Son utilité comme instrument de crédit n'a pas besoin

d'être spécialement démontrée. A côté des garanties réelles, il faut un système de garanties personnelles pour ceux qui n'ont pas de garanties réelles à offrir. Et ceux-là sont nombreux; ce sont les jeunes au début d'une carrière, les petits commerçants, les agriculteurs dont l'actif mobilier est leur instrument de travail et ne peut pas être immobilisé par une mise en gage.

Mais à côté de ses avantages incontestables, le cautionnement présente des inconvénients non moins évidents. Ceux-ci atteignent naturellement et en premier lieu les cautions; mais ils atteignent aussi les débiteurs des dettes cautionnées.

B. Dans la règle, l'engagement de la caution est sans contre-prestation. Alors que, dans la plupart des autres contrats, une partie ne s'oblige qu'en raison de la contre-prestation de l'autre, la caution, elle, s'engage pour rien. Au point de vue d'une saine gestion c'est là un acte déraisonnable, du moins objectivement déraisonnable.

Cet acte déraisonnable, la caution le commet d'autant plus facilement qu'au moment où elle s'engage elle n'a rien à payer, rien à livrer, rien à faire. La responsabilité qu'elle assume ne lui apparait pas aussitôt et ne se concrétise pas à ses yeux par une prestation immédiate. La caution a toujours l'espoir que le débiteur fera son devoir et qu'elle n'aura rien à payer. Elle croit — et on s'efforce parfois de lui faire croire — que son engagement est une simple formalité qui sera sans conséquences pour elle. La responsabilité de la caution est d'autant plus grave qu'elle est invisible; c'est une responsabilité qui s'insinue sournoisement.

Le cautionnement étant déjà en soi un acte déraisonnable, il semble que tout homme de bon sens devrait tout au moins limiter ses cautionnements à ses possibilités financières réelles et ne pas s'engager pour un montant supérieur à sa fortune totale. Or, l'expérience montre que ce principe d'élémentaire sagesse n'est pas même observé; de nombreux individus, persuadés que le cau-

tionnement n'est qu'une formalité, s'engagent pour des sommes supérieures à leur actif. On a cité le cas authentique d'un agriculteur bernois qui avait souscrit des cautionnements pour fr. 600,000.— alors que sa fortune totale ne dépassait pas fr. 60,000.—[1]). Des cas de ce genre, moins graves quant aux chiffres, sont extrêmement fréquents, surtout dans les campagnes. Dans le canton de Berne, on a trouvé des 20 et 30 cautionnements dans le même village et même davantage; des localités entières, des contrées même ont été littéralement dévastées par des réalisations forcées consécutives à des cautionnements. Certains établissements de crédit ont pris l'habitude d'attacher beaucoup plus d'importance au nombre des cautions qu'à la solvabilité réelle de chacune d'elles. Le Conseil Fédéral, dans son message du 11 mai 1934, concernant l'extension des mesures juridiques temporaires pour la protection des agriculteurs dans la gêne disait que, dans certaines contrées „les cautionnements ont été contractés en si grand nombre et avec un tel manque de réflexion qu'on doit se demander s'ils sont pris au sérieux, même par le créancier"[2]).

Certains individus, poussant encore plus loin l'imprévoyance, négligent même de prendre note de leurs cautionnements successifs. Mr. Auguste Schirmer, en développant au Conseil National le 27 septembre 1933 le postulat dont il sera question plus loin, signalait dans le canton de Berne des cas où des individus avaient cautionné pour des centaines de mille francs et ne s'en doutaient pas parce qu'ils ne tenaient aucun contrôle de leurs engagements.

C. L'abus du cautionnement n'est pas seulement préjudiciable à la caution; il nuit aussi au débiteur lui-même. L'abondance des garanties engendre l'abondance des dettes; elle incite le prêteur à prêter toujours davantage et l'emprunteur à emprunter toujours plus. Le débiteur contracte

[1]) „Der Bund" du 12 juin 1930.
[2]) F. Féd. 1934/II. 10.

d'autant plus facilement de nouvelles dettes qu'il trouve plus facilement des personnes disposées à les garantir. En un mot, l'abus du cautionnement provoque l'endettement; ce phénomène est particulièrement sensible aujourd'hui dans les campagnes. Voici deux citations à l'appui de nos dire:

Dans un rapport du secrétariat des paysans suisses nous lisons: „Une cause d'endettement réside dans la légèreté dont ont fait preuve dans la dispensation des crédits des banques uniquement préoccupées de la sécurité de leurs placements et non pas de leur utilité pour l'économie publique et de leur opportunité. C'est en vertu du principe que les placements hypothécaires revêtent une grande sécurité que certains agriculteurs, en tant qu'ils pouvaient produire de bonnes cautions, se voyaient octroyer des crédits d'une façon pour ainsi dire illimitée."[3])

D'autre part, le professeur Maibach s'est exprimé dans le même sens en disant: „L'attribution de crédits se fait d'une façon trop machinale et on s'attache beaucoup trop peu à pénétrer au centre de la question. Ainsi, lorsque le débiteur présentait un nombre suffisant de cautions, on a octroyé des prêts, sans examiner vraiment si les charges n'excédaient pas les forces de résistance économiques de l'exploitation. La question de savoir si un agriculteur devait payer des intérêts hypothécaires de fr. 300.— ou de fr. 600.— par hectare ne jouait aucun rôle essentiel pour les banques dispensatrices de crédit, bien que pourtant les charges des intéressés constituent un important facteur pour la sécurité du crédit. Dans nombre de cas, l'essentiel a consisté, pour les banques, à savoir si, réglementairement parlant, elles étaient couvertes et non pas à connaître la froide réalité; ce qui comptait c'était le fait d'avoir constitué un gage, même s'il était de rang désespéré."[4])

---

[3]) Le surendettement et le désendettement dans l'agriculture suisse, 1934 p. 35. Publication de l'Union suisse des paysans.

[4]) Gewerkschaft, Mittelstand, Fronten, 1933 p. 72.

D. L'abus du cautionnement a causé tant de malheurs et de ruines que l'opinion publique s'en est émue; depuis quelques années et notamment depuis le début de la crise économique actuelle, des voix se sont fait entendre en faveur de la révision du régime des cautionnements. La question, discutée d'abord dans la presse, a été posée aux Chambres Fédérales.

Le 8 décembre 1932, Mr. le Conseiller national Schirmer, président de l'Union suisse des Arts et Métiers, a déposé au Conseil National et fait adopter par lui un postulat invitant le Conseil Fédéral à examiner s'il n'y aurait pas lieu de réviser le titre du code des obligations relatif au cautionnement en vue de protéger plus efficacement la caution, notamment:

1. d'obliger le créancier à se renseigner, avant l'accepter un cautionnement, sur la situation financière de la caution et sur les cautionnements qu'elle a déjà donnés et à exiger de la caution une déclaration écrite sur sa fortune et sur les autres engagements qu'elle pourrait avoir contractés au titre de caution;
2. de subordonner l'exécution juridique des droits du créancier contre la caution à la condition qu'il puisse produire la déclaration en question de la caution;
3. d'astreindre le créancier à actionner d'abord le débiteur et, si ce dernier ne remplit pas ses obligations quant au service des intérêts et à l'amortissement, à en informer sans délai la caution;
4. de subordonner l'exécution juridique des droits du créancier contre la caution à la condition que le créancier prouve avoir avisé sans délai la caution de la demeure du débiteur;
5. d'empêcher le créancier de priver la caution, par le contrat, des droits et avantages qu'elle tient de la loi ou de lui imposer des obligations plus étendues.

A son tour, le Conseiller national Schmutz a fait adopter par le Conseil National, le 22 mars 1934, un postulat

invitant le Conseil Fédéral à présenter un rapport sur les questions suivantes:

1. N'y a-t-il pas lieu, pour maintenir tout notre système de crédit sur des bases saines, de compléter le titre XX du CO sur le cautionnement par l'introduction d'un registre des cautionnements?

2. N'est-il pas indiqué de chercher à limiter pour le particulier, la faculté de s'engager par des cautionnements?

La question de cautionnement a été également abordée par les Chambres Fédérales à l'occasion de la discussion de la loi sur les banques. Le Conseil National aurait voulu obliger les banques à instituer un service d'informations réciproques sur les débiteurs et les cautions. La commission du Conseil des Etats reconnut la nécessité de lutter contre les abus du cautionnement, mais ne put se rallier à la décision du Conseil National. Elle vota le postulat suivant: „Le Conseil Fédéral est invité à examiner et à faire rapport sur la question de savoir si la conclusion d'engagements de cautionnements exagérés ne pourrait pas être limitée par l'introduction d'un registre des cautionnements accessible aux banques et, éventuellement, au public." La commission du Conseil National décida de substituer au postulat de la commission du Conseil des Etats une motion invitant le Conseil Fédéral à „présenter à l'Assemblée Fédérale, dans le délai d'un an, un projet de loi pour combattre les abus en matière de cautionnement". Le Conseil des Etats décida de ne pas prendre position à l'égard de cette motion et de s'en tenir au postulat de sa commission.

E. La réforme du cautionnement se présente sous deux aspects différents. Sous son aspect général, elle est liée à la réforme du crédit et, comme telle, embrasse une série de problèmes politiques, économiques et sociaux; sous son aspect spécial, elle est un problème purement juridique et concerne uniquement la révision des règles du CO sur le cautionnement. C'est sous cet aspect limité

que nous avons conçu la présente étude, mais comme tout le droit de cautionnement est dominé par la notion de sûretés, nous devons dire préalablement, sans trop nous y arrêter, quelques mots de la réforme du crédit.

Chapitre II.

La réforme du crédit.

A. On se plaint à juste titre des méthodes actuelles du crédit. Comme régulateur des échanges, le crédit a pour mission naturelle de procurer de l'argent à ceux qui en manquent. Mais comme l'argent prêté doit être rendu, il faut que le créditeur ne procure pas au crédité plus d'argent qu'il n'en peut rendre, sinon le crédit dépasse son but et de facteur de prospérité il devient cause de ruine. Or aujourd'hui, le crédit en est là; le crédit s'est commercialisé à l'excès et ceux qui font profession de prêter de l'argent, uniquement préoccupés du rendement immédiat de leurs affaires, ont perdu de vue le rôle économique et social de leur activité. Le crédit a ses limites qui sont dans les possibilités financières du crédité; lorsque celui-ci reçoit une somme d'argent qu'il peut faire fructifier et que, selon toutes probabilités, il pourra rendre, le crédit représente pour lui un avantage dont il ne peut se passer. Mais si le crédit lui permet de se procurer plus d'argent qu'il ne lui en faut et que le remboursement des sommes reçues s'avère d'emblée impossible, le crédit n'est plus, pour lui, qu'une dangereuse tentation. Le crédit normal, le crédit sain est celui qui ne procure pas au crédité plus d'argent qu'il ne peut rendre. Pour ramener le crédit au rôle qui est le sien et dont il s'est partiellement écarté, on peut envisager deux sortes de mesures:

d'une part, en considérant le crédit comme un facteur indispensable de la vie économique et sociale, on pourrait le soustraire aux influences purement mercantiles pour en faire une activité désintéressée, confiée à des organes n'ayant aucun but lucratif;

d'autre part, on pourrait lutter efficacement contre la facilité exagérée avec laquelle les crédits sont actuellement octroyés en limitant le cumul des garanties.

B. Des suggestions et propositions on été faites dans ces deux ordres d'idée; examinons en rapidement quelques-uns:

a) Pour „décommercialiser" le crédit, on a proposé plusieurs solutions:

une solution, inspirée de la doctrine socialiste et accueillie avec sympathie dans les milieux agricoles, consiste dans l'„étatisation du crédit foncier dans le cadre d'une socialisation générale des banques et du crédit"[5]). Il s'agirait de créer à cet effet une banque hypothécaire ou — ce qui est actuellement chose faite — une institution fédérale, centrale d'émission des lettres de gage;

une autre solution consiste à développer le cautionnement collectif sous la forme des caisses Raiffeisen et des coopératives de cautionnement. Des institutions de ce genre existent déjà en Suisse en assez grand nombre et sollicitent l'aide financière de la Confédération[6]). Telle est notamment la „Caisse de garantie financière pour ouvriers agricoles et petits paysans" créée en 1926 par l'Union suisse des Paysans. Ces institutions ont le grand mérite de contrôler les crédits accordés en ne donnant leur garantie qu'à bon escient.

b) Quant à la limitation des garanties par l'interdiction du cumul, signalons deux propositions:

La suppression du cautionnement des dettes hypothécaires. — Cette idée a été lancée dans le canton de Soleure à la fin de l'année dernière sous la forme d'une initiative populaire tendant à l'élaboration d'une loi dite: „Gesetz betreffend die Versicherung von Grundpfandschulden und die teilweise Entschuldung von Liegenschaften." L'idée des initiants est de créer une assurance

---

[5]) Le surendettement et le désendettement dans l'agriculture suisse, p. 62 et s.

[6]) Ibid. loc. p. 149.

des dettes hypothécaires; le risque assuré serait la dévaluation des immeubles et la perte qui pourrait en résulter pour les créanciers hypothécaires. Il s'agirait de remplacer le cautionnement par l'assurance pour la garantie des dettes hypothécaires non couvertes au moment de la réalisation du gage. Cette assurance serait obligatoire pour tous les immeubles situés sur territoire soleurois et entrainerait la suppression de tous les cautionnements contractés pour des créances garanties par des gages immobiliers. — L'initiative soleuroise, qui a recueilli facilement les 2000 signatures nécessaires, sera soumise au peuple dont il reste à attendre le verdict[7]).

La suppression du cautionnement des dettes de fermage. — Ce principe, qui repose sur l'idée que la créance de fermage est suffisamment garantie par le droit de retention du bailleur, a été proclamé récemment par l'„Association des fermiers bernois"[8]).

Chapitre III.

La réforme du cautionnement en particulier.

Section 1.

Les bases de la révision.

Sous le régime du CO de 1881 on se plaignait déjà de la trop grande facilité de conclure des contrats de cautionnement. Pour y remédier, on ajouta en 1911 à l'exigence de la forme écrite, celle de l'indication du montant maximum de la responsabilité de la caution. Et le rapporteur Hofmann disait au Conseil des Etats qu'il s'agirait

---

[7]) Voir dans: „Der Schweizer. Haus- und Grundeigentümer" du 1 décembre 1934: „Bürgschaftsablösung durch den Staat?" et dans: „Der Freisinnige" du 16 novembre 1934: „Versicherung statt Bürgschaft".

[8]) Requête du 7 janvier 1935 de l'Union suisse des Paysans concernant les „Mesures destinées à empêcher le surendettement de l'agriculture et à consolider la propriété foncière paysanne".

de voir si, en pratique, cette innovation réduirait le nombre des cautionnements. Elle ne les a pas réduits du tout de sorte que, sur ce point, il faut chercher autre chose.

On a constaté, d'autre part, que le cautionnement qui, au début, se confondait avec la solidarité, tend à s'en différencier; les liens de la caution se relâchant, les prêteurs exigent alors d'autres garanties et le cautionnement perd une partie de sa valeur pratique. Le mouvement contraire se reproduit et le cautionnement se rapproche à nouveau de la solidarité. Quand le cautionnement en est à ce dernier stade, l'obligation de la caution va très loin et le créancier jouit d'une garantie étendue. L'intérêt de la caution est souvent sacrifié à celui du créancier; lorsque les cautionnements sont nombreux, cela peut avoir des conséquences graves pour l'économie générale. Cette tendance est très marquée aujourd'hui, aussi la révision doit-elle se faire dans le sens d'un allègement des obligations de la caution; celles-ci devront être réduites au strict minimum exigé par le but de garantie du cautionnement.

Enfin, la conception traditionnelle selon laquelle le créancier a, dans le cautionnement, tous les droits et aucune obligation, doit être abandonnée. Le créancier, qui est le seul bénéficiaire du contrat de cautionnement, a le devoir légal d'user envers la caution d'un minimum d'égards afin de ménager, dans toute la mesure du possible, sa situation financière.

Tel est l'esprit dans lequel la révision du régime du cautionnement devrait, à notre sens, être entreprise.

Section 2.

La conclusion du contrat de cautionnement.

§ 1.

Conditions de capacité.

La capacité de conclure un contrat de cautionnement est la capacité ordinaire de contracter, c'est-à-dire que

toute personne ayant la capacité civile peut cautionner. Doit-on limiter cette capacité de cautionner; en d'autres termes, doit-on créer une incapacité spéciale de cautionner?

I.

L'Union suisse des paysans avait proposé d'admettre la possibilité de renoncer volontairement, contractuellement ou sur décision judiciaire, au droit de se porter caution[9]). On conçoit difficilement la possibilité de renoncer contractuellement au droit de cautionner; quelles seraient en effet les parties à un tel contrat? En revanche, l'idée d'une renonciation judiciaire au droit de cautionner ou, plus exactement, d'une privation judiciaire ou légale de ce droit mérite d'être examinée. Il s'agirait en somme de créer un nouveau degré d'incapacité venant après l'interdiction et la privation partielle de l'exercice des droits civils (art. 395 CCS).

Actuellement le droit de cautionner n'appartient pas aux personnes qui n'ont pas l'exercice complet de leurs droits civils, — ce qui va de soi. Mais indépendamment de ce cas, la loi connaît une interdiction de cautionner pour le débiteur qui est au bénéfice d'un sursis concordataire (art. 298 LP). C'est un cas d'interdiction légale et judiciaire. La législation actuelle de crise en connaît un second d'une portée beaucoup plus grande.

L'arrêté fédéral du 28 septembre 1934 instituant des mesures juridiques temporaires pour la protection des agriculteurs dans la gêne prévoit un certain nombre de mesures destinées à éviter le „réendettement" des débiteurs dont la situation a été assainie. Parmi ces mesures, l'art. 34 al. 3 dit: „Il est interdit au débiteur de contracter des cautionnements à peine de nullité." La durée de cette

---

[9]) Requête du 7 janvier 1935 de l'Union suisse des paysans au Conseil Fédéral au sujet des mesures destinées à empêcher le surendettement de l'agriculture et à consolider la propriété foncière paysanne.

interdiction est fixée par l'autorité de concordat, mais elle doit être au moins aussi longue que le sursis au remboursement des capitaux c'est-à-dire de quatre ans au moins. C'est dire que l'autorité de concordat peut prévoir une interdiction de cautionner de plus longue durée[10]).

L'idée qui est à la base de cette disposition est que celui qui n'a pu payer ses propres dettes n'a pas le droit de s'engager à payer celles des autres. Il y a là un principe juridique qui mérite d'être généralisé et de passer dans le droit commun. Le failli et le débiteur qui a fait homologuer un concordat ordinaire doivent être assimilés au pébiteur qui a obtenu un concordat d'assainissement agricole. On pourrait donc poser en principe que ces trois catégories de débiteurs n'ont pas le droit de cautionner; mais alors deux questions se posent, celle de la durée de l'interdiction et celle de ses effets à l'égard des tiers.

L'interdiction de cautionner doit durer aussi longtemps que subsiste la cause qui l'a provoquée, c'est-à-dire tant que le débiteur n'aura pas désintéresser ses créanciers. Il devra en être ainsi même pour le débiteur concordataire. Une telle mesure pourrait être maintenue et prolongée d'autant plus facilement qu'elle ne nuirait pas au débiteur qui en serait l'objet et qu'elle pourrait l'engager à rembourser ses créanciers perdants pour recouvrer la plénitude de ses droits civils.

La faillite et le concordat étant publiés, l'interdiction de cautionnement qui serait la conséquence de ces faits produirait ipso iure ses effets à l'égard des tiers. Il est vrai qu'une publication perd de son efficacité avec le temps et que les tiers pourraient ignorer de bonne foi que la personne dont le cautionnement est offert a été en faillite plusieurs années auparavant. C'est là sans doute un risque dont la sécurité juridique pourrait souffrir; mais ce risque n'existe-t-il pas au même degré pour l'interdiction qui ne se publie qu'une fois et qui peut durer des années?

---

[10]) Même idée exprimée dans la requête adressée au Conseil Fédéral le 13 février 1934 par la Ligue pour le peuple et la patrie.

II.

Qu'un individu cautionne et se ruine par ses cautionnements, c'est son affaire s'il est seul et le mal est limité; mais si cet individu a femme et enfants et que par ses cautionnements il ruine sa famille, le mal est plus grave. Car un homme qui cautionne peut compromettre tout d'abord les intérêts de sa femme; il peut porter atteinte à ses apports qui ne sont que partiellement garantis et à sa part d'acquêts qui ne l'est pas du tout. Il compromet aussi les intérêts de ses enfants en les privant des avantages que comporte la situation matérielle de leur père. Le droit du mari peut-il aller jusqu'à faire tort aux siens, par irréflexion ou inconscience? Nous ne le pensons pas, c'est pourquoi nous n'hésitons pas à dire qu'un époux ne devrait pouvoir s'engager qu'avec le cautionnement de l'autre.

Cette idée a été émise au printemps 1933 au Grand Conseil vaudois par le député Rubattel. Celui-ci, s'adressant à ses collègues, s'est exprimé comme suit: „On pourrait aussi concevoir une exigence nouvelle qui choquerait plusieurs d'entre vous peut-être: ce serait l'obligation, pour celui qui cautionne, d'avoir auparavant le consentement de sa femme. Vous savez le rôle essentiel, économique et moral, que joue la femme chez nous, à la campagne en particulier. Ceux d'entre vous qui habitent les villages de notre canton connaissent par leurs noms les domaines sauvés par la volonté persévérante, il faut bien le dire, des femmes qui y sont occupées. Or, ces femmes, ardentes au travail, y dépensant même au-delà de leurs forces, qui s'intéressent au premier chef au domaine familial, devraient être consultées. Il est hautement désirable en tout cas que l'on puisse mettre un frein aux signatures données sur une table d'auberge, par des hommes qui ne sont pas toujours de parfait sang-froid.“[11])

Nous pensons bien, avec Mr. Rubattel, que cette proposition soulèvera de vigoureuses protestations et de

[11]) Séance du 18 mai 1933.

nombreuses objections. On y verra une atteinte à la situation prépondérante du mari dans le mariage et une diminution de son autorité. Et pourtant elle ne heurterait aucune conception traditionnelle tandis qu'elle serait d'une efficacité incontestable.

L'homme marié s'engage sur ceux des biens matrimoniaux qui lui appartiennent (art. 195 al. 2 CCS). Or, ces biens matrimoniaux comprennent ses apports à lui, les apports de sa femme qui ont passé en sa propriété (art. 199, 201 al. 3) et les acquêts dont une partie doit revenir à la femme. Si, au point de vue purement juridique et spécialement à l'égard des tiers, le mari est bien propriétaire des biens matrimoniaux, au point de vue économique il en est plutôt le gérant pour le compte de l'union conjugale. Il doit être mis dans l'impossibilité de les mettre en péril dans un but complètement étranger à la communauté. C'est donc dans l'intérêt de la famille et, pour parler le langage du CCS, à titre de mesure protectrice de l'union conjugale, que se justifierait la disposition proposée; celle-ci trouverait sa place dans le droit de famille plutôt que dans le droit des obligations.

Il faudrait du reste faire au principe une première exception pour les personnes inscrites au registre du commerce et une seconde exception pour les époux séparés de biens.

III.

Nous proposons donc deux articles de loi qui pourraient être conçus comme suit:

A. Ceux qui, par suite de faillite, de concordat ou de tout autre arrangement judiciaire ont fait subir une perte à leurs créanciers, ne peuvent valablement cautionner tant et aussi longtemps qu'ils n'ont pas désintéressé intégralement leurs créanciers.

B. Un époux ne peut valablement cautionner sans le consentement de l'autre.

Cette disposition n'est pas applicable aux personnes inscrites au registre du commerce et aux époux séparés de biens.

§ 2.

Conditions de forme.

I.

Certaines législations considèrent le contrat de cautionnement comme un contrat purement consensuel dont la conclusion n'exige l'observation d'aucune forme. Toutefois, le cautionnement ne se présume pas et doit résulter d'une déclaration expresse. Tel est le système du droit français et des législations qui s'en inspirent. D'autres législations exigent la forme écrite; telles sont les législations allemande, autrichienne, polonaise, hongroise. La loi polonaise qui est récente (1933) exige en outre l'indication du montant maximum de la somme garantie.

En Suisse, l'évolution est connue. Le CO de 1881 se bornait à exiger l'observation de la forme écrite. A la commission d'experts, alors qu'on discutait, sur la proposition du gouvernement argovien, l'introduction du cautionnement des officiers publics, Schmid proposa de fixer dans la loi la responsabilité maximum de la caution. Oser proposa de limiter cette responsabilité, non pas dans la loi, mais dans chaque acte de cautionnement en particulier. Puis il proposa de faire de cette condition, non plus une condition spéciale au cautionnement des officiers publics, mais une condition générale applicable à tous les cautionnements. Cette proposition fut admise et passa dans la loi nouvelle[12]).

Malgré l'introduction successive de deux conditions de forme, la conclusion du contrat de cautionnement est demeurée trop facile. L'obligation d'indiquer le montant maximum de la somme cautionnée n'a pas créé un obstacle sérieux à la conclusion de cautionnements irréfléchis; elle a

[12]) Procès-verbaux de la commission d'experts, séance du 20 octobre 1908.

tout au plus créé une difficulté juridique qui a perdu de son importance au fur et à mesure que cette exigence entrait dans les moeurs. L'avantage qu'on pouvait attendre de cette innovation est allé en diminuant et aujourd'hui on peut dire qu'elle n'empêche pas la conclusion d'un seul cautionnement. Le but qu'on se proposait n'a pas été atteint. Il faut donc chercher le remède ailleurs et s'efforcer de limiter le nombre des cautionnements en subordonnant la conclusion de ce contrat à des conditions de forme plus sévères encore.

II.

Ce qui fait du cautionnement une institution dangereuse, c'est que la caution, au moment où elle s'engage, n'a rien à payer et qu'ainsi elle ne se rend pas compte de la portée de son engagement. Si c'est le cas, dira-t-on, le remède est simple: il suffit d'obliger la caution à payer quelque chose immédiatement afin de donner une forme concrète à son engagement. Pourquoi n'obligerait-on pas la caution à faire, au moment où elle s'engage, un versement immédiat, égal à un certain pourcent du capital cautionné (par ex. 10%). Ce versement pourrait être constitué en sûretés pour le créancier et consigné quelque part au nom de ce dernier et de la caution. Ce serait là une formalité essentielle en ce sens que la caution ne serait pas engagée avant d'avoir versé la somme prescrite. Cette somme, une fois consignée, ne pourrait être retirée que du consentement du créancier et de la caution ou sur décision judiciaire.

Ce système est attrayant par l'avantage pratique qu'il présente: il met immédiatement la caution en présence de sa responsabilité et donne une garantie au créancier. Sans doute, en présence d'une telle exigence verrait-on de nombreuses personnes refuser de cautionner; mais n'est-ce pas précisément le but cherché et n'aurait-on pas alors la certitude que ceux qui cautionneraient quand même le feraient en parfaite connaissance de cause sachant que „qui cautionne paie".

Nous faisons cependant à ce système une objection qui nous empêche de le proposer: il est excessif. Il serait tellement efficace pour lutter contre la conclusion de cautionnements irréfléchis qu'il dépasserait le but et tuerait l'institution qu'il s'agit simplement de guérir. Or, cela aussi serait un mal si l'on admet, comme nous, que le cautionnement conserve malgré tout son utilité.

III.

L'innovation dont on parle beaucoup depuis quelques années est le registre des cautionnements. L'Union suisse des paysans en a fait un article de son programme[13]) et un de ses représentants, le conseiller national Schmutz, l'a proposé dans le postulat qu'il a fait adopter par le Conseil National le 22 mars 1934[14]). Elle fut discutée dans la presse et proposée également dans la requête adressée au Conseil Fédéral le 13 février 1934 par la Ligue pour le Peuple et la Patrie.

Qu'attend-on en réalité d'un registre des cautionnements? On en attend deux choses:

d'une part, l'obligation pour la caution de donner à son engagement un certain caractère public en le contractant au grand jour, à l'abri des influences qui s'exercent souvent sur des personnes au caractère faible;

d'autre part, la possibilité pour le créancier de connaître les engagements de cautionnement que la future caution peut avoir antérieurement contractés.

Pour atteindre ce double but, tout cautionnement devrait être inscrit dans un registre public, à peine de nullité; l'inscription aurait donc un effet constitutif et le registre des cautionnements un caractère public aussi étendu que le registre du commerce, par ex. Il faudrait en outre, pour assurer à ce système, toute son efficacité exclure l'inscription par procuration. Il ne faudrait pas

---

[13]) Le surendettement et le désendettement dans l'agriculture, p. 143 et 152.

[14]) Voir ci-dessus chap. I D.

en effet que l'inscription puisse être requise par l'une des parties sur la production du contrat (comme c'est le cas, par ex., pour l'inscription des pactes de réserve de propriété); il faudrait au contraire que la caution soit tenue de se présenter elle-même au bureau du registre pour y apposer personnellement sa signature en présence du préposé. Cette règle ne devrait souffrir aucune exception. Si la caution était dans l'impossibilité de se présenter elle-même au bureau du registre des cautionnements, il faudrait prévoir, plutôt qu'une inscription par procuration, l'obligation pour le fonctionnaire préposé au registre de se rendre personnellement auprès de la caution pour y recueillir sa signature.

Ainsi organisé, le registre des cautionnements présenterait des avantages certains. Il rendrait plus difficile la conclusion des contrats de cautionnement en exigeant une démarche personnelle de la caution dont l'engagement serait publiquement connu. Il rendrait service aux créanciers en les mettant en garde contre l'acceptation de cautionnements offerts par des personnes déjà fortement engagées.

Néanmoins, ce n'est pas ce système là que nous proposons; il souffre d'un vice qui le rend inacceptable à nos yeux: il est bureaucratique. Un registre des cautionnements, si simple soit-il dans son organisation, provoquerait nécessairement une extension de l'administration de l'Etat. Il faudrait charger un fonctionnaire de la tenue de ce registre, établir des formulaires, élaborer, sinon des lois du moins des arrêtés et des réglements pour fixer les modalités d'inscription et de radiation; préciser de nombreuses questions de droit concernant le for, l'effet du changement de domicile; le cautionnement s'éteindrait-il par la radiation de l'inscription? L'Etat serait-il responsable en cas d'inscriptions ou de radiations erronées? En bref, ce serait une nouvelle branche de droit administratif qu'il s'agirait de créer. Or, c'est aujourd'hui ce dont on a le moins besoin; les lois, arrêtés, règlements de tous genres sont si nombreux

que le peuple n'arrive plus à les connaître et, par conséquent, à les respecter. La vie juridique aujourd'hui si compliquée doit être dirigée vers une simplification. Si un résultat possible par une solution administrative peut être atteint par une solution non administrative, il faut, sans hésiter, préférer celle-ci à celle-là. Or, le registre des cautionnements n'est pas la seule solution possible du problème posé.

IV.

Le système que nous préconisons consiste à soumettre la conclusion du contrat de cautionnement à l'observation de la forme authentique.

Ce qu'on veut en premier lieu, c'est rendre plus difficile la conclusion du contrat de cautionnement afin d'éviter les cautionnements irréfléchis. Or, l'acte authentique se prête parfaitement à cette exigence. Avec l'acte authentique, le cautionnement ne pourra plus être contracté instantanément dans un élan de générosité ou sous le coup d'un sentiment passager; il y aura deux étapes à franchir, l'une, l'accord des parties et l'autre, la constatation de cet accord par le notaire. Entre ces deux moments, il se passera un certain temps, généralement quelques jours, pour permettre au notaire de préparer l'acte. Pendant ce temps, la caution aura le temps de réfléchir et peut-être de se raviser. On évitera ainsi les cautionnements, très fréquents dans les régions agricoles, qui sont signés sur une table d'auberge; on évitera aussi les cautionnements signés chez le banquier où la caution, soumise à la double influence du créancier et du débiteur, a souvent de la peine à se soustraire à la pression qui s'exerce sur elle tandis qu'elle trouvera dans le cabinet du notaire une atmosphère plus sereine où sa volonté sera plus libre. Remarquons qu'à ce point de vue, la forme authentique serait plus efficace que le registre des cautionnements; si les parties se trouvent dans la localité même du bureau du registre, le consentement de la caution et l'inscription au registre pourront se faire, sinon simultanément, du

moins dans un espace de temps très court; la caution perdrait le bénéfice du temps qui est la meilleure défense contre l'irréflexion.

On dira que l'élément de publicité dont on attend beaucoup de bien avec le registre des cautionnements, ne se trouvera pas dans le système de l'acte authentique. Sans doute et encore faut-il distinguer:

Si l'on pense réduire le nombre des cautionnements en obligeant la caution à s'engager au grand jour, l'acte authentique, sans donner de la publicité à l'acte de cautionnement, remet cependant à un tiers non intéressé — le notaire — le soin de présider à la conclusion du contrat entre le créancier et la caution. Strictement, ce n'est pas là un élément de publicité, mais psychologiquement c'en est un. Cela peut suffire pour détourner de l'intention de cautionner ceux qui ne le font qu'à leur corps défendant et dans l'idée que leur engagement restera ignoré des tiers et spécialement de leur famille.

Si, en revanche, on voit dans la publicité du registre des cautionnements une garantie en faveur du créancier, cette garantie ne se trouve évidemment pas dans le système de l'acte authentique. Mais en fait est-ce le créancier ou la caution qui mérite le plus de protection?

Pour que le système proposé soit en même temps acceptable et efficace, il faut faire une exception à la règle et formuler une précision:

Il faut faire une exception pour les cautionnements de minime importance. La forme authentique est lourde et embarrassante pour un cautionnement de quelques dizaines, voire de quelques centaines de francs. Il faut une limite en deça de laquelle la forme écrite doit suffire. Cette limite pourrait être fixée à fr. 1000.—. Ce procédé, qui consiste à tenir compte de la valeur du contrat pour décider de la forme applicable, est sans doute incounu du droit suisse; mais si de sérieuses raisons militent en sa faveur, pourquoi ne pas l'accepter? Du reste, Rossel l'avait proposé avant 1911 en regrettant qu'on n'ait pas

admis le contrat verbal „pour des obligations de minime valeur“[15]).

Actuellement, le mandat de conclure un contrat authentique n'exige l'observation d'aucune forme[16]). Par conséquent, une personne peut donner verbalement à un tiers mandat d'acheter une maison pour son compte; cette possibilité enlève une partie de sa valeur protectrice à la forme authentique. C'est l'occasion de mettre un terme à cette situation et de prévoir, sinon d'une façon générale, du moins pour le contrat de cautionnement que la caution empêchée d'agir personnellement à l'acte de cautionnement, ne peut le faire par procuration que si cette procuration est faite elle-même en la forme authentique.

Le système de l'acte authentique pour le cautionnement présente sans doute l'inconvénient d'augmenter les frais; l'acte authentique coûte plus cher que la forme écrite qui ne coûte rien. Mais le registre des cautionnements lui aussi occasionerait des frais car il est bien probable que l'Etat ne laisserait pas échapper l'occasion de percevoir de nouveaux émoluments. Au surplus, cet inconvénient ne renferme-t-il pas lui-même un avantage si la crainte des frais met un nouvel obstacle à la conclusion de cautionnements irréfléchis?

Faire du cautionnement un contrat authentique, c'est combattre les abus du cautionnement par un système simple, facile et surtout qui ne demande rien à l'Etat; pas un fonctionnaire nouveau, pas de registres, pas de formulaires. C'est la réforme d'une institution avec les moyens existants. C'est, à nos yeux, un grand avantage.

V.

On vient de voir que le système de l'acte authentique n'est inférieur à celui du registre des cautionnements que sur un point: il ne renseigne pas les créanciers sur les autres engagements des cautions. Si c'est là un avantage

[15]) Manuel, ad art. 493.

[16]) ATF 57 II 504.

vraiment essentiel — ce que nous ne croyons pas — on pourrait envisager une combinaison des deux systèmes en invitant les notaires à communiquer à un office public les contrats de cautionnement reçus par eux. On se rapprocherait ainsi du registre des cautionnements, mais avec cette différence importante que le registre destiné à recevoir les avis de cautionnement des notaires serait un simple registre d'information; il n'aurait aucune portée juridique et les inscriptions qui y seraient faites n'auraient pas un effet constitutif.

Cette faculté devrait être laissée aux cantons qui pourraient, s'ils le veulent et en sentent le besoin, imposer cette obligation aux notaires. L'office destiné à recueillir ces renseignements pourrait être, par ex., le département cantonal de justice. Ce système serait simple et rendrait aux créanciers les mêmes services que le registre des cautionnements sans imposer à l'Etat les mêmes charges et les mêmes responsabilités.

VI.

Ces principes, résumés en articles de loi, pourraient être formulés comme suit:

La validité du cautionnement est subordonnée à l'observation de la forme authentique et à l'indication d'un montant déterminé jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue.

La forme écrite suffit pour les cautionnements inférieurs à fr. 1000.—.

Les cantons peuvent charger les officiers publics de communiquer à un office public qu'ils désigneront, les actes de cautionnement reçus par eux.

§ 3.

Conditions matérielles.

Le principe de la liberté du contrat s'applique au contrat de cautionnement comme aux autres contrats. Par conséquent, une personne peut valablement cautionner

pour une somme quelconque, même pour une somme qu'elle est hors d'état de payer ou qu'elle ne pourra payer qu'en se ruinant. Le cautionnement, pratiqué de cette façon, est la plus dangereuse des institutions. Mais peut-on parer efficacement à ce danger?

A. On a proposé de limiter légalement la responsabilité possible de la caution à un certain pourcent de sa fortune totale. On pourrait, par ex., prendre pous base le chiffre d'impôt de la caution et limiter à 10% de ce chiffre le montant possible des cautionnements. Ce système est cependant inadmissible pour cette première raison que rien n'est plus incertain qu'un chiffre d'impôt et ensuite parce qu'il faudrait connaître tous les cautionnements de la même personne afin que l'ensemble de ses engagements ne dépasse pas le 10% de la fortune imposée.

L'Union suisse des paysans défend ce principe de la limitation du cautionnement, mais elle renonce à fixer une limite en chiffres; elle se borne à demander que la somme garantie par les cautions soit „en rapport avec leur fortune et leurs revenus"[17]).

Ce postulat de la limitation légale de l'engagement de la caution est juridiquement difficile à réaliser car si l'on veut donner une portée juridique à cette limitation, il faudrait décider qu'un cautionnement est nul dans la mesure où il dépasse la limite légale. Mais alors on risquerait de créer de l'insécurité juridique aux dépens du créancier qui est hors d'état de connaître la situation financière exacte de la caution et que celle-ci peut induire intentionnellement en erreur sur sa véritable situation de fortune.

B. Une autre solution a été proposée par le conseiller national Schirmer dans sa motion du 8 décembre 1932[18]). Mr. Schirmer voudrait „obliger le créancier à se renseigner avant d'accepter un cautionnement sur la situation financière de la caution et sur les cautionnements qu'elle a déjà donnés"; comme moyen de renseignement, le créancier

---

[17]) Surendettement . . . p. 149.

[18]) Voir plus haut ch. I D.

devrait „exiger de la caution une déclaration écrite sur sa fortune et sur les autres engagements qu'elle pourrait avoir contractés au titre de caution". On peut faire plusieurs objections à ce système et en particulier celle-ci:

Qu'arrivera-t-il si la caution donne la déclaration prévue, mais la donne fausse? Prévoir qu'en pareil cas la caution serait libérée reviendrait à punir le créancier pour une faute de la caution, ce qui serait absurde. Ne rien prévoir, serait enlever toute valeur pratique à la déclaration de la caution. Punir pénalement la caution ne serait pas une solution pour la question civile.

D'autre part, le créancier auquel la caution remet une déclaration de sa fortune et de ses engagements sera certes renseigné sur la situation de la caution; mais si cette situation est mauvaise et que le créancier accepte néanmoins le cautionnement offert? Le but de protection de la caution ne sera plus atteint.

C. On pourrait peut-être tirer parti de ces deux solutions en les combinant ou, plus exactement, en complétant la proposition de Mr. Schirmer par celle de l'Union suisse des paysans. On déciderait qu'au moment où elle s'engage, la caution doit remettre au créancier „une déclaration écrite sur sa fortune et sur les autres engagements qu'elle pourrait avoir contractés au titre de caution" et que, à peine de nullité, le créancier ne peut accepter un cautionnement pour une somme supérieure au 20% (par ex.) de la fortune nette résultant de la déclaration de la caution. Si cette déclaration de la caution est fausse, ce sera tant pis pour la caution qui perdra le bénéfice de la protection offerte par la loi.

Malgré ses avantages, ce système ne nous enchante pas non plus car il est lourd et compliqué. Au surplus, il rendrait plus de services au créancier qu'à la caution à laquelle il n'offrirait aucune protection quand — pour des raisons peut-être excusables — elle donnerait un chiffre de fortune supérieur à sa fortune réelle. Nous renonçons d'autant plus volontiers à ce système que nous

proposerons plus loin une solution qui conduirait pratiquement au même résultat en envisageant la question, non plus au point de vue des conditions matérielles de la conclusion du contrat, mais au point de vue des causes d'extinction du cautionnement (voir plus bas section 3 § 5).

Section 3.

Les droits et obligations de la caution.

§ 1.

Le cautionnement solidaire.

I.

A. La garantie personnelle que constitue le cautionnement peut être d'étendue variable; en droit suisse, elle peut présenter les caractères suivants:

1. La caution peut s'engager à payer le créancier dès que la dette principale est exigible. C'est le cautionnement solidaire, qui est un cautionnement qualifié[19]).

2. La caution peut s'engager à payer le créancier dès que le débiteur principal est en faillite, c'est-à-dire postérieurement à l'exigibilité de la dette, mais avant la réalisation des biens du débiteur. C'est le cautionnement simple d'un débiteur commerçant.

3. La caution peut s'engager à payer le créancier dès que celui-ci a subi une perte dans la réalisation des biens du débiteur. C'est le cautionnement simple d'un débiteur non commerçant.

4. Enfin la caution peut s'engager à ne rembourser au créancier que la perte que lui fera subir son débiteur. Le montant de cette perte ne peut être connu et, par conséquent, la caution ne peut être recherchée qu'après la liquidation de la faillite du débiteur principal ou la réalisation de tous ses biens. Ce cautionnement — Schadlosbürgschaft, fidejussio indemnitatis — n'est pas

[19]) Becker, ad art. 496 n. 3.

réglementé expressément par le CO, mais les parties peuvent l'adopter par convention. La doctrine et la jurisprudence suisses reconnaissent ce type de cautionnement qui est d'un usage fréquent en Allemagne[20]). C'est une forme affaiblie du cautionnement simple dont il se distingue par la particularité suivante: dans la „Schadlosbürgschaft" le bénéfice de discussion fait partie intégrante de l'institution tandis que dans le cautionnement simple, le bénéfice de discussion n'est qu'une exception à laquelle la caution peut valablement renoncer[21]). On se demande du reste si cette institution juridique est encore un cautionnement ou si elle n'est pas plutôt un contrat de garantie[22]).

Celui de ces quatre types de cautionnement qui offre au créancier la garantie la plus étendue est donc le cautionnement solidaire. Mais en quoi consiste exactement l'avantage que présente pour le créancier le cautionnement solidaire par rapport au cautionnement simple (et à la „Schadlosbürgschaft" que nous laissons de côté vu son peu d'importance)?

Cet avantage est essentiellement dans l'ordre du temps. Ce à quoi le créancier tient le plus après la sécurité c'est la liquidité de sa créance. Or, dans le cautionnement solidaire, cette exigence est satisfaite dans toute la mesure du possible. Le créancier peut demander immédiatement le paiement à la caution solidaire tandis qu'il ne peut le demander à la caution simple qu'après la mise en faillite du débiteur principal ou la réalisation de ses biens. Le créancier a des chances d'être payé plus tôt avec une caution solidaire qu'avec une caution simple; il peut demander le paiement à la caution solidaire sans avoir besoin de poursuivre le débiteur principal.

C'est dans ces deux avantages que réside l'intérêt du créancier de posséder une caution solidaire plutôt

[20]) Oser, ad art. 492 III 5. Dans le doute, le cautionnement des officiers publics est une „Schadlosbürgschaft", cf. Becker, ad 509 n. 13; ZJZ 24 171 38.

[21]) Reichel, SJZ 13 211.

[22]) Raaflaub, Die Solidarbürgschaft im Bankverkehr, p. 29.

qu'une caution simple. Mais, à cet intérêt, somme toute minime, s'oppose l'intérêt contraire de la caution et de la collectivité:

1. Pour la caution, la différence, suivant qu'elle est caution simple ou caution solidaire, se manifeste aussi en premier lieu dans l'ordre du temps; la caution sera recherchée plus tard si elle est caution simple que si elle est caution solidaire[23]). Si cette différence était la seule qui distingue l'un de l'autre les deux types de cautionnement, elle serait si peu importante qu'il ne vaudrait pas la peine d'en parler. Il y a autre chose. La caution simple peut, en invoquant le bénéfice de discussion, exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur principal jusqu'à la saisie infructueuse ou jusqu'à la faillite; par ce moyen, elle l'oblige à exercer sur le débiteur principal une pression qui souvent le fera payer. Les juges et les avocats connaissent bien cette catégorie de débiteurs gênés, mais surtout négligents qui ne paient que sous la menace et souvent même à la veille de la faillite. L'expérience ne prouve-t-elle pas que jusqu'au dernier moment des créanciers sont payés intégralement parce que le débiteur, pour éviter la faillite, fait un effort suprême? Ces créanciers doivent à leur seule diligence le privilège d'être payés. En obligeant le créancier à poursuivre préalablement le débiteur principal, on oblige souvent ce dernier à payer et on réduit d'autant le nombre des cas dans lesquels la caution doit intervenir. Inversement, en dispensant le créancier de l'obligation de poursuivre préalablement le débiteur principal, on fait souvent payer la caution quand cela ne serait pas nécessaire parce que le débiteur principal n'est pas hors d'état de payer sa dette.

La différence entre le cautionnement simple et le cautionnement solidaire est encore plus marquée dans le cas où le débiteur principal est soumis à la poursuite par voie de saisie. Dans ce cas, le créancier doit pousser la poursuite jusqu'au bout, c'est-à-dire jusqu'à la réalisation

[23]) Schneider et Fick, ad 495 n. 4.

avant de s'adresser à la caution. Le produit de la réalisation réduira d'autant sa créance et la caution aura des chances de n'être recherchée que pour un montant inférieur au montant primitif de la créance cautionnée.

La situation de la caution solidaire est donc sensiblement plus grave que celle de la caution simple: a) parce qu'elle peut être recherchée plus tôt, b) parce qu'elle a plus de risques d'être recherchée et c) parce qu'elle court le risque d'être recherchée pour une somme plus élevée.

2. La collectivité tout entière a intérêt à ce que le cautionnement solidaire ne l'emporte pas sur le cautionnement simple. Comme on vient de le voir, le cautionnement solidaire permet au créancier de poursuivre la caution dans des cas où le débiteur principal n'est pas hors d'état de payer lui-même sa dette. Dans le cautionnement solidaire, le créancier peut poursuivre le débiteur principal et la caution simultanément tandis que le cautionnement simple l'oblige à les poursuivre successivement en commençant par le débiteur principal. Le cautionnement solidaire permet donc de poursuivre deux individus, de réaliser leurs biens, de compromettre deux situations économiques et peut-être de priver deux familles de leurs moyens d'existence alors que cette double poursuite n'est pas absolument nécessaire à la sauvegarde des intérêts du créancier. Celui-ci arriverait également à ses fins si on l'obligeait, dans tous les cas, à poursuivre en premier lieu le débiteur principal et la caution seulement pour le découvert éventuel. La menace dirigée contre la caution serait d'emblée limitée. On se plaint vivement aujourd'hui du tort considérable causé à la fortune privée par les réalisation forcées. Economiquement parlant, la réalisation forcée est le mode de réalisation le plus irrationnel et le plus défavorable aux intérêts du débiteur puisqu'il ne peut tenir compte d'aucun élément d'opportunité. Tant que la loi ne prévoiera pas, comme d'aucuns le demandent, un minimum en deçà duquel l'adjudication ne pourra être

donnée[24]), l'exécution forcée exposera le débiteur à la vente de ses biens à vil prix. En cas de crise économique, quand les poursuites et les réalisations sont nombreuses, ce système peut tourner au malheur public. Aussi est-ce à juste titre que récemment un député a jeté un cri d'alarme au Conseil National en demandant au Conseil Fédéral de prendre des mesures pour qu'on „ne dilapide pas le patrimoine national"[25]) et que l'Union suisse des paysans demande avec insistance la limitation des ventes forcées[26]).

A ce point de vue là, les mesures qui s'imposent sont toutes celles qui tendent à limiter les cas de poursuite quant à leur nombre et à leur montant; et parmi ces mesures celles qui affirment la priorité du cautionnement simple sur le cautionnement solidaire mériteront tout spécialement d'être prises en considération car le cautionnement solidaire multiplie inutilement les cas de poursuite.

B. Le cautionnement solidaire a existé bien avant le cautionnement simple, ce dernier n'étant apparu qu'à l'époque de Justinien avec le bénéfice de discussion. Et pourtant, cette institution juridique n'est théoriquement pas indispensable.

Le cautionnement peut accomplir sa mission sans revêtir la forme de la solidarité. Le cautionnement simple offre une garantie suffisante au créancier auquel il donne la possibilité de réclamer le paiement intégral de sa créance. Il peut même exiger de la caution les intérêts de retard ainsi que les frais de poursuites et d'action, art. 499/I. En accordant davantage au créancier, on dépasse le but.

D'autre part, l'avantage minime que la clause de solidarité procure au créancier est sans rapport avec les charges supplémentaires très lourdes qu'elle impose à la caution et du préjudice général qu'elle cause à la collectivité.

---

[24]) Carry, ZSR 1932 p. 476a.

[25]) Motion Schirmer du 11 octobre 1933.

[26]) Surendettement . . . p. 146, 150, 151.

Est-ce à dire que le cautionnement solidaire doit être supprimé? La proposition en a été faite et théoriquement ce serait concevable, sinon même désirable. Pratiquement cependant, la suppression du cautionnement solidaire est impossible, tant sont nombreux les moyens qui permettraient de tourner une telle interdiction. Il y a notamment si peu de différence entre le cautionnement solidaire et l'engagement solidaire de deux débiteurs que cette dernière institution, qui peut parfaitement bien jouer le rôle économique de la caution[27]), serait simplement utilisée à la place du cautionnement solidaire. Le créancier aurait des droits tout aussi étendus, mais le débiteur solidaire-caution serait moins bien placé que la caution dont il ne jouirait pas de tous les privilèges (en particulier des exceptions résultant du caractère accessoire de la dette, art. 501, 502, 503). La situation ainsi créée serait plus mauvaise que celle à laquelle on aurait voulu remédier. Il faut donc se résigner à conserver le cautionnement solidaire, mais en le limitant sur deux points:

II.

A. En vertu de l'art. 496/I CO, le créancier peut poursuivre la caution solidaire avant de s'adresser au débiteur principal. Il n'a donc pas besoin de faire la preuve que le débiteur principal ne paie pas; il n'a pas même besoin de s'enquérir de l'intention du débiteur; il peut poursuivre la caution, la mettre en faillite, réaliser ses biens, alors même que le débiteur principal aurait payé s'il avait été invité à le faire.

Une telle caution ressemble étonnamment à un débiteur solidaire; n'en est-elle pas un? La doctrine et la jurisprudence le contestent et entendent laisser à la caution solidaire son caractère de caution[28]). La différence entre les deux institutions réside uniquement dans le caractère acces-soire

---

[27]) Oser, ad art. 148 CO n. 3a.

[28]) Oser, ad art. 496 n. 3b; Planiol et Ripert, Droit civil, XI p. 898.

de l'engagement de la caution solidaire[29]). Cette différence est sans doute importante car elle met la caution solidaire au bénéfice d'une série d'exceptions qui n'appartiennent pas au débiteur solidaire, — mais elle n'est pas suffisante. L'engagement de la caution solidaire doit avoir en outre un caractère subsidiaire.

B. Le caractère subsidiaire de l'engagement de la caution est-il un élément essentiel du contrat de cautionnement?

Historiquement, ce n'est certainement pas le cas. En droit romain, le cautionnement était un contrat principal avant de devenir un contrat accessoire; le bénéfice de discussion n'a pas changé sa nature car il était toujours loisible à la caution de renoncer à ce bénéfice de discussion. Le droit germanique faisait de la caution une sorte de médiateur chargé de faire payer le débiteur principal; le créancier devait s'adresser à elle en premier lieu, sinon il perdait ses droits contre elle[30]). Une situation analogue a subsisté jusqu'au milieu du siècle dernier dans le droit coutumier neuchâtelois: le créancier qui poursuivait le débiteur principal avant la caution perdait ses droits contre elle[31]). En droit commun, le cautionnement solidaire était la règle[32]) de même qu'en droit anglais actuel qui ignore le bénéfice de discussion[33]).

Néanmoins, le mouvement qui pousse le cautionnement à s'éloigner de la solidarité doit nécessairement aboutir à faire de l'engagement de la caution un engagement subsidiaire comme on a donné au contrat de cautionnement lui-même un caractère accessoire.

Schulthess n'hésite pas à faire du caractère subsidiaire de l'engagement de la caution un élément essentiel du contrat de cautionnement. Il voit dans la subsidiarité

---

[29]) ATF 50 II 404; Oser, ad 496 n. 3a.

[30]) Heusler, Inst. des deutschen Priv.R. II p. 252.

[31]) Matile, Déclarations de points de coutume, p. 202.

[32]) Becker, rem. prélim. au titre 20 n. 1.

[33]) Kuhn, Principes de droit anglo-américain, p. 263.

la simple conséquence dans le temps du caractère accessoire du cautionnement[34]).

Tout le droit de cautionnement est dominé par la notion de sûreté; or, par sa nature, la sûreté est un moyen auquel on ne doit faire appel qu'en cas de besoin, c'est-à-dire dans les cas où le débiteur principal n'exécute pas son obligation.

Dans la conscience juridique du peuple, le cautionnement est un engagement subsidiaire. Reichel, puis Oser le reconnaissent implicitement en disant que si le créancier peut poursuivre la caution avant de s'adresser au débiteur principal, les convenances et les bonnes moeurs exigent cependant qu'il s'adresse au débiteur principal en premier lieu[35]). Si l'on voulait pousser jusqu'au bout la logique de ce raisonnement, il faudrait donner une exception de dol à la caution solidaire poursuivie avant le débiteur principal. De là à admettre que le cautionnement a nécessairement un caractère subsidiaire, il n'y a qu'un pas.

Enfin, le caractère subsidiaire est en tout cas inhérent à un type de cautionnement, la „Schadlosbürgschaft".

Nous pensons donc que la subsidiarité doit exister dans le cautionnement; elle peut s'y trouver à des degrés divers d'intensité, mais elle doit s'y trouver, même dans le cautionnement solidaire.

C. Si l'engagement de la caution est subsidiaire, la caution ne peut être recherchée que si le débiteur principal n'exécute pas son obligation à l'échéance ou ne l'exécute qu'imparfaitement. Mais pour savoir si le débiteur principal n'exécute pas son obligation, il faut nécessairement s'en informer; or, le créancier qui use de la faculté que lui donne l'art. 496 CO et qui poursuit la caution avant de s'adresser au débiteur principal, ne peut pas savoir si celui-ci était disposé à s'exécuter. Pour donner à l'engagement de la caution le caractère subsidiaire qui lui manque et qu'il doit avoir, il suffit donc de supprimer la faculté

[34]) ZSR n. s. 44 p. 94.

[35]) Oser, ad art. 496 n. 3a.

du créancier de poursuivre la caution avant de s'adresser au débiteur principal.

Oser reconnaît que, même dans le cautionnement solidaire, le créancier ne peut poursuivre la caution que si le débiteur principal n'exécute pas son obligation ou ne l'exécute qu'imparfaitement[36]). Mais quand sait-on exactement que le débiteur principal ne s'exécute pas ? On pourrait prévoir une constatation officielle comme c'est le cas, par ex., en droit de change avec la formalité du protêt. C'est le protêt qui constitue la condition formelle de l'exigibilité de cette créance qu'est le recours de change. Ne pourrait-on pas prévoir une institution analogue en matière de cautionnement et exiger, par ex., que le créancier somme le débiteur principal de payer avant de s'adresser à la caution ? C'est ce qu'exige notamment le droit autrichien (art. 1355) qui subordonne l'exercice du droit du créancier contre la caution à des sommations judiciaires et extrajudiciaires du créancier au débiteur principal.

Il nous semble cependant qu'il n'est pas nécessaire de créer de nouvelles institutions juridiques et que les moyens existants suffisent. La première manifestation certaine de la carence du débiteur réside dans sa mise en demeure. Or, la procédure de mise en demeure, telle qu'elle est organisée par les art. 102 et s. CO procure de façon suffisante la preuve nécessaire au déclenchement de l'action du créancier contre la caution. L'engagement de la caution solidaire aura donc le caractère subsidiaire désiré si l'on n'autorise le créancier à ne s'adresser à la caution que dès le moment où le débiteur principal est en demeure.

On pourra objecter qu'une mise en demeure n'exige pas nécessairement une interpellation du créancier (art. 102 et 108 CO) et qu'alors le créancier pourra quand même actionner la caution avant de s'adresser au débiteur principal. C'est exact, mais cela n'enlève pas sa valeur au moyen proposé. Ce qu'on veut éviter, c'est que le créancier puisse poursuivre la caution avant de savoir

[36]) Oser, ad art. 496 n. 3a.

si le débiteur principal payera. Or, la certitude qu'il ne payera pas existe dès qu'il est en demeure, même s'il est en demeure sans interpellation[37]).

III.

Le cautionnement simple est plus conforme à la véritable intention des parties que le cautionnement solidaire. Pour le peuple, le cautionnement étant une sûreté, la caution ne doit payer qu'à défaut du débiteur principal. La caution ne comprend plus aujourd'hui qu'elle puisse être obligée de payer la dette, même avant le débiteur principal. Nous en voulons pour preuve l'affirmation, déjà citée, de Oser que, même dans le cautionnement solidaire les convenances et les bonnes moeurs exigent que le créancier s'adresse tout d'abord au débiteur principal; c'est aussi l'avis de Tobler disant que le bénéfice de discussion — autrement dit le cautionnement simple — est si profondément enraciné dans la conscience du peuple qu'il doit être respecté indiscutablement[38]).

Néanmoins si, pour le peuple, le mot cautionnement est synonyme de cautionnement simple, c'est le cautionnement solidaire qui est le plus fréquent. Cela tient au fait que la différence entre le cautionnement simple et le cautionnement solidaire échappe généralement à celui qui souscrit un cautionnement; le public sait ce qu'est un cautionnement, il ignore ce qu'est une obligation solidaire. Rare est la caution qui se rend compte — à moins d'être juriste, mais ce ne sont pas les juristes qui cautionnent le plus — que suivant que le texte de son cautionnement contient ou ne contient pas le mot „solidaire" son engagement sera d'étendue bien différente. Il est rare aussi que

---

[37]) Voir un arrêt de la Cour d'Appel du canton de Berne qui a admis, dans un cas particulier, un cautionnement de ce genre se plaçant entre le cautionnement simple et le cautionnement solidaire, Z.d.J.V. 30 331.

[38]) Tobler, Der Schutz des Bürgen gegen den Gläubiger, p. 86.

celui qui souscrit un engagement de cautionnement solidaire veuille „sciemment" renoncer au bénéfice de discussion. A vrai dire, la caution ne remarque généralement pas même ce mot de „solidaire" inséré dans un texte compact. La clause de solidarité est devenue clause de style[39]). Il est nécessaire de réagir contre cette tendance qui fait prendre à la caution des engagements qu'elle n'entend pas prendre en réalité et de créer une pratique plus conforme au principe de la réelle et commune intention des parties qui domine tout le CO.

Il faut protéger la caution en empêchant qu'elle ne renonce au bénéfice de discussion sans comprendre le sens et la portée de son acte. La renonciation au bénéfice de discussion qui, d'après le Tribunal Fédéral[40]) peut même être tacite — ce qui va trop loin — doit tout au moins être expresse. Mais celui qui signe un engagement de cautionnement contenant le mot „solidaire" ne renonce-t-il pas déjà expressément au bénéfice de discussion? C'est indiscutable et c'est insuffisant.

Pour éviter cette équivoque constante, cette erreur journalière qui fait prendre un engagement de cautionnement solidaire à celui qui, en réalité, ne veut assumer qu'un cautionnement simple, nous ne voyons qu'un moyen: il faut réserver le cautionnement solidaire aux gens expérimentés en affaires, à ceux qui ont l'habitude des textes juridiques, des contrats, en un mot aux commerçants. Ceux-ci connaissent ou du moins sont censés connaître la différence qu'il y a entre le cautionnement simple et le cautionnement solidaire; quand ils assument un engagement de cautionnement, on a presque toujours la certitude qu'ils savent ce qu'ils font et que c'est en parfaite connaissance de cause qu'ils renoncent aux avantages du cautionnement simple. Avec ce système on aurait ainsi, d'une part, un cautionnement ordinaire, applicable à chacun — le cautionnement simple — et, d'autre part, un cau-

[39]) Baudry-Lacantinerie, II p. 777.
[40]) ATF 47 II 349.

tionnement qualifié, applicable aux seuls commerçants — le cautionnement solidaire.

On pourrait renouveler ici l'objection que nous avons faite à propos de la suppression pure et simple du cautionnement solidaire: l'interdiction aux non-commerçants de souscrire des cautionnements solidaires pourra être tournée par des engagements de codébiteurs solidaires. Cette objection est sérieuse, mais il n'est pas impossible de parer au risque qu'elle dénonce. Il suffira d'étendre la norme protectrice à l'engagement pris par une personne comme débiteur solidaire lorsque cet engagement est destiné à remplir économiquement le rôle d'un cautionnement.

Le système que nous proposons ici nous paraît acceptable; il ne nuit pas aux intérêts des créanciers, notamment des banques qui pourront, comme par le passé, exiger des cautionnements solidaires de leurs clients commerçants, mais qui devront se contenter de cautionnements simples dans leurs relations avec leurs autres clients (agriculteurs, artisans, etc.).

IV.

Résumés en articles de loi, les principes qui viennent d'être sommairement développés pourraient être formulés comme suit:

> Si la caution s'oblige avec le débiteur principal en prenant la qualification de caution solidaire, de codébiteur solidaire ou tout autre équivalente, le créancier peut la poursuivre dès que le débiteur principal est en demeure.
>
> Le cautionnement solidaire n'est permis qu'aux personnes inscrites au registre du commerce; il en est de même de l'engagement assumé par une personne comme débiteur solidaire lorsque cet engagement est en réalité un cautionnement déguisé.

§ 2.

Le cautionnement simple et le bénéfice de discussion.

A. Le bénéfice de discussion permet à la caution d'exiger du créancier qu'il poursuive préalablement le débiteur principal[41]). Comme on l'a vu plus haut, il constitue pour la caution un allègement qui se manifeste de trois façons:

en diminuant le risque qu'elle a d'être recherchée car la poursuite du créancier exerce sur le débiteur une pression qui peut l'engager à payer;

en retardant le moment où elle sera recherchée;

en lui permettant d'imputer sur sa dette le produit de la réalisation des biens du débiteur principal, ce qui lui donne l'espoir de ne pas être recherchée pour la dette entière.

Le premier de ces effets peut être nul si le débiteur est réellement dans l'impossibilité de payer; le deuxième n'apporte à la caution qu'un soulagement temporaire et limité; en revanche, le troisième est le plus utile à la caution car, sauf le cas, relativement rare, de l'absence totale de biens, la discussion du débiteur principal produira une certaine somme qui réduira d'autant la dette de la caution. Pour que le bénéfice de discussion produise tous ses effets, il faut donc que le créancier soit tenu, non pas seulement d'intenter une poursuite, mais de pousser cette poursuite jusqu'à la réalisation des biens du débiteur.

Cette notion du bénéfice de discussion ne nous paraît pas contestable. En droit romain, le bénéfice de discussion était le droit de la caution de renvoyer le créancier au débiteur principal „dont il devait faire vendre les biens afin de constater son insolvabilité"[42]). En droit français, Planiol et Ripert font remarquer que, pour la caution,

---

[41]) Oser, ad. 495 n. 1b.

[42]) May, Droit romain, p. 495.

l'avantage du bénéfice de discussion est surtout dans l'espoir de n'être pas obligé de payer la dette ou, tout au moins, de n'avoir à la payer que partiellement. „En effet, ce qu'elle aura à verser sera diminué de tout ce que le créancier aura pu obtenir du débiteur principal.“ [43]) Enfin, dans le langage courant de la langue française, discuter les biens d'un débiteur signifie „rechercher ses biens pour les faire vendre par autorité de justice“ (cf. Larousse).

B. Si l'on part de l'idée que le bénéfice de discussion permet à la caution d'exiger du créancier qu'il réalise préalablement les biens du débiteur principal, il faut constater que le droit suisse conçoit le bénéfice de discussion d'une façon trop étroite. Alors que le bénéfice de discussion produit tous ses effets quand le débiteur principal est soumis à la poursuite par voie de saisie, il n'est presque d'aucun secours pour la caution d'un débiteur poursuivable par voie de faillite. Dans ce cas, en effet, la dette de la caution devient exigible au moment de la déclaration de faillite, c'est-à-dire avant qu'aucun des biens du débiteur principal n'ait été réalisé. Il s'en suit que le risque assumé par la caution est plus grand lorsque le débiteur principal est inscrit au registre du commerce que lorsqu'il ne l'est pas; s'il n'est pas inscrit, la caution ne sera recherchée que pour la dette primitive réduite du produit de la réalisation des biens du débiteur; s'il est inscrit, la caution sera toujours et nécessairement recherchée pour le montant intégral de la dette primitive.

Le législateur, qui pourrait supprimer le bénéfice de discussion, peut sans doute ne l'admettre que dans une mesure limitée; il pourrait notamment le subordonner à des conditions objectives tirées de la situation de fortune du débiteur principal. Mais, ce qui nous paraît anormal, c'est que la loi suisse fasse dépendre l'étendue du bénéfice de discussion de la qualité du débiteur principal, c'est à-dire du fait qu'il est commerçant ou non commerçant.

---

[43]) Droit civil, vol. XI p. 895.

Il y a là une anomalie qui, croyons-nous, n'a pas été voulue.

Lors de l'adoption du CO le 30 novembre 1881, les notions de „poursuite par voie de faillite" et „poursuite par voie de saisie" n'étaient pas encore fixées en droit fédéral. On ne savait pas encore si la saisie et la faillite seraient également applicables à chacun ou si ces deux modes de poursuites seraient réservés à des catégories spéciales de débiteurs. A ce moment-là, la LP était à l'étude; un projet Heusler, de 1870, prévoyait comme but de la poursuite la faillite pour toutes les créances non garanties par gage et pour les créances garanties, en premier lieu la saisie puis, de nouveau la faillite pour la partie non couverte par le gage. C'était un système uniforme de poursuite tendant dans tous les cas à la faillite. La Société suisse des juristes, réunie à Zoug le 5 septembre 1881, vota une résolution demandant au Conseil Fédéral de présenter aux Chambres Fédérales le plus tôt possible un projet de loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite. C'est à cette occasion que fut soulevée, pour la première fois, la question de savoir s'il y avait lieu de faire une différence entre les commerçants et les non commerçants. Cette question fut résolue négativement par 60 voix contre 6. L'année suivante parut un projet Oberer qui reposait sur les principes suivants: L'exécution spéciale — ou saisie — est applicable à toutes les créances garanties par gage et à toutes les créances non garanties jusqu'à un maximum de fr. 100.—; l'exécution générale — ou faillite — s'applique à toutes les créances non garanties dépassant le montant de fr. 100.—. C'est le projet du Conseil Fédéral de 1886 qui a posé les bases de la loi actuelle et fait, pour la première fois, la différence entre commerçants et non commerçants pour soumettre les premiers à la poursuite par voie de faillite et les seconds à la poursuite par voie de saisie[44]).

---

[44]) Carry, ZSR 1932 p. 435a.

Il résulte de ces quelques considérations historiques qu'en 1881, l'idée de faire dépendre le mode de poursuite de la qualité de commerçant ou de non commerçant du débiteur venait seulement d'être émise et que, dans les milieux de juristes elle était presque unanimement rejetée. On peut donc dire que le législateur de 1881, en faisant tomber le bénéfice de discussion quand „le débiteur principal est en faillite" et quand „les poursuites exercées contre lui sont demeurées infructueuses" avait en vue, non pas deux catégories différentes de débiteurs, mais deux moments différents dans la situation de fortune du débiteur principal. Le risque couru par la caution n'était pas plus ou moins grand suivant la qualité du débiteur principal, mais suivant son état de fortune. C'était-là et ce doit être encore aujourd'hui le véritable sens de la loi.

Il est vrai que des législations étrangères, telles que les législations allemande et française rendent, elles aussi, la dette de cautionnement exigible dès que le débiteur principal a été poursuivi infructueusement et dès qu'il est en faillite. Mais, ni la France, ni l'Allemagne ne connaissent une procédure d'exécution semblable à la nôtre. En Allemagne, la loi assimile complètement les commerçant et les non commerçants en les soumettant tous à la faillite; plus exactement, elle prévoit un régime mixte de saisie et de faillite qui ne tient aucun compte de la qualité du débiteur, mais considère exclusivement sa situation de fortune. En France, tous les débiteurs, commerçants ou non, sont soumis à l'exécution spéciale par voie de saisie; la faillite des commerçants n'intervient que lorsqu'il y a cessation de paiements[45]). Dans ces législations, la saisie et la faillite ne sont donc pas deux institutions qui s'appliquent chacune à des catégories différentes d'individus; ce sont deux institutions qui s'appliquent aux mêmes individus, mais à des moments différents. En Allemagne et en France, la faillite et la saisie sont des institutions qui peuvent s'appliquer successivement au même indi-

[45]) Carry, p. 435a.

vidu tandis qu'en Suisse elles s'excluent dans une même poursuite (sauf le cas de l'art. 191 LP). Dans ces deux pays, il est donc normal que la faillite du débiteur principal fasse tomber le bénéfice de discussion car la faillite peut être précédée d'une exécution spéciale ce qui, dans la règle, n'arrive pas en Suisse. On comprend qu'une caution soit privée du bénéfice de discussion parce que la situation financière du débiteur principal est telle qu'elle appelle la faillite; on comprend moins qu'elle en soit privée — partiellement du moins — parce que le débiteur doit, à sa qualité de commerçant le fait de sa faillite.

C. Afin de remédier à cette situation anormale, il faut fixer l'étendue du bénéfice de discussion, non plus selon la qualité du débiteur principal, mais selon sa situation financière ou plus exactement selon sa capacité de paiement. Pour cela, il faut mettre toutes les cautions sur le même pied et, dans la faillite comme dans la saisie, subordonner à la réalisation complète des biens du débiteur, le droit du créancier de poursuivre la caution. Une telle solution n'a rien d'extraordinaire.

La différence de traitement entre les deux cautions est souvent expliquée par le temps qu'exige la liquidation d'une faillite[46]). Cet argument n'est pas absolument pertinent. Une réalisation par voie de faillite n'est pas nécessairement plus longue qu'une réalisation par voie de saisie. La faillite doit être liquidée dans le délai de six mois; ce délai est souvent dépassé, mais il arrive aussi qu'il n'est pas entièrement utilisé. D'autre part, une poursuite par voie de saisie peut, elle aussi, durer six mois et même davantage, notamment si la saisie a des immeubles pour objets ou si le débiteur a obtenu l'autorisation de s'acquitter en quatre mois, art. 123 LP, ou, comme c'est momentanément le cas, en huit mois, arrêté féd. du 22 décembre 1933. La raison qui permet d'imposer un délai d'attente au créancier d'un débiteur non commerçant vaut tout aussi bien pour le créancier d'un commerçant.

[46]) Becker, ad 495 n. 7.

D. Si notre proposition était admise, l'art.495 al. 1 CO devrait prendre la forme suivante:

Le paiement ne peut être exigé de la caution simple que si la réalisation des biens du débiteur, par voie de saisie ou par voie de faillite, n'a pas permis de désintéresser complètement le créancier ou si le débiteur ne peut plus être recherché en Suisse.

§ 3.

Le cautionnement et le droit de gage.

I.

A. Lorsqu'une créance est garantie simultanément par un gage (constitué par un tiers) et par un cautionnement, on peut se demander laquelle de ces deux garanties doit, en définitive, supporter le poids de la dette. Dans le système actuel du CO, ce peut être les deux. En effet:

Si la caution paie le créancier, elle est subrogée aux droits, principaux et accessoires, de ce dernier. Elle peut alors faire valoir, avec la créance principale, le droit de gage qui la garantit. En pareil cas, c'est alors le droit de gage qui supporte en définitive le poids de la dette.

Mais si c'est le constituant du gage qui paie le créancier, il libère, par son paiement le chose mise en gage. Dans ce cas, c'est lui qui est subrogé aux droits du créancier en vertu des art. 827/II CCS et 110 ch. 1 CO; il est notamment subrogé aux droits du créancier pour la créance accessoire de cautionnement[47]). C'est alors la caution qui supporte le poids final de la dette.

Cette situation est curieuse; elle permet à celui des deux intéressés — constituant du gage et caution ou, comme on dit en France, caution réelle et caution personnelle — qui montre le plus d'empressement à payer le le créancier, de sortir indemne de l'affaire et de rejeter sur l'autre le poids total de la dette. Cela revient à dire

[47]) Oser-Schönenberger, ad 110 CO n. 3 et 4; ad 170 n. 2b.

que le résultat final dépend de la volonté unilatérale de l'un des garants ou même de circonstances purement accidentelles. Telle ne peut pas être la volonté réelle de la loi. Il faut au contraire que la loi établisse un ordre de responsabilité qui ne dépende pas de bon plaisir de l'une des parties. A cet égard, trois systèmes sont concevables; on pourrait décider: ou bien, que la caution est le dernier garant responsable, ou bien, que c'est le propriétaire du gage, ou bien encore, comme on l'enseigne en France et en Allemagne[48])[49]), qu'il faut faire un partage de la responsabilité entre les deux.

v. Tuhr, qui signale cette anomalie[49]), croît que la volonté réelle de la loi suisse est de faire supporter le poids final de la dette par le gage. Il en veut pour preuve des arguments de texte et surtout le fait que la caution, qui met en jeu toute sa fortune pour la dette d'un tiers, mérite plus de ménagements que le propriétaire d'un gage dont la responsabilité et limitée à une chose.

Cette opinion est indiscutable et va presque de soi; mais, pour éviter toute équivoque, il serait néanmoins utile d'indiquer dans la loi que la subrogation prévue aux art. 827 al. 2 CCS et 110 ch. 1 CO ne s'étend pas aux créances accessoires de cautionnement.

B. Si, dans l'ordre des responsabilités, le gage passe avant le cautionnement, pourquoi n'en serait-il pas de même dans l'ordre des poursuites?

On ne saurait évidemment voir dans cette question l'énoncé d'un principe absolu; il y a des cas, notamment dans la solidarité passive, où le débiteur responsable en dernier lieu peut et doit pouvoir être actionné le premier. Mais, si l'on part de l'idée, déjà exprimée plus haut, que l'intérêt public exige une limitation des cas de poursuite, on doit considérer tout au moins comme désirable la solution qui oblige le créancier possesseur de deux garanties à réaliser tout d'abord celle d'entre elles qui

[48]) Planio et Ripert, t. XI p. 906.
[49]) v. Tuhr, ZSR n. s. 42 p. 119.

est destinée à supporter définitivement le poids de la dette.

Une autre raison encore milite en faveur de ce principe de la subsidiarité du cautionnement par rapport au gage. Le créancier, obligé de réaliser ses gages avant de s'en prendre à la caution, préférera souvent se passer de gages et limiter ses promesses de crédit. Cela ne sera pas un mal, bien au contraire si l'on part de l'idée que le cumul des garanties favorise l'abus du crédit et, par conséquent, l'endettement.

Enfin, relevons que cette solution était celle de plusieurs lois cantonales où le principe était admis „qu'il n'y a pas lieu de recourir contre la caution aussi longtemps qu'il reste un gage"[50]).

II.

Le principe de la subsidiarité du cautionnement par rapport au gage présente toutefois un grave inconvénient pour le créancier. Lorsque le gage ne couvre pas entièrement la créance, le créancier peut faire une poursuite ordinaire pour le découvert. Mais avant d'intenter cette poursuite, il doit attendre la fin de la réalisation du gage; si, pendant ce temps le débiteur a été poursuivi par d'autres créanciers, il risque d'arriver trop tard pour participer à la réalisation de l'actif libre. Le moyen de remédier à cet inconvénient consiste à limiter la subsidiarité à la partie de la créance qui est couverte par le gage.

Le projet de LP adopté par le Conseil Fédéral en 1886 prévoyait une solution semblable pour le droit de poursuite en disant que: „Le créancier qui estime le gage insuffisant peut, même avant sa réalisation, requérir du préposé qu'il soit procédé à son évaluation. S'il résulte de cette taxe que la créance est à découvert, le créancier peut exiger, suivant la qualité du débiteur, qu'il soit procédé par voie de faillite ou que le préposé complète la poursuite sur le gage par la saisie d'autres biens." Cet article fut cependant rejeté par la commission du Conseil

[50]) Heusler, cité par Carry, ZSR 1932 p. 468a.

des Etats sous le prétexte que „le nantissement et le contrat hypothécaire contiennent une sorte de convention tacite entre les parties par laquelle le créancier s'engage à réaliser le gage avant d'invoquer la responsabilité personnelle du débiteur". Cette opinion, très discutable, fut contestée, mais en vain, par Ruchonnet qui faisait observer que dans la plupart des législations cantonales „le gage ne faisait que donner une garantie de plus sans créer un engagement réciproque"[51]).

C'est l'occasion de reprendre cette solution pour en faire, non pas nécessairement une solution du droit de poursuite, mais une solution spéciale du droit de cautionnement. La créance garantie par gage n'est pas indivisible; elle peut se diviser en une créance garantie et une créance non garantie suivant la valeur du gage. Le créancier acceptera sans doute l'obligation de réaliser ses gages avant de s'adresser à la caution s'il sait qu'il peut faire valoir librement la partie de sa créance non couverte par le gage. Quant à l'estimation du gage, elle pourrait être laissée aux soins de l'Office.

III.

Le principe que le créancier garanti par gage doit se payer sur les gages avant de s'adresser à la caution est admis par le CO en son art. 495 al. 2. Cependant, il fait à ce principe des exceptions telles que sa portée pratique en est singulièrement diminuée. Il est donc indiqué d'examiner si ces exceptions se justifient.

A. Dans le cautionnement solidaire, le créancier peut poursuivre la caution avant de réaliser ses gages (art. 496/I). A premier examen cette solution est normale et pourtant:

Lorsque le créancier est garanti par un gage fourni par le débiteur lui-même, celui-ci peut exiger du créancier qui le poursuit qu'il le fasse par la poursuite en réalisation de gage; ce n'est alors qu'après la réalisation complète

[51]) Carry, p. 469a.

du gage que le créancier peut s'en prendre aux autres biens du débiteur pour le découvert éventuel de sa créance[52]). Pendant la procédure de réalisation du gage, le débiteur est donc à l'abri de toute poursuite sur ses autres biens; par contre, la caution solidaire peut être recherchée sur tous ses biens. L'anomalie est encore plus évidente dans le cas du gage constitué par un tiers; l'art. 41 LP, également applicable dans ce cas[53]), permet au débiteur principal de renvoyer le créancier à agir sur le gage; lui-même est donc à l'abri de tout acte de poursuite sur ses biens propres jusqu'au moment où le gage sera réalisé. En revanche, la caution peut être recherchée immédiatement sur tous ses biens; autrement dit, le créancier peut poursuivre la caution solidaire, mais il ne peut pas poursuivre le débiteur principal tant que le gage n'est pas réalisé. La situation de la caution est donc plus mauvaise que celle du débiteur principal; or, cela ne peut pas être en raison du caractère accessoire du cautionnement.

On est ici en présence d'un cas où le droit d'exécution réagit sur le droit matériel. Le droit d'exécution veut que la poursuite dirigée contre le débiteur d'une créance garantie par gage soit limitée tandis que le droit matériel autorise une poursuite illimitée contre la caution. Or, si l'on s'en tient à l'opinion de Carry et Haab selon laquelle en cas de désaccord entre le droit matériel et le droit d'exécution, c'est le droit de poursuite qui fixe les conséquences de droit matériel qu'entrainent les différentes phases de l'exécution forcée[54]), il faut admettre que le droit du créancier de poursuivre la caution solidaire avant d'avoir réalisé ses gages est très discutable, même de lege lata. On pourrait, en effet, sérieusement soutenir que la poursuite contre la caution ne peut être illimitée quand la poursuite contre le débiteur principal est limitée et que la disposition de

---

[52]) Cf. notamment ATF 58 III 55.
[53]) Jaeger, ad 41 LP n. 4.
[54]) ZSR 1932 p. 407a et 315a.

l'art. 496 al. 1 in fine n'est pas compatible avec la disposition, plus récente, de l'art. 41 LP.

Quoiqu'il en soit, la situation de la caution doit être précisée; elle doit l'être en ce sens que la caution solidaire, pas plus que le débiteur principal, ne peut être recherchée avant la réalisation des gages.

B. Le créancier peut poursuivre la caution simple avant de réaliser ses gages quand le débiteur principal est en faillite.

Si et dans la mesure où la créance est couverte par le gage, la faillite du débiteur principal ne change rien à la situation du créancier qui conserve son privilège. Mais alors, la situation du créancier n'étant pas aggravée par la faillite du débiteur principal, est-il bien nécessaire de prendre prétexte de cette faillite pour l'améliorer en dispensant le créancier de l'obligation de réaliser ses gages avant de s'adresser à la caution?

C'est ce que ne veut pas le droit allemand. L'art. 773 du BGB, après avoir déclaré que la caution ne peut plus invoquer le bénéfice de discussion quand le débiteur principal est en faillite, fait une exception pour le cas où le créancier est au bénéfice d'un droit de gage ou de rétention sur un bien mobilier du débiteur.

C. L'art. 495 al. 2 CO n'autorise la caution à exiger du créancier qu'il se paie d'abord sur les gages que si ceux-ci ont été constitués „avant le cautionnement ou en même temps". Si les gages ont été constitués après le cautionnement, la caution n'a pas le bénéfice de discussion réelle. Pourquoi? Sans doute parce que, dans ce cas, le gage est une garantie supplémentaire sur laquelle la caution ne comptait pas au moment où elle s'est engagée. Mais cette garantie, quoique constituée postérieurement, appartiendra comme les autres à la caution dès que celle-ci aura payé le créancier; cela résulte expressément de l'art. 509 al. 1 („le créancier ne peut . . . diminuer les sûretés constituées lors du cautionnement ou obtenues plus

tard . . .“). Dés lors, puisque le gage doit supporter définitivement le poids de la dette, quelque soit le moment de sa constitution, il n'y a pas de raisons d'accorder à la caution le bénéfice de discussion réelle quand le gage a été constitué avant le cautionnement ou en même temps et de le lui refuser quand il a été constitué après.

D. L'art. 495 al. 2 en disant que la caution simple peut exiger du créancier qu'il se paie d'abord sur les gages, prévoit une deuxième exception à ce principe en disant: „à moins que les gages ne puissent être réalisés sans faillite.“ Dans le système de la LP, les gages peuvent toujours être réalisés sans faillite. Jaeger en avait fait la remarque à la commission d'experts qui décida, pour cette raison, de supprimer ce membre de phrase devenu sans objet[55]). S'il se trouve encore dans le texte actuel de la loi, c'est par suite d'une inadvertance; il devra disparaître.

IV.

Le droit de cautionnement étant en principe du droit dispositif, il sera facile au créancier d'obtenir de la caution qu'elle renonce au bénéfice de la réalisation préalable des gages. Cette clause ne tardera pas à devenir une clause de style — comme l'est devenue la clause de cautionnement solidaire — et la protection désirée pour la caution deviendra illusoire. Pour parer à ce danger, il n'y a qu'un moyen: il faut faire de l'exception de la réalisation préalable des gages une exception de droit impératif. Cette solution est conforme à un postulat général de protection de la caution[56]). Elle a du reste son précédent dans la règle de l'art. 505/II introduite dans le CO lors de la révision pour des raisons identiques, c'est-à-dire pour éviter que la règle légale protectrice ne soit pas pratique-

---

[55]) Procès-verbaux de la commission d'experts, séance du 20 octobre 1908.

[56]) Zoller, SJZ 4 p. 93; postulat Schirmer ch. 5 ci-dessus, ch. I.

ment mise de côté par l'usage, l'usage bancaire en particulier[57]).

En droit privé, il faut cependant user de la loi impérative avec beaucoup de prudence si l'on ne veut pas provoquer ces solutions qui tournent la loi tout en la respectant. Obliger le créancier à réaliser préalablement ses gages, c'est l'obliger à attendre plusieurs mois le paiement de sa créance; dans la réalisation du gage immobilier notamment et avec le système des deux enchères — dont on demande avec raison la suppression et son remplacement par une enchère unique avec prix minimum — ce n'est guère avant une année que le créancier pourra être payé et, cas échéant, agir contre la caution. Une telle situation présente sans doute des inconvénients pour le créancier, c'est pourquoi nous croyons utile de faire une distinction entre le gage mobilier et le gage immobilier et de limiter au premier le caractère impératif de l'exception de la réalisation préalable des gages. Ainsi limitée, cette exception à caractère impératif sera facilement acceptable pour le créancier qu'elle n'entravera pas sensiblement dans l'exercice de son droit.

V.

Nous proposons de formuler ces principes comme suit:

A. Lorsque le créancier a été garanti par des gages, la caution simple peut exiger qu'il se paie d'abord sur eux.

Le même droit appartient à la caution solidaire.

La caution ne peut valablement renoncer d'avance au droit de contraindre le créancier à réaliser préalablement ses gages que s'il s'agit de gages immobiliers.

B. Lorsque le gage ne couvre qu'une partie de la créance, le créancier peut faire valoir la partie réputée non couverte comme s'il n'y avait pas de gage.

---

[57]) Procès-verbaux de la commission d'experts, séance du 20 octobre 1908.

§ 4.

Les exceptions communes au débiteur et à la caution.

L'art. 506 al. 1 CO dispose que la caution a le droit et l'obligation d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. L'énoncé de ce principe, qui découle directement des art. 494/I (nécessité d'une obligation principale valable) et 501/I (libération de la caution par l'extinction de la dette principale), est suivi de la réserve: „sauf les cas dans lesquels elles sont exclues par la nature de son engagement." Ainsi conçue, cette réserve n'est apparue dans le CO que lors de la révision; dans l'ancien CO, elle était libellée sour la forme d'un simple renvoi à l'art. 492 al. 3 (art. 494/III actuel).

Ce texte était inutile et superflu; il n'est en effet pas nécessaire de réserver expressément une éventualité que la loi prévoit tout aussi expressément. Il fut donc modifié, mais v. Tuhr[58]) estime que même sous sa forme actuelle cette réserve est superflue; elle n'est toujours qu'un renvoi au principe de l'art. 494/III; en changeant la forme, on n'a pas changé le fond. Le Tribunal Fédéral, qui eut l'occasion d'en discuter dans un arrêt récent, trouve que la réserve de l'art. 506/I manque de clarté[59]).

Le Tribunal Fédéral et v. Tuhr sont tous deux d'accord pour dire que la réserve en question aurait une signification bien différente si, au lieu de parler de la „nature" de l'engagement de la caution, elle parlait de son „but". Le but du cautionnement est de constituer une sûreté pour le créancier; cela est indiscutable, aussi la difficulté n'est-elle pas là. L'essentiel est de savoir quel est exactement le risque que le cautionnement est appelé à couvrir.

Ce risque est uniquement celui de l'insolvabilité du débiteur, — qu'on entende par là l'insolvabilité au sens étroit du mot, c'est-à-dire l'état du débiteur qui ne dispose

[58]) SJZ 19 p. 226.
[59]) ATF 60 II 304.

pas des moyens liquides suffisants pour acquitter ses dettes exigibles ou l'insuffisance de biens (Überschuldung). Le Tribunal Fédéral va cependant plus loin. Dans l'arrêt précité, il avait à décider si la caution pouvait invoquer le fait que le débiteur principal, quoique solvable, était empêché de payer par suite d'une mesure législative édictée en Allemagne où il était domicilié (législation sur les devises). Le Tribunal Fédéral a estimé que ce n'était pas là un moyen dont la caution pouvait se prévaloir car la caution répond, non seulement de l'insolvabilité du débiteur principal, mais aussi du fait que celui-ci ne peut exécuter son obligation pour des raisons indépendantes de sa situation de fortune. Cette décision est bien discutable car elle étend décidément trop la notion du risque que la caution doit couvrir; en admettant que la caution répond indirectement d'un acte de l'Etat, le Tribunal Fédéral pourrait être amené, par la logique de son raisonnement, à la rendre reponsable de l'impossibilité objective d'exécuter, au sens de l'art. 20 CO, du cas fortuit ou de la force majeure. Nous ne pensons pas qu'on puisse jamais aller jusque là.

La réserve de l'art. 506/I doit être modifiée en ce sens que la „nature" de l'engagement doit être remplacée par le but, mais en précisant que ce but est de garantir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur principal.

On dira que la caution ne répond pas exclusivement de l'insolvabilité du débiteur principal puisqu'elle répond également de la dette d'un débiteur solvable qui ne peut plus être recherché en Suisse. Sans doute, mais ce cas diffère nettement du cas visé par le Tribunal Fédéral dans l'arrêt précité. Quand la caution doit payer parce que le débiteur principal a quitté la Suisse, c'est toujours un acte ou une omission du débiteur qu'elle garantit; autre chose est de lui faire supporter le risque des mesures de l'Etat. Cette éventualité est une exception au principe que la caution ne garantit que l'insolvabilité du débiteur

principal, mais c'est une exception qui n'infirme pas la règle.

Nous pensons donc que l'art. 506 al. 1 CO pourrait recevoir la forme suivante:

„La caution a le droit et l'obligation d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui ne sont pas fondées sur l'insolvabilité de ce dernier.

§ 5.

Réduction judiciaire des cautionnements exagérés.

A. La dette contractée par la caution est une dette chirographaire ordinaire. En cas de faillite et de concordat elle est traité de la même façon que les autres dettes de la caution et reçoit le même dividende.

Le CCS fait, dans un cas particulier, une différence entre les dettes de cautionnement et les autres dettes; c'est le cas de l'art. 591 CCS. Aux termes de cet article, les héritiers qui ont demandé le bénéfice d'inventaire ne répondent des cautionnements du défunt que jusqu'à concurrence du dividende qui serait échu aux cautionnement en cas de liquidation du passif héréditaire selon les règles de la faillite. Cette disposition crée donc un allègement de l'engagement de la caution, mais seulement au profit des héritiers de celle-ci.

La législation fédérale de crise vient de créer un nouveau cas dans lequel les dettes de cautionnement sont traitées autrement que les dettes ordinaires; ce cas est prévu par l'arrêté fédéral du 28 septembre 1934 instituant des mesures juridiques temporaires pour la protection des agriculteurs dans la gêne. L'art. 21 al. 2 de cet arrêté permet à l'autorité de concordat d'attribuer à un cautionnement un dividende inférieur au dividende offert aux autres créanciers chirographaires; l'autorité de concordat peut même déclarer le cautionnement éteint sans dividende.

Pour rendre sa décision, l'autorité doit tenir compte „des circonstances" et, en particulier, „de l'origine du cautionnement". Le Conseil Fédéral, dans son message du 11 mai 1934, à l'appui de cet arrêté, justifiait comme suit la solution proposée: „ . . . on sait par expérience que, dans certaines contrées surtout, les cautionnements ont été contractés en si grand nombre et avec un tel manque de réflexion qu'on doit se demander s'ils sont pris au sérieux, même par le créancier. Aussi, l'autorité de concordat doit-elle avoir la liberté d'attribuer à ces cautionnements un dividende plus modique ou de les déclarer éteints sans dividende aucun. Cette procédure se justifie exceptionnellement en matière de relations agricoles, sans constituer pour autant une prime à la légèreté; il existe certainement aujourd'hui dans ce domaine nombre de cautionnements qui n'ont plus aucune valeur pratique."[60])

B. Ces deux dispositions légales ont ceci de commun qu'elle prévoient toutes deux pour les dettes de cautionnement une réduction qui n'est pas accordée aux autres dettes. Dans le premier cas, la réduction s'opère en vertu de la loi, dans le second, c'est au juge qu'il appartient de l'ordonner.

Cette situation privilégiée faite à la dette de cautionnement se justifie parfaitement pour des raisons d'ordre économique. La caution s'engage sans rien recevoir en échange, ce qui n'est généralement pas le cas de ses autres engagements. Dès le moment où son actif ne suffit pas à payer intégralement tous ses créanciers, il est juste que ceux de ces derniers qui ont fourni une contre-prestation pour constituer cet actif soient un peu mieux traités que ceux qui n'ont rien fourni du tout. En d'autres termes on pourrait dire, avec un peu d'exagération, qu'il est juste que le débiteur paie ses dettes avant de payer celles des autres.

C. La disposition de l'art. 591 CCS est une disposition spéciale du droit des successions; celle de l'art. 21 de l'ar-

[60]) Feuille féd. 1934 II 10.

rêté fédéral fait partie d'une législation exceptionnelle et temporaire. Toutes deux reposent cependant sur une même idée dont on peut tirer un principe général permanent pour tout le droit de cautionnement.

La caution doit indiquer un montant déterminé jusqu'à concurrence duquel elle peut être tenue. Ce montant n'est pas limité et la caution peut s'engager pour n'importe quelle somme, même pour une somme qui dépasse le montant de son actif réel. Poussé jusque là, le cautionnement est certainement immoral et ne saurait être reconnu par la loi; il est immoral déjà lorsque la somme cautionnée, sans être supérieure à l'actif de la caution, dépasse néanmoins ses possibilités financières. Pour donner un effet juridique à ces principes, on peut prévoir la solution suivante:

1. Tout cautionnement conclu pour un montant qui dépasse manifestement les possibilités financières de la caution est susceptible de réduction. Mais que faut-il entendre par „possibilités financières"? Cette notion peut être assez facilement précisée; ce n'est pas l'actif net du débiteur, c'est la partie de son actif dont il peut disposer sans compromettre sa situation financière ou mettre en péril son existence économique. On pourra pratiquement fixer les „possibilités financières" de la caution dans chaque cas particulier en comparant sa fortune nette (telle qu'elle résulte par ex. des registres d'impôt) avec les différents éléments qui la composent. Dans tous les cas, cette notion est beaucoup plus précise que celle de l'arrêté fédéral du 28 septembre 1934 qui se borne à dire que l'autorité de concordat, pour réduire ou supprimer la dette de cautionnement, doit s'inspirer „des circonstances" et de „l'origine du cautionnement"; il n'y a pas là le minimum d'indication nécessaires pour éviter l'arbitraire. Du reste, en exigeant que le cautionnement dépasse „manifestement" les possibilités financières de la caution, on évitera tout risque d'interprétation abusive du droit de réduction conféré au juge.

2. La réduction n'a pas lieu d'office; elle peut être accordée par le juge. Il se peut en effet que la situation de la caution se soit améliorée entre le moment où elle s'est engagée et le moment où elle est recherchée; un cautionnement qui dépassait alors les possibilités financières de la caution peut être aujourd'hui dans les limites de ses moyens. En pareil cas, il va de soi que la réduction du cautionnement ne se justifie pas. Il se peut aussi que le cautionnement qui ne dépassait pas les possibilités financières de la caution au moment où elle s'est engagée, les dépasse au moment où elle est recherchée. Dans ce cas, la réduction ne se justifie pas non plus. Enfin, le juge ne pourrait pas aller jusqu'à la suppression de l'engagement de la caution; on peut bien permettre au juge de modifier le contrat, on ne peut lui permettre de l'anéantir. La règle de la liberté et du respect des contrats doit être maintenue. Le juge s'inspirera du principe posé par le Tribunal Fédéral à propos du droit semblable que lui accorde l'art. 163 al. 3 CO pour la réduction des clauses pénales excessives: il devra respecter la convention des parties autant qu'elle n'est pas en opposition évidente avec les exigences de la justice et de l'équité.

3. Il faut cependant mettre à ce droit de réduction conféré au juge une condition importante: il faut qu'au moment de la conclusion du contrat le créancier ait pu ou dû se rendre compte que la caution s'engageait pour une somme supérieure à ses possibilités financières. Sans cette réserve, la réduction du cautionnement constituerait une atteinte inadmissible aux droits du créancier de bonne foi.

D. La solution proposée permet de réaliser indirectement une exigence qu'il n'est pas possible de réaliser directement (pour les raisons indiquées à ch. III sect. 2 § 3); elle permet de poser implicitement le principe, dont chacun reconnaît la nécessité, que la possibilité de cautionner a des limites et que ces limites se trouvent dans la situation financière de la caution.

Le texte que nous proposons est le suivant:

Lorsque la caution s'est engagée pour une somme manifestement supérieure à ses possibilités financières et que cela était reconnaissable pour le créancier, le juge peut réduire son engagement dans une mesure équitable.

§ 6.

Dénonciation et révocation du cautionnement.

A. Lorsque la caution s'est engagée pour un temps déterminé, elle est libérée dans les conditions de l'art. 502 CO. Mais lorsqu'elle s'est engagée pour un temps indéterminé, sa libération présente plus de difficultés.

Le CO prévoit deux sortes de cautionnements de durée indéterminée: celle de l'art. 503 qui concerne le cautionnement de dettes actuelles et celle de l'art. 504 qui concerne le cautionnement des officiers publics et des employés, soit de dettes futures. Dans le premier cas, la caution peut mettre fin à son engagement en obligeant le créancier à poursuivre le débiteur principal; dans le second, elle peut se libérer en dénonçant le cautionnement.

Entre ces deux cas, il en est un que la loi paraît avoir oublié; c'est celui du cautionnement d'obligations nées, périodiquement ou non, d'un rapport de droit permanent (dauerndes Schuldverhältnis) tel que le bail, le mandat, l'ordre de crédit. Celui qui a cautionné de telles obligations pour un temps indéterminé peut-il mettre fin à son engagement et, cas échéant, comment?

Oser prétend qu'il faut appliquer à leur égard les règles de l'art. 503 al. 2 applicables aux dettes „dont l'exigibilité peut être déterminée par un avertissement du créancier". Il précise cependant qu'on ne peut appliquer ces règles que par analogie car la dénonciation s'étend alors à tout le rapport de droit et non seulement à l'obligation spéciale qui en dérive[61]). v. Tuhr n'admet pas cette manière de voir; il prétend que si l'opinion de Oser était juste, il faudrait également appliquer cette procé-

[61]) ad art. 503 n. 2.

dure au cautionnement d'un contrat de travail (ce queOser admet du reste expressément). Or, la loi a prévu à l'art. 504 une procédure spéciale pour la dénonciation du cautionnement des officiers publics et des employés; c'est donc bien la preuve que la procédure de l'art. 503 n'est pas applicable à ce genre de cautionnement. v. Tuhr en déduit que cautionnement d'obligations dérivant de „rapports permanents" autres que le contrat de travail et le contrat d'engagement des officiers publics ne peut pas être dénoncé si la caution n'a pas pris la précaution de limiter son engagement dans le temps[62]).

B. Il est certain que, sur ce point, la loi présente une lacune et qu'elle ne règle que partiellement la dénonciation des cautionnements conclus pour un temps indéterminé. Pour combler cette lacune, il nous paraît qu'on pourrait imaginer un système fondé sur la distinction entre dettes actuelles et dettes futures.

La caution qui garantit une dette actuelle, c'est-à-dire existant au moment où elle s'engage, doit, pour se libérer, provoquer la liquidation de cette dette, soit en la payant elle-même, soit en obligeant le créancier à en exiger le paiement. En revanche, la caution qui garantit une dette future, ne peut entrevoir sa libération qu'au moment où prend fin le rapport de droit d'où peut sortir la dette cautionnée d'avance. Pour les dettes actuelles, la situation est régie clairement par l'art. 503; il n'en est pas de même pour les dettes futures.

Une dette future peut naître de deux rapports de droit différents:

La dette future peut naître d'un rapport de droit durable (dauerndes Schuldverhältnis) tel qu'un contrat de bail, de travail, de mandat, d'ordre de crédit. Ce sont particulièrement ces obligations futures, résultant de rapports durables que l'art. 494 a en vue[63]). Mais il y en a d'autres:

---

[62]) SJZ 19 p. 248.

[63]) Oser, ad art. 494 n. 3c.

La dette future peut naître d'un contrat ou d'un fait juridique non durable, mais qui n'était pas encore conclu ou survenu au moment où la caution s'est engagée. Un père cautionne le prix de vente d'une automobile que son fils achètera ou l'emprunt qu'il contractera ou le dommage qu'il pourra causer en déployant une certaine activité.

Examinons ces deux éventualités:

a) Quand la caution garantit une obligation résultant d'un rapport de droit durable, elle doit, pour se libérer, provoquer la fin de ce rapport de droit. Mais elle ne peut le faire elle-même car elle n'est pas partie au contrat. Le moyen qui doit lui permettre de se libérer consiste alors à lui donner le droit d'exiger du créancier qu'il résilie lui-même le contrat et cela pour le plus prochain terme fixé par la loi ou la convention.

Mais, depuis quel moment la caution peut-elle exiger cette résiliation de la part du créancier? Immédiatement serait enlever dans bien des cas son utilité au cautionnement qui doit, pour rendre les services qu'on en attend, durer un minimum de temps. Ce délai minimum peut être celui qui est fixé par l'art. 504, c'est-à-dire le délai de trois ans.

D'autre part, il faut prévoir le cas du contrat qui ne peut pas être dénoncé ou qui ne peut l'être qu'après un long espace de temps. Ces éventualités peuvent se produire pour le contrat de travail ou pour le contrat de bail. En pareil cas, le cautionnement est-il „indénonçable" comme le contrat lui-même? Ce n'est pas possible; il faut au contraire poser en principe que le cautionnement ne peut durer plus d'un certain nombre d'années et, par analogie avec l'art. 351 CO, fixer un délai maximum de dix ans. Après ce laps de temps, la caution peut dénoncer son engagement moyennant un délai d'avertissement qu'on pourrait fixer à un an.

b) Quand la caution garantit une obligation future qui doit dériver d'un contrat non encore conclu ou d'un fait qui ne s'est pas encore produit, il faut donner à la

caution le droit de révoquer son cautionnement en tout temps, tant que la dette à cautionner n'a pas pris naissance. C'est ce qu'admet par ex. le CC polonais en disant à son art. 628: „Un cautionnement de durée indéterminée pour une dette future peut être révoqué en tout temps avant que la dette prenne naissance." Le décès de la caution doit être assimilé à la révocation du cautionnement.

C. Dans son système actuel, le CO contient une procédure de dénonciation pour les cautionnements de durée indéterminée de dettes actuelles; pour le cautionnement de durée indéterminée de dettes futures, il ne contient une procédure de dénonciation que pour une seule catégorie de ces dettes, celles qui dérivent du contrat de travail et du contrat d'engagement des fonctionnaires. Or, il n'y a pas de raisons d'édicter une règle générale dans un cas et une règle spéciale dans l'autre. Pourquoi ne pas créer deux règles générales, c'est-à-dire une procédure de dénonciation spéciale à chacun des deux cautionnements de durée indéterminée, au cautionnement des dettes actuelles et au cautionnement des dettes futures?

Ces principes pourraient être codifiés sous la forme suivante:

La caution d'une dette future, dérivant d'un rapport de droit durable, peut, trois ans après qu'elle s'est engagée, dénoncer son cautionnement en invitant le créancier à résilier le rapport de droit pour le plus prochain terme prévu par la loi ou la convention.

Si le rapport de droit n'est pas dénonçable ou s'il ne l'est qu'après un grand nombre d'années, la caution peut dénoncer son cautionnement après dix ans moyennant un an d'avertissement.

Lorsque la dette future ne doit prendre naissance qu'avec l'acte juridique donc elle dérive, la caution peut dénoncer son cautionnement en tout temps, tant que la dette n'a pas pris naissance; le décès de la caution produit les effets d'une dénonciation dès le jour où le créancier en a connaissance.

Section 4.

Le devoir de diligence du créancier (Diligenzpflicht).

I.

A. Le devoir de diligence (Diligenzpflicht) est le devoir du créancier de ne pas aggraver inutilement la situation de la caution. Ce devoir existe-t-il en droit? La question est controversée.

Dans son principe, le cautionnement ayant uniquement pour but de garantir le créancier, n'impose à ce dernier aucune obligation; en particulier, le créancier n'a pas l'obligation de sauvegarder les intérêts de la caution. Cette conception, qui rejette le devoir de diligence comme obligation générale du créancier, est généralement admise en Suisse et à l'étranger; elle repose sur l'idée qu'en obligeant le créancier à surveiller son débiteur d'une façon trop suivie, on enlèverait au cautionnement une partie de sa valeur pratique[64]).

Dans sa forme absolue, ce principe est très rigoureux pour la caution qu'il met à la merci de tous les actes et omissions du créancier. Aussi est-ce cette rigueur excessive qui a suscité les deux correctifs suivants:

D'une part, le contrat de cautionnement étant un contrat de bonne foi, le créancier est responsable envers la caution s'il aggrave la situation de celle-ci par des actes ou omissions contraires aux règles de la bonne foi; à plus forte raison si ces actes ou omissions sont des actes illicites[65]).

D'autre part, toutes les législations admettent que, dans certains cas, le créancier a un devoir spécial de diligence. En droit commun, on a construit, sur la base du bénéfice romain de cession d'actions, l'obligation pour le créancier de veiller à la conservation des sûretés constituées

---

[64]) Stoos, Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers, Z.b.J.V. 47 p. 478 et s.; Oser, ad art. 509 n. 1; Rossel, ad art. 508.

[65]) Oser, ad 509 n. 4; Stoos, p. 479; ATF 15 531, 54 II 387.

pour la garantie de la créance cautionnée. Le „Landrecht für die preussischen Staaten" rendait le créancier responsable de la négligence grave qu'il pouvait commettre en faisant valoir son droit contre le débiteur. Le „Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" assurait à la caution une protection étendue en disant que le cautionnement s'éteint „lorsque et dans la mesure où le créancier a commis une faute qui eut pour effet de priver la caution du bénéfice de discussion et de son droit de recours contre le débiteur principal; notamment, si c'est par sa faute que le créancier n'a pu se faire payer par le débiteur principal". On trouve, dans des législations plus récentes, des dispositions qui méritent d'être citées: En Tchéco-Slovaquie, un projet de 1924, modifié en 1931, dispose (art. 1175) que „la caution peut refuser de payer le créancier si c'est par sa faute que ce dernier n'a pu se faire payer par le débiteur principal". En Hongrie, un projet du 1 mars 1928 dit que „la caution est libérée si la créance n'a pas pu être recouvrée par la faute du créancier". Enfin, en Lettonie, le code civil (russe) de 1864, modifié en 1889, dit que „la caution est libérée si le créancier a commis une négligence en poursuivant le débiteur principal ou s'il a toléré des retards dans des circonstances qui font apparaître sa faute comme inexcusable".

B. Le droit suisse ne contient aucune disposition imposant au créancier un devoir général de diligence. En revanche, comme les autres législations, il prescrit un devoir de diligence spécial pour un certain nombre de cas particuliers; ces cas sont les suivants:

1. Lorsqu'il poursuit le débiteur principal par voie de saisie, le créancier doit mener la poursuite régulièrement, art. 495/I; lorsque le débiteur principal est en faillite, il doit produire sa créance dans la faillite, art. 511 et lorsqu'il le poursuit sur l'invitation de la caution ou de son chef, en cas de cautionnement de durée déterminée, il doit commencer la poursuite à temps et la continuer sans interruption notable, art. 502 et 503.

2. Le créancier nanti de sûretés pour la garantie de sa créance, ne peut, sans engager sa responsabilité envers la caution, ni diminuer ces sûretés, ni se dessaisir de ses moyens de preuves, art. 509/I.

3. Dans le cautionnement des officiers publics et employés, le créancier est responsable à l'égard de la caution s'il a négligé d'exercer envers le débiteur la surveillance à laquelle il était tenu et que la dette est née de ce chef ou qu'elle a augmenté dans des proportions qu'elle n'eut pas atteintes, art. 509/II.

II.

La place que les législations actuelles font au devoir de diligence du créancier est extrêmement modeste. Malgré cela, ce devoir n'est pas encore compris comme il devrait l'être, tant est vivace la conception traditionnelle selon laquelle le créancier n'a, dans le cautionnement, que des droits. Aussi la prochaine révision de la législation en matière de cautionnement sera-t-elle l'occasion d'affirmer et de préciser ce devoir qui est avant tout un principe d'équité. On se convaincra de la nécessité de cette réforme si l'on tient pour justes les principes suivants:

En fait, sinon en droit, le créancier n'a pas deux débiteurs, mais un débiteur principal et une caution; le devoir de payer incombe principalement au débiteur et subsidiairement seulement à la caution. Par conséquent, le créancier doit porter toute son attention sur le débiteur et ne se tourner vers la caution qu'après avoir exigé de lui l'effort maximum. Le cautionnement garantit le créancier; il n'a pas d'autre but que de l'assurer contre le risque de l'insolvabilité du débiteur principal. C'est une conception erronée que celle qui voit encore dans le cautionnement le moyen de procurer au créancier une certaine „Sorglosigkeit", c'est-à-dire le moyen de ne pas se soucier du débiteur[66]).

---

[66]) Tobler, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, p. 136.

Lorsque la dette cautionnée est une dette future, le créancier ne doit pas accepter du débiteur principal des engagements que celui-ci ne pourra manifestement pas tenir et qui retomberont certainement sur la caution. Le créancier qui accepte l'engagement d'un insolvable parce que cet engagement est garanti par une caution solvable, n'agit pas envers la caution selon les règles de la bonne foi. En effet, la caution ne s'engage jamais dans l'idée qu'elle devra certainement payer; s'il est sûr d'avance qu'elle devra payer, son engagement n'est pas, en réalité un cautionnement, c'est-à-dire une obligation accessoire; c'est une obligation principale.

Enfin, lorsqu'il est au pouvoir du créancier d'atténuer le risque de la caution, il doit le faire.

Ces principes étant posés et admis, la question du devoir de diligence peut être envisagée, de lege ferenda, de la façon suivante:

III.

A. Quand la caution garantit une dette existante, il va sans dire qu'elle la garantit telle qu'elle est. Mais quand elle garantit une dette future, elle est en droit d'attendre du créancier qu'il agisse de bonne foi en faisant son possible pour que la dette ne naisse pas ou, si c'est une dette qui doit naître, en la contenant dans les limites des possibilités financières du débiteur.

Sous l'empire du code de 1881, la jurisprudence avait posé le principe que, dans le cas du cautionnement des officiers publics, l'Etat et les communes ne peuvent pas rechercher la caution pour le dommage subi lorsque ce dommage est dû au dol ou à la faute grave qu'ils ont commis en négligeant d'exercer sur le débiteur la surveillance exigée par les règles de la bonne foi. Le conseil fédéral, dans son projet de révision de 1905, tira de cette jurisprudence un principe général dont il proposa de faire un article 1566 disant que le créancier est responsable envers la caution „lorsqu'il a négligé d'exercer à l'égard du débi-

teur la surveillance à laquelle il était tenu et que, de ce chef, la dette a augmenté dans des proportions qu'elle n'eut pas atteintes". Les Chambres Fédérales trouvèrent que ce texte allait trop loin et limitèrent le devoir de surveillance du créancier au seul cas du cautionnement des officiers publics et des employés[67]). C'est l'origine de l'art. 509/II auquel le Tribunal Fédéral a reproché avec raison d'énoncer sous la forme indirecte de la sanction un principe qui méritait d'être affirmé positivement[68]).

Le cas des fonctionnaires et employés n'est pas le seul où le créancier a le droit et l'obligation d'exercer une surveillance sur le débiteur; il y a notamment aussi le cas des mandataires, occasionnels ou professionnels. Les Chambres Fédérales, dans leur souci de limiter l'obligation de surveillance du créancier sont, elles aussi, allé trop loin. La bonne solution paraît être à mi-chemin entre le projet du Conseil Fédéral et le texte actuel de l'art. 509/II; c'est la solution qui étend le devoir de surveillance à tous les cas où le débiteur est légalement sous le contrôle du créancier.

Dans les autres cas, il est évidemment difficile d'exiger du créancier qu'il exerce une surveillance générale sur le débiteur, mais on peut lui demander d'exercer une surveillance spéciale limitée à chaque opération particulière. On peut exiger du créancier qu'il ne se prête pas à certains engagements du débiteur lorsqu'il sait ou doit savoir que le débiteur n'est pas en état de les tenir. Nous pensons notamment au cautionnement des contrats d'ouverture de crédit, de bai là loyer ou à ferme; dans ces cas, lorsque le débiteur devient insolvable, le créancier, au courant de la situation, n'a plus le droit de faire de nouvelles avances au débiteur et, dans le cas du bail, il doit résilier pour le plus prochain terme[69]). D'une façon générale, on peut poser le principe, fondé sur les règles de la

---

[67]) Bull. stén. 20 C. E. p. 232; C. N. p. 358.

[68]) ATF 48 II 96.

[69]) Schneider et Fick, ad 492 n. 59.

bonne foi, que le créancier doit refuser tout nouvel engagement de la part du débiteur devenu insolvable.

B. Pendant la durée du rapport de dette, le créancier doit, dans le cas où la dette est garantie par des sûretés, veiller à leur conservation afin de pouvoir les remettre à la caution le jour où celle-ci aura payé le créancier et sera subrogée à ses droits, art. 509/I. Mais, à côté de cette obligation qui concerne le cas particulier de la dette garantie, le créancier a une obligation de renseigner la caution lorsque certaines éventualités se produisent dans la situation du débiteur principal:

1. Le créancier doit aviser la caution de la faillite du débiteur principal dès qu'il en est lui-même informé, art. 511/II CO.

2. La caution qui s'est engagée pour un temps indéterminé peut se libérer en invitant le créancier à poursuivre le débiteur, art. 503. Ce droit est utile à la caution, non seulement parce qu'elle lui permet de se libérer, mais aussi parce qu'il lui permet de choisir le moment de sa libération. Mais pour qu'un tel droit soit efficace, il faut que la caution soit avisée des changements importants qui se produisent dans la situation du débiteur. Or, nul n'est mieux placé que le créancier pour constater ces changements; ce n'est pas trop lui demander que d'aviser la caution dès qu'à sa connaissance la situation financière du débiteur principal subit une aggravation essentielle. Becker admet cette obligation qui n'est du reste qu'une extension de l'obligation du créancier d'aviser la caution de la faillite du débiteur principal[70]).

3. Le créancier doit aviser la caution de la faillite du débiteur; il doit aussi, selon nous, l'aviser de toute aggravation essentielle de la situation du débiteur; doit-il faire plus et aviser la caution dès que le débiteur principal ne paie pas la dette à l'échéance?

On trouve une obligation de ce genre à l'art. 633 du code civil polonais: „Lorsque le débiteur est en retard

[70]) Becker, ad 509 n. 1.

dans le paiement de sa dette, le créancier doit aviser la caution sans délai.“ Cette solution va trop loin. La caution est censée connaître la date d'échéance de la dette principale; il lui est toujours possible de se renseigner pour savoir si le débiteur a payé. Il en est tout autrement s'il s'agit de prestations périodiques, telles que dettes d'intérêts, de loyers, d'amortissements; dans ces cas, on ne peut pas demander à la caution de surveiller chaque échéance et de se renseigner chaque fois auprès du créancier. C'est à ce dernier que doit incomber le soin de renseigner la caution et de l'avertir quand le débiteur principal n'exécute pas ponctuellement ses obligations. Aujourd'hui, le créancier n'a pas cette obligation; il en résulte que le débiteur peut avoir des arriérés de loyer, d'amortissements et d'intérêts dont la caution ne se doute pas et qui augmentent d'autant sa responsabilité. Il y a là une lacune de la loi qui est vivement ressentie dans la vie pratique (cf. postulat Schirmer, ch. 3 et 4).

Il est relativement aisé de remédier à cette situation en obligeant le créancier à aviser la caution du retard du débiteur dans le paiement de ses prestations périodiques. Cette obligation, qu'on pourrait déjà déduire des règles de la bonne foi[71]), n'est pas trop lourde pour le créancier; celui-ci est, en effet, mieux placé que quiconque pour constater la carence du débiteur principal. Mais, comme le faisait remarquer le Conseiller Fédéral Häberlin à la séance du Conseil National du 27 septembre 1933, à propos du postulat Schirmer, il ne suffit pas de dire que le créancier doit aviser la caution „sans délai“; il faut fixer un délai à l'expiration duquel la caution doit être informée du défaut de paiement. Ce délai peu être fixé à 30 jours dès l'échéance. De cette façon, on n'obligera pas le créancier à annoncer tout retard quelconque, mais seulement le retard qui, dépassant la tolérance communément admise, peut être un signe précurseur d'insolvabilité.

---

[71]) Schneider et Fick, ad 492 n. 58.

L'omission de cet avis aurait pour effet, non de libérer la caution entièrement, mais seulement de la libérer du cautionnement de la prestation périodique en cause.

C. Le créancier n'a, en principe, aucune obligation de poursuivre le débiteur. Il peut, sans engager sa responsabilité envers la caution, accorder des délais au débiteur et toutes les facilités qui lui paraissent compatibles avec son intérêt[72]). Ce principe ne souffre que trois exceptions; le créancier a l'obligation de poursuivre le débiteur: 1. de son chef, quand il s'agit d'un cautionnement de durée déterminée, art. 502; 2. à la requête de la caution quand il s'agit d'un cautionnement de durée indéterminée, art. 503, et 3. quand le débiteur principal est en faillite, en produisant sa créance à la faillite, art. 511/II.

Dans tous ces cas, le créancier doit conduire la poursuite de telle façon qu'elle atteigne son but, c'est-à-dire qu'elle oblige le débiteur à payer. Si la poursuite est infructueuse par sa faute, il est juste qu'il en supporte les conséquences et que la caution soit libérée de son engagement dans la mesure où une poursuite régulièrement conduite l'eut dispensé de payer. Ce principe, difficilement contestable, n'est cependant exprimé dans la loi qu'à propos de la poursuite par voie de saisie, art. 495. Par conséquent, en droit actuel la faute commise par le créancier dans une poursuite par voie de faillite est sans effet sur l'engagement de la caution. Cette différence avait déjà été relevée à la commission d'experts par Brüstlein qui trouvait illogique de traiter différemment la poursuite par voie de faillite et la poursuite par voie de saisie[73]). On n'a néanmoins tenu aucun compte de ses observations qui étaient pourtant justifiées et qui n'ont rien perdu de leur valeur. Il est en effet indiscutable que le créancier peut compromettre les droits de la caution aussi bien dans une

---

[72]) Stooss, p. 475; Oser, ad 503 n. 1.

[73]) Procès-verbaux de la commission d'experts, séance du 20 octobre 1908.

poursuite par voie de faillite que dans une poursuite par voie de saisie.

Les banques ont pris l'habitude d'introduire dans leurs formulaires de cautionnement une clause selon laquelle la caution doit s'occuper elle-même de la production dans la faillite du débiteur[74]). Cette pratique doit être combattue car c'est au créancier et non à la caution que doit incomber le soin de poursuivre le débiteur qui est le débiteur du créancier et non celui de la caution. C'est pourquoi la future loi devra prévoir que le créancier ne peut conventionnellement imposer à la caution l'obligation de poursuivre le débiteur.

IV.

Il serait indiqué de grouper dans la loi les dispositions relatives au devoir de diligence du créancier afin de mettre ce devoir en évidence et d'en faire en quelque sorte une institution juridique distincte. On aurait ainsi les quatre articles suivantes:

A. Dans les cautionnements d'officiers publics, d'employés et de toute autre personne placée sous le contrôle du créancier, celui-ci doit exercer sur le débiteur la surveillance indiquée par les circonstances pour éviter que la dette ne naisse.

Il est responsable envers la caution lorsqu'il a négligé d'exercer cette surveillance et que la dette a pris naissance de ce chef ou qu'elle a augmenté dans des proportions qu'elle n'aurait pas dû atteindre.

B. Lorsque la dette cautionnée est une dette future, le créancier doit refuser tout nouvel engagement du débiteur dès que celui-ci est devenu insolvable; il doit également mettre fin, sans délai, aux rapports de droit d'où peuvent naître de tels engagements.

C. Le créancier a l'obligation d'aviser la caution quand le débiteur est en faillite, quand sa situation financière

---

[74]) Raaflaub, Die Solidarbürgschaft im Bankverkehr, Berne 1932, p. 60.

s'est sensiblement aggravée et quand le débiteur est en retard de plus de 30 jours dans le paiement de prestations périodiques.

S'il omet cet avis, il perd ses droits contre la caution jusqu'à concurrence du préjudice résultant pour elle de cette omission; en cas de prestations périodiques, la caution est libérée de sa responsabilité quant à la prestation périodique dont le non paiement ne lui a pas été annoncé.

D. La caution est libérée, totalement ou partiellement, si, dans la poursuite dirigée contre le débiteur, le créancier a commis une faute qui l'a privé de la possibilité de se faire payer par le débiteur.

Le créancier ne peut conventionnellement se décharger sur la caution du soin de poursuivre le débiteur principal et de faire valoir ses droits dans sa faillite.

Conclusion.

Nous avons vu que la sécurité et la liquidité de sa créance sont les deux conditions exigées par le créancier en matière de cautionnement. Nos propositions ne touchent pas à l'élément de sécurité; le créancier sera garanti exactement dans la même mesure que par le passé; en revanche, l'élément de liquidité est sérieusement limité. Il faudra plus de temps au créancier pour rentrer en possession de ses fonds; les opérations de crédit seront plus longues et par conséquent, se renouvelleront moins fréquemment. Le rythme du crédit en subira un rallentissement. Or, ce rallentissement est souhaitable s'il est vrai, comme nous l'avons affirmé au début de ce travail, que l'abus du crédit favorise l'endettement.

C'est un argument d'ordre général qui vient à l'appui de nos thèses.

Thèses.

I.

La révision des art. 492 et s. du CO est d'une urgente nécessité pour mettre fin aux abus que tolère la législation actuelle en matière de cautionnement.

(Thèse commune aux deux rapporteurs.)

II.

Cette révision doit se faire dans le sens d'une aggravation des conditions de forme du contrat de cautionnement, d'un allègement des obligations de la caution et de la reconnaissance d'un devoir de diligence du créancier plus précis et plus étendu.

(Thèse commune aux deux rapporteurs.)

III.

La capacité de conclure un contrat de cautionnement doit être limitée:

pour les personnes qui ont fait subir une perte à leurs créanciers dans une faillite, un concordat ou tout autre arrangement judiciaire;

pour les personnes mariées.

IV.

Le contrat de cautionnement doit être conclu en la forme authentique, — sauf pour les cautionnements inférieurs à fr. 1000.—.

(Thèse partiellement admise par le rapporteur allemand.)

V.

a) L'engagement de la caution a un caractère subsidiaire, même dans le cautionnement solidaire.

b) Par conséquent, la caution solidaire ne peut être recherchée que lorsque le débiteur principal est en demeure.

c) Le cautionnement solidaire — ainsi que les engagements solidaires qui constituent un cautionnement déguisé — ne sont permis qu'aux personnes inscrites au registre du commerce.

(Thèse admise par le rapporteur allemand en ce qui concerne litt. b.)

VI.

Le bénéfice de discussion doit permettre à la caution d'imputer sur sa dette le produit de la réalisation préalable des biens du débiteur principal; par conséquent, en cas de faillite comme en cas de saisie, le créancier ne peut s'adresser à la caution qu'après la réalisation complète des biens du débiteur.

VII.

Le créancier garanti par gage doit réaliser ses gages avant de s'adresser à la caution, même s'il s'agit d'un cautionnement solidaire.

VIII.

La caution ne garantit pas d'autre risque que celui de l'insolvabilité du débiteur principal.

IX.

Le montant du cautionnement peut être réduit par le juge lorsque la caution s'est engagée pour une somme qui dépasse manifestement ses possibilités financières et cela d'une façon reconnaissable pour le créancier.

(Thèse commune aux deux rapporteurs.)

X.

Le cautionnement des dettes futures peut toujours être dénoncé ou révoqué, dans les formes et délais prévus

par la loi, tant et aussi longtemps que la dette cautionnée n'a pas pris naissance.

(Thèse partiellement admise par le rapporteur allemand.)

XI.

Sans être tenu d'un devoir général de diligence, le créancier est responsable envers la caution, notamment:

a) s'il accepte de nouveaux engagements de la part d'un débiteur insolvable,

b) s'il omet d'informer la caution que le débiteur est en faillite, que sa situation financière s'est sensiblement aggravée ou qu'il est en retard de plus de 30 jours dans le paiement de ses prestations périodiques,

c) si, dans la poursuite dirigée contre le débiteur principal, il commet une faute qui le prive de la possibilité de se faire payer.

(Thèse partiellement admise par le rapporteur allemand.)