

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: 63 (1944)

Artikel: La nature juridique des obligations du créancier dans le nouveau droit du cautionnement

Autor: Cavin, Pierre

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896448>

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: 22.02.2026

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

La nature juridique des obligations du créancier dans le nouveau droit du cautionnement.

Par M. Pierre Cavin, docteur en droit et avocat,
Lausanne.

Introduction.

Selon la doctrine dominante et la jurisprudence¹⁾, le cautionnement est un contrat unilatéral, qui n'impose en principe des obligations qu'à une seule des parties, la caution. Son élément essentiel est la promesse de garantir l'exécution d'engagements assumés par un tiers, le débiteur principal, envers le créancier. Cette promesse ne comporte pas de contre-prestation. En outre, les obligations de la caution envers le créancier et celles du débiteur principal sont entièrement distinctes l'une de l'autre — sous réserve des conséquences du caractère accessoire de la dette du garant. Elles ont en effet leur source dans deux contrats distincts, bien que souvent passés dans le même acte. La caution n'est pas partie à la convention qui lie son co-contractant au débiteur principal et qui est pour elle une *res inter alios acta*. Elle n'aura donc pas qualité pour s'immiscer dans les relations entre le créancier et le débiteur.

Ainsi, à la rigueur des principes, liée par une promesse unilatérale, intéressée à un contrat auquel elle n'est pas partie, la caution n'aurait d'une part aucun droit pour contraindre le créancier à des mesures qui lui paraîtraient

¹⁾ Becker, *Obligationenrecht*, t. II, Berne 1934 (cité Becker dans la suite) n. 6 ad art. 492; Giovanoli, *Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht*, Berne 1942 (cité Giovanoli dans la suite) n. 29 ad art. 492; Beck, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Zurich 1942 (cité Beck dans la suite) n. 47 ad art. 492; RO 30 II 615; 64 II 208, J. T. 1939 I p. 467.

appropriées à la sauvegarde de ses intérêts et, d'autre part, elle ne pourrait intervenir pour exiger du débiteur qu'il s'exécute.

Une telle solution ne saurait satisfaire. La caution courrait le risque de voir le créancier se fier uniquement à sa garantie personnelle et négliger soit de poursuivre le débiteur avec diligence, soit de conserver les droits de gage et les autres sûretés qui, souvent, garantissent également la dette cautionnée. Or elle a un intérêt évident à pouvoir écarter ce danger. En effet, dans la règle, le créancier doit poursuivre le débiteur et réaliser ses gages avant de rechercher la caution, dont la responsabilité n'est que subsidiaire; et si le contrat la prive de ce bénéfice de discussion, elle sera tout au moins subrogée aux droits du créancier qu'elle aura payé. Cet intérêt mérite d'autant plus protection que fréquemment le créancier peut facilement exclure ou du moins réduire les risques que comporte pour le garant son engagement et qu'en outre le cautionnement est le plus souvent un acte d'intercession gratuite. Un tempérament devait ainsi être apporté à la rigueur des principes.

En droit suisse, le législateur a eu recours à deux cautions. D'une part, dans une certaine mesure, il a donné à la caution le droit d'intervenir dans les relations entre le créancier et le débiteur: outre la faculté de payer à l'échéance pour le compte du débiteur (art. 510 ancien CO/art. 504 CO)²⁾, ce qui a pour effet de la subroger aux droits du créancier³⁾, elle peut exiger de ce dernier qu'il poursuive sans retard notable l'exécution de ses droits contre le débiteur principal (art. 502, 503 ancien CO/art. 510, 511 CO).

²⁾ Les articles de la loi dont le numéro n'est pas suivi de la mention „ancien“ sont ceux du droit nouveau.

³⁾ Ce droit résulte des principes généraux (art. 68 CO), mais sa sanction est renforcée. Tandis que, selon les dispositions générales du Code, le créancier en demeure encourt seulement les sanctions prévues aux art. 92 et suivants CO, en matière de cautionnement, le débiteur est libéré si le créancier refuse son offre régulière.

La caution est libérée s'il n'est pas donné suite à sa sommation régulière. D'autre part, la loi a imposé au créancier diverses obligations envers la caution; d'une façon générale, il est tenu de veiller, dans ses relations avec le débiteur principal, à ne pas léser les droits éventuels de la caution, principalement à ne pas compromettre l'exercice de son droit de recours.

C'est cette seconde cautèle, ce devoir de diligence du créancier que nous nous proposons d'étudier. Non pas que nous entendions faire l'exégèse des dispositions légales nouvelles, qui ont déjà été l'objet de deux études minutieuses des commentateurs du nouveau droit, MM. Beck, professeur à l'Université de Berne, et Giovanoli⁴). Notre propos est plutôt de déterminer la nature juridique de ces obligations du créancier, d'examiner si une place, et laquelle, peut leur être assignée dans le système général de notre droit civil et, partant, de rechercher quels sont les principes généraux applicables à cette institution particulière.

Chapitre premier.

Les dispositions légales.

Le législateur de 1941 ne paraît pas avoir eu l'intention d'apporter des modifications de structure dans le domaine des obligations du créancier. Il s'est borné à les préciser, à les étendre quelque peu et surtout à renforcer certaines d'entre elles en aggravant leurs sanctions. Il nous paraît cependant que ces retouches, si superficielles qu'elles paraissent, modifient profondément, en réalité, la nature de ces obligations et, nous sommes tentés de l'admettre, celle-même du contrat de cautionnement.

Afin d'être à même d'étudier la portée de ces modifications, nous procéderons à une étude comparative des obligations du créancier dans le droit ancien et dans le droit actuel.

⁴) Cf. note 1.

a) Le devoir de diligence relatif aux gages et aux autres garanties réelles.

Le devoir de conserver les sûretés garantissant la dette concurremment avec le cautionnement, prévu à l'art. 509 al. 1 ancien CO, est maintenu à l'art. 503 al. 1 CO. Le contenu de l'obligation n'a pas été modifié; le législateur l'a simplement défini d'une façon plus minutieuse, faisant son profit des précisions apportées par la jurisprudence. En revanche, la sanction qui est attachée à l'inobservation de cette règle est entièrement différente. Jusqu'à présent, en effet, le créancier qui diminuait les sûretés au préjudice de la caution était passible de dommages-intérêts. Son défaut de diligence donnait naissance à une créance en réparation du dommage, qui pouvait, le cas échéant, être opposée en compensation à l'action du créancier⁵⁾. Dès lors il appartenait à la caution de soulever expressément ce moyen, que le juge ne pouvait suppléer d'office, en vertu de l'art. 124 al. 1 CO. En outre, il incombait à celle-ci, selon ce système, de rapporter la preuve, souvent difficile, du dommage que lui avait causé la diminution des sûretés. Ce dommage ne pouvait être établi que par la constatation d'une perte subie par la caution après avoir exercé son droit de recours contre le débiteur principal, perte que la conservation des sûretés par le créancier aurait évitée. Il s'ensuivait qu'en matière de cautionnement solidaire, la caution devait payer le créancier et ne pouvait faire valoir ce moyen qu'après avoir exercé inutilement son droit de recours, sauf dans le cas d'insolvabilité notoire du débiteur principal. Ainsi, le plus souvent, lorsqu'elle était recherchée, la caution n'était pas en état de prouver le préjudice et ne pouvait dès lors exciper de la compensation⁶⁾.

⁵⁾ RO 33 II 148; 64 II 25, J. T. 1938 I p. 368; 66 II 126, J. T. 1940 I p. 453; Becker, n. 11 ad art. 509; contra: von Tuhr, dans Z. S. R. 42 p. 114.

⁶⁾ von Tuhr, loc. cit.

Dans le but de renverser le fardeau de la preuve, le Département fédéral de Justice et de Police, répondant au vœu de plusieurs auteurs⁷⁾ et se référant d'une façon bien inattendue à l'article 1175 d'un projet de loi tchécoslovaque, a inséré dans son avant-projet une disposition aux termes de laquelle la responsabilité de la caution se trouve sans autre réduite dans la mesure où les sûretés ont été diminuées (art. 502 al. 1 de l'avant-projet). Cette règle a passé dans la loi à l'article 503 al. 1, dont la teneur est la suivante:

„Lorsque le créancier diminue au préjudice de la caution des droits de gage, sûretés et droits de préférence existant lors du cautionnement ou obtenus plus tard du débiteur pour la garantie spéciale de la créance, la responsabilité de la caution se réduit d'une somme correspondante, à moins qu'il ne soit prouvé que le dommage est moins élevé. Est réservée l'action en répétition du trop-perçu.“

Malgré les mots „au préjudice de la caution“, qui peuvent prêter à équivoque et donner à penser que celle-ci doit établir l'existence d'un dommage, l'interprétation de ce texte n'est pas discutable, si l'on se réfère aux travaux préparatoires⁸⁾: il suffit que soit constante une diminution de sûretés imputable au créancier pour que la responsabilité de la caution soit de plein droit réduite d'une somme correspondante. La diminution des sûretés fait présumer un préjudice.

Le créancier peut cependant éviter cette conséquence en prouvant que le dommage est moins élevé que le montant dont les sûretés ont été diminuées, en établissant la sol-

⁷⁾ Avant-projet de la Division fédérale de Justice, de juin 1937 (édition française), cité „avant-projet“ dans la suite, p. 58; Stauffer, Z. S. R., année 1935 p. 125a.

⁸⁾ Avant-projet, loc. cit.; cf. également: Beck, n. 32 ad art. 503; Giovanoli, n. 13 ad art. 503; Gut, Die Wirkung der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen, Berne 1941, p.^o107.

vabilité du débiteur principal ou l'existence d'autres sûretés suffisantes, par exemple.

Le dernier alinéa de l'article 503 CO prévoit une sanction encore plus sévère en cas de faute grave du créancier. Relevons en passant que cette disposition ne peut se justifier par le simple désir d'alléger ou de renverser le fardeau de la preuve. En voici la teneur:

„Si le créancier... s'est dessaisi de mauvaise foi ou par négligence grave... des gages et autres sûretés dont il est responsable, la caution est libérée. Elle peut exiger la restitution de ce qu'elle a payé et la réparation du dommage supplémentaire.“

C'est donc la libération complète de la caution que prévoit la loi en cas de faute grave du créancier. Cette libération a un effet rétroactif, puisque l'action en répétition de l'indû est ouverte à la caution. Nous sommes ainsi en présence d'une véritable résolution du contrat, ayant effet *ex tunc*. La loi attribue les mêmes effets — et cela sans aucune distinction — à la diminution des sûretés en cas de faute grave du créancier et au refus de remettre à la caution qui paie, les gages existants ou les titres nécessaires à l'exercice du droit de recours. Il nous paraît ressortir de l'assimilation de ces divers cas que la preuve libératoire que l'article 503 alinéa 1 réserve, n'est plus ouverte au créancier coupable d'un dol ou d'une négligence grave. Cela résulte également, d'ailleurs, de l'origine de cette disposition particulière, qui a sa source dans un arrêt où le Tribunal fédéral envisage, tout en réservant sa décision, de libérer la caution en vertu de l'art. 2 du Code civil en cas de perte des gages due à la mauvaise foi ou à une négligence grave du créancier (cf. notes 28 et 29 ci-dessous).

Ainsi, dans le nouveau droit, la diminution des sûretés au préjudice de la caution ne donne plus naissance à une créance en dommages-intérêts, mais elle a un effet réflexe sur l'obligation de la caution, qui se réduit ou même s'éteint.

b) L'obligation de remettre à la caution qui paie, les gages et autres sûretés dont le créancier est nanti.

Le droit nouveau n'apporte pas de modification importante sur ce point. Le principe de cette obligation, implicitement contenu dans les articles 508 et 510 alinéa 2 ancien CO, est expressément énoncé à l'article 503 alinéa 3 CO. Le législateur a simplement précisé la portée de cette règle en mettant le texte de l'alinéa 3 en harmonie avec celui de l'alinéa 1, relatif au devoir de conserver les sûretés. Il a d'autre part introduit une réserve relative aux droits de gage ou de rétention appartenant au créancier pour d'autres créances.

La sanction de cette obligation était déjà rigoureuse dans le droit ancien: le refus du créancier de remettre les gages entraînait la libération de la caution. L'article 503 nouveau, à son alinéa 4, reprend cette règle en apportant également une précision: la caution a le droit, en cas de libération, de répéter les prestations qu'elle aurait effectuées et éventuellement de réclamer de pleins dommages-intérêts. Ici encore l'inobservation par le créancier de son devoir de diligence a ainsi pour sanction une véritable résolution du contrat de cautionnement.

c) La conservation des preuves.

Pour l'exercice de son droit de recours, il est indispensable à la caution d'avoir en mains divers documents et notamment les titres qui constatent soit l'existence de la dette principale, soit la constitution des autres sûretés, soit enfin son engagement de caution. Elle a donc un intérêt éminent à ce que le créancier ne se dessaisisse pas de ces preuves. Si elle ne court pas de grands risques quant au titre de la dette principale et à l'acte de cautionnement, qui sont tout aussi nécessaires au créancier pour la rechercher qu'à elle-même pour se retourner contre le débiteur et les autres garants, elle pourra craindre en revanche la disparition de documents relatifs à la constitution de sûretés.

L'obligation de conserver ces preuves se rapproche beaucoup de celle de conserver les gages. Elle répond à la même préoccupation: éviter que le créancier, se reposant sur le seul cautionnement, ne néglige ses droits contre le débiteur et les constituants de garanties réelles; elle poursuit le même but: assurer à la caution un recours s'étendant à tous les droits conférés au créancier. Aussi bien, le droit ancien traitait-il de ces deux obligations dans la même disposition (art. 509 al. 1) et avait-il pourvu ces deux règles de la même sanction: tout comme la perte des sûretés, le dessaisissement des preuves donnait naissance à une créance en dommages-intérêts.

Dans le droit nouveau, cette assimilation n'est que partielle. L'article 503 alinéa 4 dispose comme il suit: „Si le créancier... s'est dessaisi de mauvaise foi ou par négligence grave des preuves existantes..., la caution est libérée. Elle peut exiger la restitution de ce qu'elle a payé et la réparation du dommage supplémentaire.“ La sanction légale consiste donc dans la résolution du contrat, mais selon le texte de la loi, elle n'intervient qu'en cas de faute grave. Qu'en est-il alors si le créancier est moins coupable, s'il n'a commis qu'une faute légère, qui n'implique aucune mauvaise foi?

La loi est muette sur ce point. Quant aux travaux préparatoires, l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, assimilant ce cas à la perte des sûretés, prévoyait ce qui suit à son article 502: „... si le créancier se dessaisit des moyens de preuve à sa disposition, la responsabilité du créancier se réduit d'une somme correspondante...“ Le projet du Conseil fédéral préconisait une autre solution à son article 503, qui a la teneur suivante: „Si le créancier s'est dessaisi des preuves existantes, la caution est libérée de lui fournir d'autres prestations.“ C'est au Conseil national que cette disposition a été remaniée par l'adjonction des mots „de mauvaise foi ou par négligence grave“.

Doit-on en conclure que le législateur n'a entendu réserver ses foudres qu'au seul créancier de mauvaise foi et à celui dont la négligence confine au dol? Malgré les arguments que peut fournir l'historique du texte, une telle solution n'aurait aucune chance d'être reçue. Elle méconnaîtrait par trop l'esprit qui a présidé à la revision de la loi. Il faut plutôt admettre qu'il y a là une lacune et nous serions enclin à considérer que l'art. 503 al. 1 est applicable par analogie en cas de perte des preuves due à une circonstance n'impliquant pas de mauvaise foi ni de négligence grave du créancier.

d) L'obligation de remettre les titres à la caution qui paie:

Le droit ancien prescrivait à son article 508 le devoir pour le créancier de remettre à la caution qui le paie les titres pouvant aider cette dernière à exercer son droit de recours et à réaliser les gages. Le créancier devait également accomplir les formalités nécessaires pour le transfert des gages. La seule innovation qu'apporte quant au contenu de l'obligation l'article 503 alinéa 3 nouveau est le devoir de renseigner la caution. Les sanctions sont en revanche plus sévères. Les articles 508 et 510 anciens n'en prévoyaient aucune expressément. La doctrine⁹⁾ accordait en pareil cas une action contre le créancier et, ce qui paraît plus efficace, une exception dilatoire, cela par une application extensive, d'ailleurs critiquable¹⁰⁾, de l'article 82 CO relatif à l'*exceptio non adimpleti contractus*. Selon le droit nouveau, la caution est libérée et peut répéter les paiements déjà opérés.

⁹⁾ Becker, n. 4 ad art. 508.

¹⁰⁾ Cette application de l'art. 82 CO est critiquée dans un arrêt bernois, Z. B. J. V. t. 54 p. 312.

e) L'avis de retard du débiteur et l'intervention dans la faillite et le concordat.

Une nouvelle obligation, celle d'informer la caution¹¹⁾ de tout retard du débiteur dépassant un semestre, a été introduite à l'article 505 alinéa 1, dont voici la teneur: „Lorsque le débiteur est en retard de six mois pour un paiement de capital ou pour l'intérêt d'un semestre ou pour un amortissement annuel, le créancier doit aviser la caution. Sur demande, il doit en tout temps la renseigner sur l'état de la dette.“

D'autre part, le devoir de diligence du créancier dans les procédures d'exécution forcée dirigées contre le débiteur n'est pas sensiblement modifié. L'article 505 alinéa 2 dispose comme il suit à ce sujet: „Si le débiteur est déclaré en faillite ou demande un concordat, le créancier est tenu de produire sa créance et de faire tout ce qui peut être exigé de lui pour sauvegarder ses droits; il doit porter la faillite et le sursis concordataire à la connaissance de la caution dès qu'il en est lui-même informé.“

La sanction de ces obligations est celle que prévoyait l'ancien article 511 pour le défaut d'intervention dans la faillite: le créancier perd ses droits contre la caution à concurrence du préjudice résultant pour elle de cette omission.

f) Enfin, la loi n'introduit aucune innovation quelconque en matière de cautionnement d'officiers publics et d'employés: le défaut de surveillance du créancier a pour sanction, comme dans l'ancien droit, la naissance d'une créance en dommages-intérêts, que la caution peut, le cas échéant, compenser avec sa dette.

On voit par ce qui précède que si le nouveau droit n'étend pas sensiblement les obligations du créancier, il les munit en général d'une sanction plus grave. L'inob-

¹¹⁾ Cette disposition codifie une pratique adoptée depuis plusieurs années déjà par la plupart des établissements financiers.

servation par le créancier de l'un de ses devoirs de diligence a pour conséquence, dans la règle, une „réduction“ ou l'extinction de la créance. Le créancier négligent est déchu de ses droits et parfois il doit restituer les sommes déjà reçues de la caution. Quelle est la nature de cette „déchéance“? Comment expliquer cette sanction au regard des principes généraux de notre droit civil? Telle est la question que posent les règles nouvelles.

Toutefois, avant d'en rechercher la solution, il convient d'examiner si toutes les règles que nous avons énumérées peuvent être ramenées à un principe commun et peuvent ainsi être l'objet d'une étude générale. Ou bien sont-elles au contraire sans lien systématique les unes avec les autres, doit-on les considérer comme ayant chacune son propre caractère, sa construction particulière?

Chapitre II.

Existe-il une obligation générale de diligence à la charge du créancier?

Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, les obligations du créancier ne sont pas énoncées dans notre droit sous la forme d'un principe général. La loi institue au contraire plusieurs obligations distinctes, dont le contenu est déterminé d'une façon précise et concrète, et dont les sanctions diffèrent non seulement par leur gravité, mais parfois même par leur nature¹²⁾. On peut se demander dès lors si ces dispositions énoncent des règles exceptionnelles, indépendantes les une des autres et dont la somme épuise la matière des obligations du créancier. Ou bien au contraire n'y faut-il voir que l'énoncé de quelques cas particuliers d'une obligation générale de diligence implicitement contenue dans la loi?

La doctrine nie l'existence d'un tel devoir général de diligence. Elle limite les obligations du créancier aux seuls

¹²⁾ Cf. notamment art. 503 al. 2 et 3 CO.

cas limitativement prévus par la loi¹³). Dans son rapport de juin 1937¹⁴), la Division fédérale de Justice se défend d'introduire une telle notion. A l'appui de leur thèse, les auteurs invoquent un arrêt du Tribunal fédéral¹⁵), dans lequel notre Cour suprême conteste que le créancier doive s'informer de la situation financière du débiteur principal, afin de le poursuivre à temps et de prévenir ainsi dans la mesure du possible le préjudice que son insolvabilité éventuelle causerait à la caution. C'est au contraire à cette dernière qu'il appartient de se renseigner et d'intervenir en invitant le cas échéant le créancier à poursuivre le débiteur, ainsi que l'article 511 CO (art. 503 ancien) lui en donne le droit.

Mais les déductions que les auteurs ont tirées de cette jurisprudence ne nous paraissent pertinentes que dans la mesure où ils entendent par „devoir général de diligence“ l'obligation pour le créancier de veiller d'une façon toute générale à ce que le débiteur s'exécute ponctuellement et éventuellement de l'y contraindre. Nous ne pouvons les suivre en revanche lorsqu'ils estiment que cet arrêt restreint les obligations du créancier aux cas expressément prévus par la loi, dont l'énumération serait limitative. Ainsi que nous l'avons relevé, la ratio legis de ces obligations réside dans l'impossibilité où se trouve la caution d'intervenir pour écarter certains risques. Il est dès lors normal que cette protection cesse de lui être accordée sitôt que d'autres voies de droit sont à sa disposition pour prévenir ces risques, notamment lorsque la loi l'autorise à contraindre le créancier à agir (art. 503 ancien CO, 511 CO). Cette protection de la caution, qui constitue une exception au caractère unilatéral du contrat, doit trouver sa limite dès qu'elle n'est plus indispensable et que le garant peut se prémunir lui-même d'une façon efficace. C'est pour ce

¹³) Beck, n. 12 ad art. 503; Giovanoli, n. 2 et 3 ibidem; Gut, op. cit. p. 98.

¹⁴) Avant-projet, p. 40 et 58.

¹⁵) RO 14 p. 304, cons. 7, p. 312; cf. également RO 26 II 252.

motif que, dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a refusé de protéger la caution.

En revanche, lorsque certains risques ne peuvent être écartés que par une intervention du créancier, nous n'hésiterons pas à étendre ses obligations à des cas non prévus par la loi, dont à notre sens l'énumération n'est pas limitative. Si l'on admet que la situation particulière de la caution justifie que certaines obligations soient imposées au créancier, rien ne commande que cette protection soit restreinte aux hypothèses énumérées par le législateur. Dans un arrêt Pfister contre Banque de Langenthal, de 1938, la jurisprudence du Tribunal fédéral fournit en particulier un exemple de l'extension de ces obligations à un cas non prévu par la loi¹⁶). Il s'agissait du cautionnement d'un crédit de construction, garanti en outre par une hypothèque sur un terrain à bâtir. Le créancier ne veilla pas à ce que le crédit fût réellement affecté à la construction projetée et, en fait, l'emprunteur employa à d'autres fins les sommes qu'il prélevait sur ce compte. Aussi, à la faillite du débiteur, les cautions qui, lors de leur engagement, pensaient qu'à tout le moins la construction envisagée présenterait une garantie réelle importante, se virent offrir contre leur paiement le transfert d'une hypothèque sur un terrain nu de peu de valeur. Le Tribunal fédéral a estimé que le créancier avait vis à vis des cautions le devoir de veiller à ce que l'affectation du crédit fût conforme à la convention et il a libéré les cautions.

Certes, dans cette espèce, le Tribunal fédéral n'a pas invoqué l'article 509 ancien CO relatif au devoir de diligence du créancier. Il s'est fondé sur la simple interprétation de la volonté des parties. Selon l'arrêt, le seul fait que les cautions avaient entendu garantir un crédit de construction impliquait pour le créancier l'obligation de surveiller l'emploi des fonds remis à l'emprunteur. En ne le faisant pas, le créancier n'a pas usé de ses droits dans la mesure où les

¹⁶) RO 64 II 208, J. T. 1939 I p. 465.

parties au contrat de cautionnement en avaient réellement eu l'intention; il a ainsi manqué aux règles de la bonne foi.

Si la solution de l'arrêt nous paraît juste, il nous est difficile en revanche de nous rallier à la construction adoptée par le Tribunal. Le cautionnement est en effet défini, dans l'arrêt même, comme un contrat unilatéral. Nous ne saisissons dès lors pas très bien comment, en l'absence de toute clause particulière du contrat, on peut imposer une obligation conventionnelle au créancier et comment le devoir de veiller à l'affectation du crédit peut être déduit de la promesse unilatérale de la caution. L'arrêt invoque l'article 2 du Code civil; mais si cette disposition ordonne aux parties de se conformer aux règles de la bonne foi dans l'exercice de leurs droits, elle ne saurait à elle seule être le fondement d'une obligation non prévue par la loi ou la convention. Dès lors, si l'on veut déduire du contrat l'obligation que le Tribunal fédéral a imposée au créancier, on doit admettre que les cautions ont subordonné leur engagement à la condition (art. 151 CO) que le créancier veille à ce que le crédit soit exploité sous une forme déterminée et à ce que les fonds reçoivent la destination envisagée. Mais peut-on dire que les cautions aient subordonné leur volonté à une telle condition et surtout qu'elles aient manifesté cette intention (art. 1 CO)? Nous avons de la peine à l'admettre et l'arrêt nous paraît reposer sur une base quelque peu fragile, soit sur l'interprétation d'une volonté présumée — pour ne pas dire hypothétique — des parties. Une telle jurisprudence, fondée sur des éléments subjectifs — mauvaise foi du créancier, intention implicitement manifestée par les cautions — est en outre appelée à varier selon les cas et ne contribue pas à la sécurité du droit.

Nous aurions pour notre part préféré que le problème posé par cette espèce fût résolu par une interprétation par analogie des dispositions relatives au devoir de diligence du créancier. Un des motifs de la solution adoptée par le Tribunal fédéral est que le cautionnement crée des obliga-

tions unilatérales et que la caution ne peut intervenir pour écarter les risques que comporte sa responsabilité, alors que le créancier peut exclure ou du moins réduire ces risques. Or ce sont les raisons mêmes qui ont motivé l'institution d'obligations à la charge du créancier. A elle seule cette identité des motifs eût justifié que fût étendue à notre cas la règle de l'ancien article 509 CO. L'arrêt contient d'ailleurs des considérations qui se rapprochent de notre thèse: „Le créancier n'a pas le droit, lit-on à la page 471, de refuser à la caution la protection usuelle... La loi ne peut prévoir et réglementer tous les cas particuliers qui se présentent dans la pratique. Dans chaque espèce, c'est par l'examen du rapport juridique particulier créé par le contrat de cautionnement que l'on doit chercher à déterminer la diligence incombant au créancier...“ Il ressort de ces considérants que le Tribunal fédéral se place sur un terrain très voisin de l'article 509 ancien CO et 503 CO, et ce qui le démontre encore, c'est le fait que les commentateurs du droit nouveau invoquent également et d'une façon exclusive l'article 2 du Code civil pour justifier les règles relatives aux obligations du créancier. Ils reprennent en substance l'argumentation de l'arrêt, auquel l'un d'eux se réfère d'ailleurs expressément¹⁷⁾. Enfin le Tribunal fédéral invoque également l'article 505 ancien CO, relatif à la subrogation de la caution aux droits du créancier: l'arrêt fait grief au créancier d'avoir, par sa négligence, rendu illusoire le bénéfice de cette subrogation. Or le devoir de conserver les sûretés prévu à l'article 509 ancien CO est en corrélation directe avec l'institution de la subrogation.

On voit par ce qui précède, et quel que soit le fondement de la décision du Tribunal fédéral, que la jurisprudence admet que la loi ne peut régler tous les cas dans lesquels une obligation de diligence incombe au créancier. Aussi bien a-t-elle estimé que ce devoir de diligence doit être étendu à d'autres cas où, comme en matière de con-

¹⁷⁾ Beck, n. 14 ad art. 503.

servation des gages et des titres notamment, le créancier est seul en mesure de prévenir certains risques qu'implique pour la caution sa promesse de garantie. Si l'on peut regretter que le Tribunal fédéral n'ait pas plus nettement fondé sa décision sur une interprétation par analogie des dispositions légales instituant des obligations à la charge du créancier, il y a lieu cependant de souligner la nécessité où s'est trouvée notre Haute Cour d'étendre à d'autres cas que ceux prévus par la loi le principe du devoir de diligence. Et il n'est pas sans intérêt de constater que les motifs de l'arrêt sont ceux-mêmes invoqués par les commentateurs pour expliquer les règles nouvelles de l'art. 503 CO.

Nous n'hésitons pas dès lors à affirmer l'existence d'un devoir général de diligence incombant de par la loi au créancier, et dont le contenu paraît pouvoir être défini comme il suit: le créancier a le devoir de veiller, dans ses relations avec le débiteur, à ne pas compromettre les intérêts et les droits éventuels de la caution, ce dans la mesure où cette dernière ne peut intervenir elle-même pour sauvegarder ses droits. Nous insistons bien sur le fait que cette protection de la caution doit être limitée aux seuls cas où le garant n'a aucun moyen d'intervention.

Ce principe admis, il ne nous semblera pas nécessaire de justifier par une étude détaillée que chacune des règles des articles 503 et 505 CO apparaît comme un cas d'application particulier de ce principe¹⁸⁾. Chacune d'elles en effet rentre dans le cadre de la définition que nous avons tentée ci-dessus. Si l'on se range à cette opinion, on admettra qu'il est légitime de rechercher quelle est la nature juridique commune de ces obligations, quelle est leur relation avec les principes généraux du droit civil.

¹⁸⁾ C'est ce que paraît admettre Giovanoli, n. 4 ad art. 503, qui tout en contestant l'existence d'un devoir général de diligence, reconnaît cependant que les art. 503 et 505 ne doivent pas être interprétés limitativement.

Chapitre III.

La nature juridique des obligations du créancier.**Etude critique des solutions proposées.**

I.

Si les raisons d'ordre éthique qui ont incité le législateur à introduire des obligations à la charge du créancier sont faciles à donner, la construction juridique des dispositions des articles 503 et 505 CO et leur place dans le système général du droit civil sont en revanche beaucoup plus malaisées à déterminer. Or, même du point de vue pratique, la nécessité de tenter cette détermination ne saurait être mise en doute. Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, ces dispositions n'épuisent pas toutes les obligations de diligence du créancier. Elles ne contiennent pas non plus une réglementation complète de la matière qu'elles traitent et certaines questions se posent à la lecture de ces articles, auxquelles le texte légal ne répond pas toujours: ainsi, la caution est-elle libérée même en l'absence de toute faute du créancier? le juge peut-il appliquer en cette matière les dispositions générales des articles 42 et suivants CO sur la détermination du dommage et l'étendue de la réparation? Peut-il admettre que la „libération“ de la caution est une forme de réparation du préjudice causé par la faute du créancier ou bien s'agit-il d'une déchéance pure et simple?

A la condition que l'on puisse déterminer la nature juridique des obligations du créancier, définir les principes dont elles sont déduites, la solution de ces questions sera simple. Il suffira d'appliquer à nos dispositions les règles qui régissent la catégorie à laquelle elles appartiennent.

Ni les travaux préparatoires, ni les procès-verbaux des délibérations parlementaires ne traitent de ce problème théorique. La méthode la plus rationnelle est dès lors de rechercher si les dispositions que nous étudions contiennent certains éléments spécifiques, qui permettent de

les rattacher à telle institution et de les classer ainsi dans le système de notre droit des obligations.

II.

Les règles des articles 503 et 505 CO contiennent les éléments suivants, qui entrent en considération pour notre recherche :

1. Les obligations du créancier existent de par la loi, indépendamment de l'intention exprimée par les parties lors de la conclusion du contrat. Le devoir de conserver les sûretés, de les remettre à la caution qui paie, notamment, existe même lorsque cette dernière ignorait que des garanties réelles devaient être constituées. C'est ainsi qu'il s'étend aux sûretés constituées par le débiteur après le cautionnement pour la garantie spéciale de la dette cautionnée.

2. La nature des sanctions. A l'exception du cas spécial du cautionnement d'officiers publics et d'employés, la sanction consiste toujours dans la libération, totale ou partielle, de la caution (art. 503 al. 1 et 4) ou dans la perte, partielle tout au moins, des droits du créancier contre la caution (art. 505 al. 3). Cette libération implique parfois pour la caution le droit de répéter les sommes déjà payées et prend alors le caractère d'une véritable résolution du contrat ayant effet *ex tunc*. Elle intervient de plein droit, sans que la caution ait à soulever une exception. Le juge doit d'office la libérer lorsqu'il constate que l'une des conditions prévues par la loi est réalisée.

3. L'étendue des sanctions n'est pas l'objet d'une réglementation uniforme :

- a) la violation des devoirs énoncés à l'article 505 entraîne une perte de la créance limitée à l'étendue du préjudice subi par la caution, préjudice que cette dernière doit établir;
- b) la perte des sûretés est frappée de la même sanction, le fardeau de la preuve étant renversé. Mais dans ce cas, la mesure de la sanction dépend aussi d'un élément

subjectif tout à fait indépendant de l'étendue du préjudice: si la faute du créancier est grave, la caution est entièrement libérée quel que soit le dommage qu'elle a effectivement subi (art. 503 al. 4);

- c) la libération de la caution est complète, quelle que soit l'étendue du préjudice, en cas de refus de transmettre les sûretés, de remettre les titres utiles à l'exercice du droit de recours ou de donner les renseignements nécessaires à cet effet (art. 503 al. 3 et 4).

4. Enfin les obligations du créancier sont des obligations imparfaites, en ce sens qu'elles ne sont munies que de sanctions indirectes: la caution n'a pas d'action pour contraindre le créancier à observer son devoir de diligence.

Les principaux éléments intéressant notre étude, que nous avons ainsi dégagés des règles nouvelles, ne nous permettent pas de rattacher d'emblée ces règles à une institution déterminée. Nous nous proposons dès lors de procéder à une étude critique des diverses solutions qui peuvent être envisagées et qui se ramènent, dans leurs grandes lignes aux trois constructions suivantes: a) les obligations du créancier ont leur source dans une modalité de la promesse unilatérale de la caution; c'est la thèse soutenue par la doctrine dominante, fondée sur l'art. 2 CC; b) les obligations du créancier sont issues d'une relation juridique distincte de l'engagement unilatéral de la caution, sur lequel elle vient en quelque sorte se greffer; c'est la thèse admise, sous l'empire de l'ancien droit, par la doctrine et la jurisprudence pour certaines de nos règles; c) le contrat de cautionnement est un contrat bilatéral.

III.

§ 1.

Constructions fondées sur l'article 2 du Code civil.

La jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁹⁾ expliquait les dispositions des articles 508 et 510 ancien CO, relatifs au

¹⁹⁾ RO 64 II 27, J. T. 1938 I p. 368.

devoir de transfert des gages et de remise des titres, en invoquant l'article 2 du Code civil. Les commentateurs du nouveau droit²⁰⁾ voient dans cette disposition le principe des obligations du créancier. Le créancier ne peut user de ses droits, disent-ils en substance, que dans la mesure où les parties en ont eu réellement l'intention lors de la conclusion du contrat, quand bien même elles n'ont pas expressément manifesté cette intention. Il ne saurait dès lors, sans enfreindre son devoir d'exécuter le contrat selon les règles de la bonne foi, se défaire de sûretés ou refuser de transférer des titres sur lesquels la caution a compté lorsqu'elle s'est engagée.

Si l'on admet que le cautionnement est un contrat unilatéral, cette thèse revient en réalité à subordonner la responsabilité de la caution à une condition dont elle aurait implicitement fait dépendre son engagement et que le créancier ne peut ignorer de bonne foi (cf. p. 293 ci-dessus). Or si l'on fonde les obligations du créancier sur ce principe, le juge devra se reporter dans chaque cas à l'intention commune des parties. Il ne saurait se borner à examiner si les éléments objectifs prévus par le texte légal (diminution des sûretés, par exemple) sont réunis, mais il recherchera notamment si, lors de son engagement, la caution savait que les sûretés en question devaient être constituées, si le créancier a eu connaissance de cette considération et enfin si la perte des sûretés est due à un acte de mauvaise foi du créancier. Mais ce sont là autant de conditions que ne pose pas le texte légal: ainsi, en vertu de l'article 503 alinéa 1, la caution est libérée à concurrence de la valeur des sûretés par le seul fait que le créancier les a laissés perdre et cela même s'il s'agit de sûretés dont elle ignorait l'existence lorsqu'elle a souscrit son engagement ou de garanties postérieures au cautionnement. Certaines sanctions prévues par la loi (art. 503 al. 1 et 505) interviennent en l'absence de toute mauvaise foi du créancier, en cas de

²⁰⁾ Beck, n. 14 ad art. 503; Giovanoli, n. 5 et ss. *ibidem*.

faute légère notamment²¹). Et le refus objectivement injustifié de remettre à la caution les gages ou les documents ou enfin de lui donner les renseignements nécessaires, conditions objectives de la libération du garant selon l'art. 503 al. 4, n'impliquent pas nécessairement de la mauvaise foi de la part du créancier. Nous avons vu enfin que, dans certains cas, la négligence du créancier entraîne la libération totale de la caution, sanction qui sera souvent disproportionnée au préjudice subi par le garant. Il nous paraît bien difficile de justifier de telles conséquences par la règle de l'article 2 du Code civil.

Ainsi, la thèse que nous venons d'examiner ne cadre pas avec les dispositions légales. Elle n'impliquerait en effet des obligations pour le créancier que dans les seuls cas où, lors de son engagement, la caution aurait connu l'existence des sûretés et se serait fiée au su du créancier à cette garantie concurrente, au maintien de laquelle elle aurait subordonné la validité du contrat. Cette thèse conduirait également à ne faire jouer les sanctions que lorsque l'attitude du créancier constituerait à tout le moins une négligence grave, inconciliable avec les règles de la bonne foi. Elle aurait ainsi pour conséquence de restreindre le champ d'application de nos dispositions d'une façon incompatible avec le texte légal. On ne saurait y voir le principe général dont pourraient être déduites les dispositions des articles 503 et 505 CO.

La libération de la caution instituée par ces dispositions ne peut dès lors être considérée comme la conséquence d'une condition implicite à laquelle serait subordonné son engagement, elle ne peut être déduite d'une modalité de la promesse unilatérale de la caution.

²¹) Dans l'arrêt Scherer, RO 64 II 25, J. T. 1938 I p. 368, le Tribunal fédéral constate que la diminution des sûretés n'implique pas nécessairement un acte de mauvaise foi du créancier.

§ 2.

Construction fondée sur le mandat.

La doctrine et un arrêt du Tribunal fédéral²²⁾ fondaient le devoir de diligence du créancier prévu par l'article 509 ancien, relatif à la conservation des sûretés, sur un rapport juridique analogue au mandat. Le créancier, disaient-ils en substance, répond comme un mandataire, à l'égard de la caution, de toute diminution de sûretés. Exerçant des droits auxquels la caution sera subrogée si elle paie la dette, il gère ainsi, dans une certaine mesure, l'affaire de la caution. Il s'établit dès lors entre le créancier et la caution un rapport de droit analogue au mandat — ou à la gestion d'affaires —, qui vient se „greffer“ sur la promesse de la caution.

Sous l'empire de la loi ancienne, cette construction correspondait à la disposition de l'article 509, puisque la diminution des sûretés avait pour sanction la naissance d'une obligation à réparation du préjudice causé à la caution par la faute du créancier, réglementation en tous points conforme aux dispositions des articles 398 et suivants, 97 et suivants CO, qui régissent la responsabilité du mandataire.

En revanche, nous ne pouvons y trouver une explication satisfaisante de la réglementation nouvelle, exception faite de l'article 503 alinéa 2 relatif au devoir de surveillance de l'employeur en matière de cautionnement d'officiers publics et d'employés, qui a maintenu le système de l'article 509 ancien.

Nous avons vu en effet que la sanction prévue par les dispositions nouvelles est la libération, totale ou partielle, de la caution, libération qui intervient de plein droit. En instituant cette sanction, le législateur a établi entre la responsabilité de la caution d'une part, et l'exé-

²²⁾ RO 64 II 25, J. T. 1938 I p. 368; Becker, n. 11 ad art. 509; cf. Beck, n. 30 ad art. 503, qui invoque également les règles de la bonne foi à la note 14.

cution des obligations du créancier, d'autre part, une relation de dépendance, qui modifie profondément la nature de la règle légale. En effet, dans le système de l'art. 509 ancien, l'obligation au paiement de dommages-intérêts imposée au créancier négligent laissait intacts en principe les droits lui compétant contre la caution. Ces droits subsistaient intégralement quels que fussent les manquements du créancier. Ils ne pouvaient être éteints que par la compensation, et cela pour autant que la caution était en mesure de l'opposer, en faisant valoir sa prétention en réparation du préjudice causé par la perte des gages. Selon le système actuel, au contraire, la dette de la caution est sans autre éteinte ou du moins réduite par le seul fait de la perte ou de la diminution des sûretés, parfois même indépendamment de l'existence d'un préjudice ou de l'étendue de ce préjudice. Il s'agit, contrairement à l'opinion de M. Giovanoli²³), d'une véritable déchéance. Les obligations respectives des parties au contrat dépendent ainsi l'une de l'autre: la négligence du créancier libère la caution; sa diligence, la conservation des sûretés et des preuves apparaissent en revanche comme la condition de sa responsabilité.

Or cette réglementation nouvelle est inconciliable avec la construction décrite ci-dessus, qui déduit les obligations du créancier d'une relation juridique analogue au mandat. Car si l'on fait intervenir un contrat de mandat ou la gestion d'affaires pour expliquer la naissance de ces obligations, c'est que l'on admet qu'elles n'ont pas leur source dans la promesse de la caution. C'est reconnaître et confirmer le caractère unilatéral de cette promesse. Les obligations respectives de chacune des parties ont ainsi leur fondement dans deux contrats connexes, certes, mais distincts: celles du garant sont déduites de son engagement unilatéral, qui ne comporte aucune contre-prestation; celles du créancier sont issues d'un mandat. Or ces con-

²³) n. 14 ad art. 503.

trats distincts ne peuvent donner naissance qu'à des obligations indépendantes l'une de l'autre, ayant chacune sa sanction particulière. Il ne peut y avoir entre elles ce lien de réciproque causalité qui est propre aux obligations nées d'un contrat synallagmatique, et a pour conséquence que la carence d'une partie libère le co-contractant. Il s'ensuit que, selon la thèse du mandat, l'existence de la créance contre la caution, par le fait même qu'elle a sa source dans un engagement unilatéral, ne peut pas dépendre de la conservation des sûretés ou des preuves. Le devoir de diligence n'apparaît pas comme une contre-prestation qui doive être exécutée au préalable pour que la caution puisse être recherchée. Dès lors, la perte ou la diminution des sûretés ne peut pas avoir pour sanction la libération, même partielle, de la caution. Les seules sanctions possibles, selon cette thèse, sont celles du droit du mandat telles que les prévoient les articles 398 et suivants CO: la naissance en faveur du mandant d'une créance en indemnité, qui, sous réserve des effets de la compensation duement opposée, laisse intacts les droits du créancier.

Or ce n'est pas la sanction prévue par nos articles 503 et 505. Leur réglementation est incompatible avec une construction juridique selon laquelle les obligations du créancier ont leur fondement dans un mandat, qui, s'il est le corollaire de l'engagement de la caution, n'en demeure pas moins distinct et ne lui enlève nullement son caractère unilatéral. Le législateur est ainsi allé beaucoup plus loin qu'il se le proposait lorsqu'il envisageait une légère amélioration pratique du sort de la caution en renversant le fardeau de la preuve.

On pourrait, il est vrai, se demander si la libération de la caution ne devrait pas être considérée comme résultant d'une compensation *ex lege*, telle que la connaît le droit français, entre la dette de la caution et l'obligation du créancier à des dommages-intérêts. Outre qu'une telle institution serait en contradiction avec la conception de la compensation du droit suisse, cette thèse ne se justi-

fierait que si, dans tous les cas, la caution n'était libérée qu'à concurrence du préjudice subi. La réparation doit en effet trouver sa limite dans l'étendue du dommage. Or il suffit de relire l'article 503 alinéa 4 pour se convaincre du contraire.

Chapitre IV.

Peut-on rendre compte des obligations du créancier en considérant le cautionnement comme un contrat bilatéral?

Il résulte de notre étude qu'en droit positif suisse, le fondement des obligations du créancier ne peut être recherché ni dans une condition dont la caution ferait dépendre implicitement son engagement, ni dans une relation juridique distincte venant se greffer sur le cautionnement. Les règles des articles 503 et 505 ne paraissant avoir leur source ni dans le cautionnement considéré comme promesse unilatérale, ni dans une relation juridique distincte de ce contrat, on en vient dès lors à se demander si la conception partout admise en droit suisse, selon laquelle le cautionnement est un contrat unilatéral, peut encore être maintenue. Nous avons vu ci-dessus que les dispositions que nous étudions présentent certains caractères propres aux contrats synallagmatiques. Par les sanctions qu'elles prévoient, notamment, elles font dépendre l'obligation de la caution de la fidèle exécution des devoirs du créancier. La diligence de ce dernier est la condition de la responsabilité de la caution ou de sa responsabilité intégrale tout au moins.

Peut-on dès lors rendre compte des règles posées aux articles 503 et 505 en considérant le cautionnement comme un contrat bilatéral?

Une telle conception ne serait pas nouvelle. Tant le Code civil français, à son article 2037, que le Code civil allemand, à son paragraphe 776, connaissent une réglementation analogue à celle de notre nouveau droit. Tous deux

prévoient en effet que la caution est libérée si le créancier perd les sûretés dont il est nanti. Et certains auteurs français modernes classent le cautionnement parmi les contrats synallagmatiques, trouvant là l'explication de la résolution instituée par l'article 2037 de leur code²⁴).

Il convient cependant de souligner que la règle de l'article 2037 du Code Napoléon, qui se concilie mal avec la conception traditionnelle du cautionnement, ne s'explique que par l'histoire de cette institution et a sa source dans une construction, fort artificielle d'ailleurs, imaginée par les juristes romains pour parer aux insuffisances de la sponsio et de la fideiussio, les formes traditionnelles des garanties personnelles.

Cette construction est celle du *mandatum credenda pecuniae*, dont le mécanisme peut être décrit comme il suit :

La caution ne prenait aucun engagement envers le créancier ; elle ne lui faisait aucune promesse de garantie. Elle lui donnait simplement mandat de faire crédit au débiteur principal. Le prêt était consenti en exécution de ce mandat. Le créancier qui subissait une perte par suite de l'insolvabilité du débiteur, actionnait dès lors la caution, son mandant, non pas en vertu d'une promesse de garantie, mais en remboursement des impenses que lui avait occasionnées l'exécution du mandat. Il lui intentait l'*actio mandati contraria*, c'est-à-dire l'action ouverte au mandataire contre le mandant pour se faire payer les frais occasionnés par l'accomplissement du mandat. Mais l'exercice de cette action suppose que le mandataire a de son côté satisfait à ses obligations. Si donc le créancier avait laissé perdre les sûretés constituées ou négligé certains de ses droits contre le débiteur, s'il refusait de transférer à son mandant, auquel il réclamait le paiement, les droits lui compétant contre le débiteur, le mandant-caution

²⁴) Jossierand, Cours de droit civil positif français, t. II, 2e éd., p. 810 note 1490 ; Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 7e éd., p. 747.

pouvait, dans le droit de Justinien tout au moins, opposer à l'action de son mandataire une exception fondée sur une mauvaise exécution du mandat. C'était l'*exceptio cedendarum actionum*, qui paralysait l'action du créancier²⁵).

Cette exception était certes à sa place dans un système où l'ensemble des relations entre le garant et le créancier était déduit d'un contrat de mandat, en vertu duquel l'obligation du mandant de rembourser au mandataire ses impenses avait pour condition une fidèle exécution de son ordre. On la conçoit plus difficilement en revanche dans un contrat unilatéral. Elle fut néanmoins étendue par Pothier²⁶) aux formes ordinaires du cautionnement, au fidéjusseur en particulier et, sous l'influence de ce jurisconsulte, elle a passé dans le Code Napoléon pour être reprise par le droit allemand.

On ne saurait toutefois, en raison même de cette origine particulière de l'article 2037 du Code civil français, recevoir sans autre dans notre droit l'opinion des auteurs français qui se fondent sur cette disposition pour considérer le cautionnement comme un contrat synallagmatique. Il y a une autre raison pour cela : la règle française connaît une seule sanction, la libération intégrale de la caution, qui peut être assimilée sans difficulté à la résolution du contrat, tandis que notre article 503 en particulier institue des sanctions plus ou moins rigoureuses selon la gravité de la faute du créancier. Nous nous garderons d'un rapprochement hâtif entre les lois française et suisse et nous rechercherons si l'hypothèse du contrat bilatéral se concilie avec notre réglementation légale.

Parmi les éléments que nous avons dégagés, l'un d'eux est propre aux contrats bilatéraux : c'est la nature de la sanction, qui consiste toujours, sauf pour le cautionnement

²⁵) Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 5e éd., p. 753, 764. D. 46. 3. 95. 11.

²⁶) Des obligations, n° 557, dans les oeuvres de Pothier, annotées par Bugnet, 2e éd. Paris 1861, p. 293.

d'employés, dans la libération totale ou partielle du débiteur. Ainsi que nous l'avons souligné plus haut, la loi établit entre les obligations des parties une relation de réciprocité ou tout au moins de dépendance qui est le propre des contrats synallagmatiques. Il ne peut certes s'agir d'un contrat synallagmatique parfait, où „l'engagement d'une des parties est le fondement de celui de l'autre“, pour reprendre l'expression de Donat. Car les obligations assumées par le créancier ne sont pas la cause de la promesse de la caution. Ce ne pourrait être qu'un contrat bilatéral imparfait qui, bien qu'il impose des obligations à une seule partie, peut être la source d'obligations naissant à la charge de l'autre²⁷⁾. Le dépôt, le mandat gratuit sont des exemples de ces contrats.

Le fait que certaines des obligations du créancier ne sont qu'accidentelles et ne trouvent un aliment que si des conditions déterminées sont réalisées (constitution de sûretés, demeure, faillite ou concordat du débiteur) n'est nullement inconciliable avec cette conception. Cela est le cas également, par exemple, des obligations du déposant et du mandant.

Nous ne saurions voir non plus une objection dans le fait que l'inexécution de ses obligations par le créancier n'entraîne pas toujours la libération complète de la caution. La réciprocité des obligations de chaque contractant n'implique pas nécessairement que tout manquement de l'un libère entièrement son co-contractant. Lorsque l'inexécution n'est que partielle ou lorsqu'elle ne compromet que partiellement l'équilibre entre les prestations des parties, on peut fort bien concevoir qu'elle n'ait pour sanction qu'une libération également partielle. Nous trouvons d'ailleurs une application de ce principe en matière de vente et de bail, les contrats synallagmatiques par définition, où les défauts de la chose vendue ou remise à bail ont parfois pour sanction une simple réduction des pres-

²⁷⁾ Cf. Josserand, *op. cit.* p. 15.

tations de l'acheteur ou du preneur (art. 205, 254, 255, 277 CO).

Mais il existe une autre objection qui, en revanche, nous paraît décisive:

Si l'on considère les obligations du créancier comme la condition de la dette de la caution, leur inexécution doit entraîner les sanctions prévues par la loi indépendamment de toute faute du créancier. C'est une règle essentielle en matière de contrats bilatéraux que si l'une des parties ne s'exécute pas, l'autre est libérée, quelle que soit la cause de cette inexécution et cela quand bien même la prestation est devenue impossible (art. 119 al. 2 CO). Pour que le créancier puisse résoudre le contrat en vertu de l'article 107 CO, il suffit que le débiteur soit en demeure, l'élément subjectif n'entrant en considération que pour l'obligation de payer des dommages-intérêts. Cette règle est la conséquence naturelle de la réciprocité des prestations.

Dès lors, si l'on admettait que le cautionnement fût un contrat bilatéral, la caution serait libérée, partiellement tout au moins, dès que les conditions objectives, telles que la perte des sûretés ou des preuves, par exemple, seraient réalisées, et cela sans prendre en considération aucun élément subjectif, c'est-à-dire quand bien même le créancier n'aurait commis aucune faute quelconque.

Une telle solution n'est pas inconciliable avec le texte légal, qui nulle part n'indique la faute du débiteur comme une condition de la libération de la caution. Seul l'article 503 alinéa 4 prend en considération la gravité de cette faute, mais seulement pour aggraver la sanction ordinaire.

Nous estimons cependant une telle méthode insuffisante. L'exégète doit tenir compte, dans son interprétation, non seulement du texte légal, mais aussi de l'évolution de l'institution, ainsi que des éléments que lui fournissent les travaux préparatoires de la loi, qui peuvent lui donner des indications parfois précieuses sur l'intention du législateur. S'il est nécessaire que la construction théorique

que nous tentons se concilie avec les éléments contenus dans les règles qui sont l'objet de notre étude, cette condition n'est pas suffisante. Nous devons en outre tenir compte des principes qui ont présidé à l'élaboration de la loi nouvelle.

Or l'étude des travaux préparatoires démontre que le législateur de 1941 n'a pas entendu apporter une réforme de structure en cette matière. Il n'y a nulle part aucun indice d'une intention de modifier les conditions de la responsabilité de la caution. C'est ainsi notamment que la règle nouvelle de l'article 503 alinéa 1 n'a remplacé l'obligation du créancier à payer des dommages-intérêts par la réduction de la dette de la caution, que pour renverser le fardeau de la preuve. Ce n'est pas sur le droit français, qui fait abstraction de la faute du créancier, que le législateur a pris exemple. Et cela explique qu'à l'alinéa suivant, en matière de cautionnement d'employés, on ait conservé la sanction d'une créance en dommages-intérêts prévue par l'ancien droit. La nécessité d'un renversement du fardeau de la preuve ne s'imposait pas. C'est ainsi également que la déchéance instituée à l'article 503 alinéa 4 pour le cas où le créancier s'est dessaisi des sûretés de mauvaise foi ou par négligence grave, a été introduite lors de la seconde délibération au Conseil national seulement²⁸⁾ et cette disposition a sa source dans un arrêt du Tribunal fédéral²⁹⁾, dans lequel notre Cour suprême se demandait, sans trancher la question d'ailleurs, si le dol du créancier ne justifiait pas la libération de la caution en application des règles de la bonne foi. Ce sont également les règles de la bonne foi qui ont toujours été invoquées dans l'ancien droit, dont les dispositions ont été reprises sans modifications de structure, pour justifier la libération de la caution en cas de refus du créancier de lui délivrer les sûretés. Dans la loi ancienne déjà, le créancier „perd ses droits“ s'il n'intervient pas dans la faillite du débiteur ou n'avise pas

²⁸⁾ Bull. stén., Cons. nat. 1940 p. 692.

²⁹⁾ RO 64 II 25, J. T. 1938 I p. 368.

la caution de cette faillite (art. 511 ancien). Or malgré le texte de cette disposition, la doctrine³⁰⁾ admettait qu'elle instituait une responsabilité du créancier analogue à celle de l'article 509. Le droit nouveau a simplement repris la règle du Code de 1881.

On peut certes émettre des doutes sur la valeur des principes invoqués dans la doctrine et la jurisprudence pour justifier les règles du droit ancien reprises par la loi nouvelle, que nous venons de rappeler. On peut également faire des réserves sur l'interprétation qu'a donnée M. Becker de l'article 511 ancien. Il n'en reste pas moins que le Code de 1881 était pénétré de l'idée que la responsabilité du créancier était subordonnée à la condition qu'il eût commis une faute. Cette responsabilité se fondait sur un acte de mauvaise foi ou bien elle était déduite des articles 402 et 97 CO. Or ce principe a été maintenu par la loi nouvelle, qui n'a pas innové sur ce point. C'est l'avis également des commentateurs³¹⁾.

Le texte de l'article 503 nouveau renferme d'ailleurs quelques indices de cette intention, que révèle clairement l'étude des travaux préparatoires. C'est ainsi que la note marginale parle du „devoir de diligence“ et non seulement des devoirs ou obligations de la caution. Or ce terme même de diligence fait appel à une notion subjective. D'autre part, l'article 503 alinéa 4 in fine prévoit que „la caution peut réclamer la restitution de ce qu'elle a payé et la réparation du dommage supplémentaire“, sans exiger expressément dans ce dernier cas que le créancier ait commis une faute. Or en général notre Code mentionne cette condition (cf. art. 109, 208, 255, 402). Le fait que le texte ne porte pas la mention usuelle „et en cas de faute“ peut être interprétée en ce sens que les conditions de la répétition et de l'action en dommages-intérêts sont identiques.

³⁰⁾ Becker, n. 4 ad art. 511; cf. également RO 26 II 292.

³¹⁾ Giovanoli, n. 13 ad art. 503; Beck, n. 30 ibidem.

On doit dès lors admettre que, dans tous les cas prévus aux articles 503 et 505 CO, le créancier peut se libérer en établissant n'avoir commis aucune faute. Et une construction qui implique la libération de la caution même en l'absence de faute du créancier ne se concilie pas dès lors avec ces dispositions telles que nous les interprétons. Tel est le motif pour lequel, à notre sens, on ne peut expliquer les règles sur les obligations du créancier par le caractère synallagmatique du contrat de cautionnement. Nous estimons ainsi que la solution donnée à ce problème par une partie de la doctrine française ne vaut pas pour notre droit³²).

Chapitre V.

Conclusion.

I.

Le résultat de notre étude est ainsi négatif. Nous croyons en effet avoir épuisé toutes les constructions permettant de classer les règles relatives aux obligations du créancier dans le système général de notre droit civil. Ces règles ne peuvent avoir leur fondement dans une condition implicite dont la caution ferait dépendre son engagement, car nos dispositions s'appliquent à toutes les sûretés, même à celles dont la caution ignore l'existence lors de sa promesse. Sauf pour le cautionnement d'employés et d'officiers publics, on ne peut déduire les obligations du créancier d'une relation juridique distincte du cautionnement, se greffant sur ce contrat: les sanctions prévues par les articles 503 et 505 sont dans leur essence différentes de celles qu'impliquerait une telle construction. Enfin la

³²) Comme le relève avec pertinence M. Giovanoli, n. 14 in fine ad art. 503, l'objection que nous soulevons ici ne vaut pas pour le droit français, où le débiteur de l'obligation contractuelle répond non seulement de sa faute, mais de son fait et n'est libéré que lorsque l'inexécution est imputable à la force majeure ou au cas fortuit (cf. Jossierand, op. cit. p. 334).

thèse du contrat synallagmatique, à laquelle le texte légal paraît à première vue satisfaire, ne se concilie pas avec une réglementation selon laquelle le créancier ne répond que de sa faute.

Il n'est ainsi pas possible, en faisant la synthèse des éléments que permet de dégager l'analyse des textes, de rattacher les règles que nous avons étudiées à un principe général. Quelle que soit la solution envisagée sur la base de certaines de ces données, elle ne rend pas compte de toutes les règles que renferment les dispositions légales. Il subsiste toujours, dans chaque hypothèse, quelque élément irréductible. La cause en est que, sur ce point tout au moins, la revision de la loi s'est faite selon une méthode empirique. Le législateur a eu en vue telle amélioration pratique du sort de la caution: ici c'est le fardeau de la preuve qu'il a jugé équitable de renverser, là c'est une sanction plus efficace qu'il s'agissait d'instituer. Et l'on n'a pas pris garde au fait que ces retouches de détail finissaient par modifier profondément l'institution.

II.

La solution du problème nous paraît devoir tenir compte principalement d'un aspect nouveau du droit de cautionnement³³): à l'exception de quatre d'entre elles³⁴), toutes les règles du droit de cautionnement s'imposent aux parties, qui ne peuvent y déroger conventionnellement. C'est là peut-être l'innovation la plus profonde du nouveau droit. Le cautionnement est ainsi soustrait au principe de l'autonomie de la volonté des parties à un degré jusqu'alors inconnu de notre droit des contrats. Ses dispositions forment un statut rigide, que les parties doivent accepter tel quel et qu'elles ne peuvent modifier.

Les obligations du créancier instituées aux articles 503 et 505 sont moins des obligations au sens technique du

³³) Art. 492 al. 4 CO.

³⁴) Ce sont les dispositions des art. 496 al. 2, 499, 500 al. 1 et 501 al. 4 in fine.

terme — nous avons relevé que la caution ne peut en exiger l'exécution — que la conséquence d'une limitation apportée par la loi à l'engagement de la caution. Cette limitation existe indépendamment de la volonté de la caution, contre sa volonté même. Ce n'est pas une présomption légale, même irréfragable, d'une volonté implicite des parties.

La loi impose ainsi l'observation d'un devoir de diligence au créancier dans l'intérêt de la caution: l'inobservation fautive de ce devoir entraîne des sanctions plus ou moins étendues selon le préjudice qui en résulte pour la caution et selon la gravité de la faute du créancier. Ces règles sont un élément nécessaire de tout contrat de cautionnement en droit suisse; il est dorénavant impossible à une caution de contracter un engagement sans réserves, qui ne dépende pas de l'exécution des obligations du créancier et cela quelles que soient les conditions dans lesquelles le contrat a été conclu. La responsabilité de la caution, l'étendue de sa promesse de garantie trouvent ici une limite impérativement tracée par la loi.

Cette explication ne fait que confirmer notre incapacité de rendre compte de la nature juridique des règles que nous avons étudiées, de les classer dans le système de notre droit civil. Ces règles n'obéissent pas à un principe général qu'on puisse déterminer par voie d'induction, afin d'en déduire avec sécurité des règles valables pour chaque espèce particulière. L'interprète auquel sera soumis un cas non expressément prévu par la loi, ne pourra que raisonner par analogie, selon une méthode toute casuistique, ou rechercher dans les travaux préparatoires de la loi les rares indices de la volonté d'un législateur qui paraît avoir renoncé à reprendre dans son ensemble l'étude de notre institution. Ainsi l'interprétation de la loi ne se fera pas selon les règles sûres et éprouvées de la logique, mais tout problème risque fort de se ramener à une „question d'interprétation“, dont la solution variera selon les cas et selon les juges. Si donc la réglementation nouvelle est peut-être

plus équitable que celle qu'elle a remplacée, elle présente en revanche le grave défaut de ne pas constituer un système cohérent, ce qui est de nature à compromettre la sécurité du droit dans un domaine où elle nous semble singulièrement nécessaire.

Le législateur nous paraît avoir oublié, et cela est profondément regrettable, le sage précepte du Professeur Fleiner, selon lequel „rien n'est plus pratique que la théorie“.
