

FEUILLE FÉDÉRALE

91^e année

Berne, le 20 décembre 1939

Volume II

Paraît une fois par semaine. Prix: 20 francs par an; 10 francs pour six mois, plus la taxe postale d'abonnement ou de remboursement.

Avis: 50 centimes la ligne ou son espace; doivent être adressés franco à l'imprimerie des hoirs K.-J. Wyss, société anonyme, à Berne.

3975

MESSAGE

du

Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi revisant le titre vingtième du code des obligations du 30 mars 1911 (du cautionnement).

(Du 20 décembre 1939.)

Monsieur le Président et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre, avec le présent message, un projet de loi revisant le droit de cautionnement.

Le 8 décembre 1932, M. Schirmer, député au Conseil national, et d'autres députés avaient déposé le postulat suivant, qui fut accepté le 27 septembre 1933:

« Le Conseil fédéral est invité à examiner s'il n'y a pas lieu de reviser le titre du code des obligations relatif au cautionnement (art. 492 à 512) en vue de protéger plus efficacement la caution, notamment:

1^o D'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, 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^o 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^o D'astreindre le créancier à actionner tout 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^o 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. »

Un an plus tard, soit le 6 décembre 1933, M. Schmutz déposa un postulat au Conseil national qui l'accepta le 22 mars 1934; ce postulat est ainsi conçu :

« Le Conseil fédéral est invité à présenter dans le plus bref délai possible un rapport et des propositions 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 vingtième du code des obligations 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 ? »

Un nouveau postulat fut déposé le 31 août 1934 par la commission du Conseil national chargée d'examiner les mesures juridiques temporaires pour la protection des agriculteurs dans la gêne; il a été adopté le 26 septembre 1934 dans les termes suivants :

« Le Conseil fédéral est invité à entreprendre sans tarder la revision, dans le code des obligations, des dispositions relatives au cautionnement et notamment à étudier les moyens de lutter contre l'abus des cautionnements et des crédits octroyés sur cautionnements. »

Peu de temps après, le 17 octobre 1934, la commission du Conseil des Etats appelée à se prononcer sur le projet de loi sur les banques présenta elle aussi un postulat qui fut accepté par le Conseil des Etats le 6 novembre 1934 et qui avait la teneur suivante :

« Le Conseil fédéral est invité à présenter un rapport sur la possibilité de créer, pour remédier à l'abus des cautions privées, un registre des cautionnements qui serait accessible aux banques, éventuellement au public. »

Le même jour, la commission du Conseil national pour le même objet déposa la motion ci-après qui fut prise en considération le lendemain :

« Le Conseil fédéral est invité à présenter à l'Assemblée fédérale, dans le délai d'une année, un projet de loi réprimant les abus en matière de cautionnements. »

Donnant suite à ces propositions, le département de justice et police chargea sa division de justice de préparer un projet. Celle-ci déposa, au début de 1937, un premier avant-projet dont l'innovation principale consistait à exiger dans une certaine mesure la forme authentique pour le contrat de cautionnement et qui prévoyait en outre une série d'autres dispositions destinées à protéger la caution. En l'absence de données statistiques permettant de se faire une idée exacte de l'étendue et des causes

de la crise du cautionnement, cet avant-projet fut publié en juin 1937 en même temps qu'un rapport circonstancié, dans l'idée qu'ils donneraient lieu à des suggestions et propositions. En fait cet appel éveilla heureusement un vif intérêt. La division de justice reçut nombre de mémoires émanant de tous les milieux intéressés, notamment d'associations artisanales, de l'agriculture, de propriétaires immobiliers et fonciers, de coopératives de cautionnement, de facultés de droit, de sociétés de juristes et d'utilité publique, de groupements féminins et de particuliers. Un examen attentif de cette précieuse documentation démontra que l'avant-projet tenait à peu près le juste milieu entre les vœux des créanciers, notamment des banques, d'une part et ceux des artisans, de l'agriculture et du commerce, d'autre part. Tandis que les premiers estimaient que le projet allait trop loin et contestaient pour la plupart la nécessité d'une revision, les seconds exigeaient une protection beaucoup plus étendue de la caution, certains d'entre eux réclamant même l'introduction d'un registre des cautionnements.

La division de justice élaborà, au moyen de cette documentation, un deuxième avant-projet, qui maintenait l'exigence de la forme authentique et correspondait d'ailleurs pour l'essentiel au premier. Ce deuxième avant-projet fut discuté, les 24 et 25 avril 1939, par une commission d'experts présidée alternativement par MM. Baumann, conseiller fédéral, et Kuhn, chef de la division de justice. La commission était en outre composée de MM.:

1. Aeby P., professeur à l'université, député au Conseil national, Fribourg;
2. Brugger, expert pour les questions économiques à l'union suisse des paysans, Brougg;
3. Carry Paul, professeur à l'université, Genève;
4. Guhl Theo, professeur à l'université, Berne;
5. Hadorn B., directeur général de la banque populaire suisse à Berne, délégué de l'association suisse des banquiers;
6. Hedinger Paul, directeur de la banque cantonale de Bâle, délégué de l'union des banques cantonales suisses;
7. Henry Max, juge cantonal, Neuchâtel;
8. Heuberger J., chef de la section de revision de l'union suisse des caisses de crédit mutuel, St-Gall;
9. Huber Johannes, avocat, député au Conseil national, St-Gall;
10. Jaccard R., chef de la centrale de l'union suisse des coopératives de cautionnement des arts et métiers, Berne;
11. Iten Alphonse, procureur général, député au Conseil des Etats, Zoug;
12. Karrer Hans, avocat, Zurich, délégué de la société suisse d'utilité publique;

13. Mumenthaler Fritz, préfet, Sarnen;
 14. Nägeli Elisabeth, directrice de l'office de consultation financière de la coopérative de cautionnement Saffa, Zurich;
 15. Pointet Jean-Pierre, avocat, secrétaire du Vorort de l'Union suisse du commerce et de l'industrie, Zurich;
 16. Rossel H., ingénieur-agronome, Brougg, délégué de la coopérative de cautionnement pour ouvriers agricoles et petits paysans;
 17. Schirmer A., député au Conseil national, président de l'union suisse des arts et métiers, St-Gall;
 18. Stauffer W., juge fédéral, Lausanne;
 19. Wolf A., directeur de l'office central de l'union suisse de banques régionales, caisses d'épargne et de prêt, Zurich;
 20. Wyss Werner, notaire, vice-président de la fédération suisse des associations de propriétaires immobiliers, Bienne,
- et, comme représentants du département de justice et police, MM. Kuhn, chef de la division de justice, et Beck, adjoint à cette division.

Les délibérations de cette commission permirent aux représentants des milieux opposés de se rencontrer sur une ligne intermédiaire en ce qui concerne presque tous les points essentiels, dans la plupart des cas en conformité avec l'avant-projet, auquel furent cependant apportés de très précieux amendements et adjonctions. Le présent projet est, dans l'ensemble, conforme aux décisions de la commission d'experts. Sur certains points auxquels nous reviendrons il s'en écarte matériellement, tandis que sur d'autres seule la rédaction a été modifiée.

Afin que les principaux problèmes de cette importante revision législative ne disparaissent pas dans la masse des détails, les questions de principe seront d'abord discutées systématiquement, dans la première partie de l'exposé qui va suivre; dans la seconde partie, nous traiterons les problèmes secondaires, suivant l'ordre des articles du projet et en nous fondant sur le texte proposé.

Parmi les publications qui s'occupent spécialement de la revision du droit de cautionnement, il faut signaler:

- W. Stauffer, juge fédéral: Die Revision des Bürgschaftsrechts, Rapport présenté à la société suisse des juristes à Interlaken, « Zeitschrift für schweizerisches Recht » 1935, pages 1a et suivantes.
- Max Henry, juge cantonal à Neuchâtel: La revision de la législation de cautionnement, « Zeitschrift für schweizerisches Recht » 1935, pages 145a et suivantes.
- E. Beck: Die Revision des Bürgschaftsrechts, tirage à part de la « Neue Zürcher Zeitung » février, mars, avril 1935.
- Pour le surplus, nous renvoyons à l'annexe.

I. QUESTIONS DE PRINCIPE

A. GÉNÉRALITÉS

1. *La nécessité d'une revision.*

Il faut examiner d'abord si la revision du droit de cautionnement est vraiment nécessaire. Les prescriptions du code des obligations, considérées naguère comme exemplaires, ne suffisent-elles vraiment plus aujourd'hui et, si c'est le cas, peut-on les améliorer au moyen d'une revision ?

C'est malheureusement un fait établi que nous souffrons en Suisse, depuis plusieurs années, d'une grave crise des cautionnements. Bien qu'il n'existe pas de statistiques à ce sujet, on ne saurait mettre en doute qu'une proportion extraordinairement élevée de cautionnements sont en souffrance. Cela ressort non seulement des postulats et motions dont nous avons parlé, mais aussi des nombreux mémoires et requêtes tendant à une revision et notamment des nombreuses délibérations d'associations artisanales et agricoles. L'augmentation considérable du nombre des procès en matière de cautionnements, ainsi que des faillites et concordats imputables à des engagements de cautionnements est peut-être encore plus éloquente. Songeons en particulier que de nombreuses personnes sombrent sous le poids de leurs cautionnements.

Certains voient, il est vrai, dans cet état de choses incontestable un effet de la crise auquel on ne pourrait remédier que par des mesures d'assainissement, et non par une revision des dispositions légales sur le cautionnement. Si une partie importante des cautionnements sont en souffrance, c'est sans doute la conséquence naturelle de la crise économique générale. Sans elle, bien des cautions, notamment celles qui garantissent des dettes hypothécaires en second rang, n'auraient jamais été appelées à payer. Il est de même exact que ces cautions, dont la situation est critique actuellement, comme toutes celles qui se sont déjà obligées valablement, ne pourront plus être soulagées par la revision du droit de cautionnement, et ne peuvent l'être que par des mesures d'assainissement dont nous n'avons pas à discuter ici (*).

(*) *Remarque* : En édictant des mesures pour l'assainissement de certaines branches économiques, la Confédération a régulièrement protégé les cautions dans la gêne; il eût été inéquitable, en effet, de ne pas accorder à la caution la même protection qu'au débiteur principal, puisque c'est précisément pour celui-ci qu'elle s'est mise dans la même situation que lui. Cf. l'arrêté fédéral du 21 juin 1935 instituant des mesures juridiques temporaires en faveur de l'industrie hôtelière et de la broderie, art. 22 et s. (RO 51, 473; arrêté prorogatif RO 54, 962), ainsi que les arrêtés précédents des 2 novembre 1915 (art. 9), 27 octobre 1917 (art. 14), 18 septembre 1920 (art. 23 et s.), 30 septembre 1932 (art. 22 et s.) et 27 mars 1934 (art. 10).

Voir l'arrêté fédéral du 28 septembre 1934 instituant des mesures juridiques temporaires pour la protection des agriculteurs dans la gêne, art. 22 (RO 50, 1106; arrêté prorogatif RO 54, 959), ainsi que l'arrêté antérieur du 13 avril 1933, art. 22, et le projet de loi sur le désendettement d'entreprises agricoles (art. 21, 33 et 58 et s.), avec message du 23 juin 1936 (FF 1936, II, 213 et s.).

Il faut relever d'autre part que nombreux sont les cas de particuliers ayant assumé des engagements de cautionnement qui dépassent de beaucoup leur capacité financière et seraient intolérables à la longue même en temps normaux, puisqu'ils représentent souvent plusieurs fois le montant de leur fortune totale. On a souvent constaté, dans des liquidations de faillite et des assainissements, que le débiteur avait assumé des douzaines de cautionnements et qu'il ne connaissait pas même le nombre exact ni à plus forte raison la somme totale de ses engagements. Une pratique particulièrement grave est celle du cautionnement réciproque, dans lequel A cautionne B, qui à son tour cautionne A. On en arrive souvent ainsi à ce qu'on appelle des chaînes de cautionnements, qui, par le jeu des contre-cautionnements, arrière-cautionnements et des certificats de cautionnement, lient en une commune destinée la plus grande partie des habitants d'un village ou d'un district. L'effondrement d'un seul débiteur important a souvent alors des effets catastrophiques pour toute une région, car il entraîne non seulement la débâcle de ses propres cautions, arrière-cautions et certificateurs de caution, mais aussi celle des cautions de ces cautions, de leurs créanciers, etc.

Il s'agit là manifestement d'abus de l'institution du cautionnement; ils ne constituent pas des cas exceptionnels, et il faut les considérer comme des manifestations pathologiques de l'organisme économique devant lesquels le législateur ne peut pas demeurer indifférent. Sa tâche est de voir ce qu'il y a lieu de faire, de rendre la caution future attentive aux dangers auxquels elle s'expose, de la protéger contre sa propre inexpérience, sa naïveté et sa générosité, et aussi contre sa propre légèreté. Il est de l'intérêt non seulement de la caution elle-même, mais aussi du créancier et d'une saine politique économique et du crédit, d'empêcher le recours excessif aux cautionnements. Sans doute les expériences faites ces dernières années ont-elles eu déjà un effet modérateur, et aujourd'hui on se montre plus réservé et plus prudent dans la signature de cautionnements. Mais il est à craindre que la leçon profite le moins à ceux-là précisément qui en auraient le plus besoin, soit aux optimistes incorrigibles. Il faut prévoir aussi que ces expériences s'oublieront rapidement avec le retour des circonstances normales et que les fils n'apprendront la sagesse qu'en faisant à leur tour les expériences des pères. Ne nous abandonnons pas non plus à l'espoir trompeur qu'il suffirait de signaler les dangers du cautionnement en éclairant l'école et le peuple. Aujourd'hui déjà, tout enfant connaît l'adage « cautionner, c'est payer ». Mais les connaissances nouvelles qu'on pourrait ainsi inculquer ne suffiraient pas à protéger la caution contre le risque de souscrire, dans un moment d'irréflexion, un cautionnement dangereux dans l'idée, habilement suggérée par un débiteur aux abois, que cette fois il s'agit bien d'une simple formalité. Ce sont là des cas auxquels on ne peut remédier qu'en revisant la loi. Il faut reconnaître que notre droit, en subordonnant la validité du cautionnement à l'observation de la forme écrite et à l'indication du montant maximum de la garantie,

va plus loin, aujourd'hui déjà, que d'autres législations étrangères. Mais le crédit assuré par cautionnement est beaucoup plus répandu en Suisse que partout ailleurs. Ce fait peut tenir aux particularités de nos conditions sociales, économiques et politiques, mais il nécessite pourtant une protection plus accentuée de la caution. Le besoin de reviser le droit de cautionnement est d'ailleurs ressenti d'une façon assez générale. Dans sa séance du 9 septembre 1935 à Interlaken, la société suisse des juristes s'est prononcée en faveur de la revision, après avoir entendu les rapports circonstanciés de MM. Stauffer, juge fédéral, et Henry, juge cantonal. Cette nécessité a fini par être admise comme inéluctable même par les milieux de créanciers qui, au début, se montraient réservés. Les expériences faites dans la commission d'experts permettent de compter que ces milieux prêteront la main à une revision restant dans des limites raisonnables. Il ne faut cependant pas tout attendre de la loi; bien des choses resteront à faire par le moyen de l'instruction et de l'éducation populaires. Mais le législateur n'en doit pas moins faire tout ce qu'il peut pour améliorer la situation.

2. *L'idée directrice.*

La revision doit se faire dans le sens indiqué par les expériences des dernières années: il faut que la caution soit mieux protégée. Mais le législateur ne devra pas perdre de vue l'importance du cautionnement dans la vie économique actuelle. Sinon il risquerait, sous l'influence de mauvaises expériences, de trop accentuer la protection de la caution et de grever l'institution du cautionnement de conditions si lourdes qu'elle ne pourrait plus atteindre son but, au grand dam de l'économie générale; personne, en effet, ne voudrait plus s'engager comme caution, et le cautionnement n'offrirait plus au créancier les garanties nécessaires. Le cautionnement comme moyen de crédit joue un rôle si essentiel qu'il ne peut pas être éliminé du système économique actuel, pour lequel on peut même dire qu'il a une importance vitale. Il ressort des statistiques de certaines banques que plus du tiers de leurs affaires sont l'objet de cautionnements. D'après un calcul de l'union suisse des banques régionales, caisses d'épargne et de prêts, sur les 4½ milliards d'hypothèques, avances et crédits en comptes-courants existant à fin 1933 auprès de ces banques, un tiers environ, soit 1½ milliard, était garanti par des cautionnements. Si l'on admet que, sans cautionnement (c'est-à-dire sur de simples sûretés réelles) la moitié seulement de ces crédits eussent été accordés, on enregistrerait une perte de crédit de $\frac{3}{4}$ de milliard pour les seules banques régionales; cette perte serait encore plus considérable pour les banques cantonales, de sorte que sans le cautionnement, le volume du crédit bancaire serait réduit de 1½ à 2 milliards. Il n'y a pas de doute que le cautionnement permet la création de nombreuses existences indépendantes, qu'il permet à de nombreuses entreprises de traverser des temps difficiles, qu'il procure des occasions de travail et, d'une façon générale, qu'il enrichit l'économie natio-

nale. Au regard de ces importants avantages, on ne peut attacher une portée décisive à l'inconvénient provenant de la mise à contribution des cautions, surtout quand celles-ci ne sont pas engagées d'une façon excessive. Il n'est malheureusement pas possible, faute de statistiques, d'établir d'une façon précise quelle est la proportion des cautions appelées à payer. Les indications des banques oscillent entre 1 et 6,2 pour cent des sommes cautionnées en temps normaux. A quel point cela dépend des méthodes commerciales du créancier, notamment du choix des emprunteurs, c'est ce que démontre le fait que certaines banques n'ont pas eu à poursuivre une seule caution pendant 20 ans et plus. C'est dire que, dans ce domaine, il y a encore bien à faire et qu'on pourrait en tout cas ramener le nombre des cautions appelées à payer à un niveau raisonnable, compte tenu des avantages du cautionnement.

Il ne peut donc être question de supprimer le cautionnement, comme certains, sous l'impression d'abus particulièrement graves, ont cru devoir le proposer. Le cautionnement est un des moyens de crédit les plus appréciés; c'est aussi un des plus anciens. Depuis qu'il existe des engagements juridiques, les hommes cautionnent; mais le sens et la fonction de l'institution se sont sensiblement modifiés au cours des siècles. Partant de la forme de l'otage dont il est question dans le poème de Schiller intitulé « Bürgschaft », le cautionnement a évolué dans le sens d'une responsabilité limitée au patrimoine. Celle-ci s'est même sensiblement atténuée avec le temps; on a pensé qu'il n'était pas équitable de faire sentir, plus que de raison, la rigueur de la loi à un débiteur tel que la caution qui se charge d'une façon généralement désintéressée de la dette d'autrui. On peut encore faire, sans risque, un pas de plus dans cette voie, à condition toutefois de ne pas dépasser certaines limites assignées par les besoins de la vie pratique et le souci de protéger les affaires des gens de bonne foi. Mais, avant tout, il importe de s'en tenir au principe du respect de la parole donnée. *Pacta sunt servanda*. Toute dérogation, même minime, à ce principe pourrait porter au crédit les atteintes les plus graves. Il s'agit donc de trouver une solution pouvant concilier les intérêts contradictoires en présence; cette solution devra, d'une part, ne pas imposer à la caution des charges qu'on ne saurait équitablement lui demander et, d'autre part, conserver au cautionnement le caractère d'un instrument de crédit efficace et pratiquement utilisable.

Il faut par conséquent prévoir d'abord les mesures nécessaires pour permettre à la caution de se rendre compte exactement, au moment où elle s'engage, de la portée de son acte et de l'étendue du risque qu'elle assume. En particulier, certaines personnes doivent être empêchées de cautionner; ce sont celles qui n'ont pas le discernement ni les hésitations qui devraient les retenir de s'engager à la légère. Il faut aussi prévoir, en faveur de la caution, une série d'allègements tout en veillant à ce que ceux-ci ne diminuent pas l'efficacité du cautionnement et n'en compliquent

pas le fonctionnement. Il ne sera évidemment pas possible de créer un cautionnement qui suffise à sa tâche, sans laisser à la caution une part importante de risque. Qui veut la fin veut les moyens. Il n'est certainement pas contraire à l'équité d'exiger d'une caution qu'elle supporte toutes les conséquences de son engagement, quand elle l'a assumé en pleine conscience de sa véritable portée.

Le projet se propose donc d'améliorer, dans la mesure du possible, la situation de la caution, sans entraver le crédit de cautionnement dans ce qu'il a de sain et d'utile à l'économie nationale. Pour atteindre ce résultat, on peut rendre plus difficile la conclusion du contrat de cautionnement, notamment en introduisant de nouvelles exigences de forme et en limitant la capacité de cautionner, puis, en allégeant les obligations de la caution, en permettant à celle-ci de se libérer sans paiement dans certaines circonstances données et en renforçant son droit de recours. Plusieurs de ces mesures peuvent être envisagées simultanément. Dans le contrat de cautionnement, la caution est généralement la partie financièrement la plus faible et par conséquent celle qui a le plus besoin de la protection de la loi; il faut dès lors examiner s'il n'y aurait pas lieu de donner un caractère impératif à certaines prescriptions établies dans l'intérêt de la caution, afin d'éviter que, par convention, ces prescriptions ne soient modifiées ou même tournées contre elle. Il faudra enfin, à l'occasion de la revision, combler certaines lacunes et, le cas échéant, éliminer, par une meilleure rédaction, certaines controverses.

Il est hors de doute que ces innovations ne peuvent être réalisées que sous la forme de prescriptions générales de droit fédéral; il faut donc écarter d'emblée toute autre solution visant, soit à limiter l'application de la réglementation nouvelle à certaines couches de la population (par ex. à l'artisanat et à l'agriculture), soit à réserver, sur certains points, la compétence des cantons dans les limites de la loi fédérale.

3. L'économie du projet.

Bien qu'elle n'ait pas présenté d'inconvénients graves, l'économie des dispositions actuelles doit être revue et améliorée. Dans notre projet, la suite des articles est, d'une manière générale, la même qu'actuellement. Les dispositions relatives au droit de recours et à l'extinction du cautionnement ont été déplacées et reportées à la fin du chapitre. Pour le surplus, le groupement des articles a été légèrement modifié. Les articles introductifs ont été placés sous la marginale « Conditions ». Actuellement, la loi fait une distinction obscure et imprécise entre la responsabilité de la caution et ses droits (parmi lesquels figurent de pures obligations, comme celles d'aviser le débiteur, art. 507, et d'opposer des exceptions, art. 506). Désormais, on aura, sous la note marginale « Objet », deux groupes de dispositions: le premier contient tout ce qui concerne les particularités des diverses espèces de cautionnement, le second, les dispositions applicables à la totalité.

Celles-ci se divisent à leur tour en « Rapports entre la caution et le créancier » et « Rapports entre la caution et le débiteur principal ». Parmi ces dernières dispositions, le droit de recours de la caution reçoit la place indépendante qui lui est due.

Comme la nouvelle réglementation est beaucoup plus détaillée que l'ancienne, le nombre des articles demeurant le même, ceux-ci sont nécessairement plus étendus.

B. LA CONCLUSION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

C'est sur la conclusion du contrat de cautionnement que portent les principales innovations; la réglementation des effets de ce contrat subit des modifications beaucoup moins importantes.

1. *La forme du contrat de cautionnement.*

a. En général. — C'est presque exclusivement pour protéger la caution que l'observation d'une forme déterminée est exigée en matière de cautionnement. Dans ce domaine, le législateur suisse a toujours été à l'avant-garde. Le code des obligations de 1881 exigeait déjà la forme écrite, alors qu'à cette époque d'autres législations n'en demandaient pas autant. Aujourd'hui encore, certains droits se contentent du cautionnement verbal, soit d'une façon générale, soit pour certains cas. En droit français, par exemple, le cautionnement verbal est admis en matière civile, mais non en matière commerciale, où la forme écrite est nécessaire. C'est l'inverse en Allemagne, où la forme écrite est exigée en matière civile mais non en matière commerciale. Les droits italien, hollandais, belge et hongrois n'exigent encore aucune forme quelconque et tiennent la caution pour engagée dès qu'elle a donné une simple promesse verbale. En revanche, des projets plus récents, tels que les projets hongrois et tchécoslovaque admettent la forme écrite; en Angleterre, la même forme a été introduite par la jurisprudence.

Lors de la revision de 1911, le droit suisse a fait un pas de plus en exigeant, comme nouvelle condition de forme, l'indication d'un montant déterminé jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue (art. 493). De cette façon, on a voulu épargner à la caution des surprises désagréables quant à l'étendue de ses engagements. Cette prescription, qui, à l'usage, s'est révélée excellente n'a son pendant, sauf erreur, dans aucune autre législation; en l'adoptant, le droit suisse a réalisé, avant tous les autres, un important progrès dans la protection de la caution. On doit cependant aller plus loin encore dans cette voie; de larges couches de la population sont sans doute d'accord sur ce point. Quant à savoir quelles nouvelles conditions de forme peuvent être introduites, les avis diffèrent. On a proposé l'introduction d'un registre des cautionnements ou de la forme manuscrite ou authentique, combinée peut-être avec l'indication du montant maximum de la garantie.

b. Le registre des cautionnements. — Il y a quelques années, alors qu'on était sous l'impression d'une crise de cautionnement qui paraissait s'aggraver, on pensait généralement que seule l'introduction d'un registre des cautionnements apporterait un remède efficace à la situation. C'est dans ces conditions qu'ont vu le jour le postulat Schirmer et celui de la commission du Conseil des Etats, qui tous deux demandaient l'introduction de ce registre. Des propositions semblables furent faites par l'union suisse des paysans, la ligue pour le peuple et la patrie et les communautés d'agriculteurs dans la gène de l'Oberland bernois; le registre des cautionnements fut également recommandé ici et là dans des ouvrages mais, d'autre part, il rencontra, dès le début, une vive opposition dans les milieux de créanciers. Depuis lors, la discussion fit constater que cette innovation rencontrerait beaucoup plus de difficultés qu'il ne paraissait au premier abord. Aussi l'idée est-elle aujourd'hui abandonnée par la plupart de ses protagonistes du début. Il est donc inutile de s'arrêter longtemps à cette question et nous nous bornerons à faire, sur le principe, les quelques observations suivantes:

Le registre des cautionnements est un registre public tenu au domicile de la caution; pour être valables et sauf les exceptions prévues, tous les cautionnements doivent y être enregistrés avec l'indication de leurs éléments essentiels. Le registre peut être consulté par les intéressés, notamment par ceux en faveur desquels un cautionnement doit être souscrit; les cautionnements déjà inscrits leur indiqueraient dans quelle mesure la future caution est déjà engagée.

Une telle institution pourrait certainement rendre service dans la lutte contre les cautionnements irrfléchis. La caution aurait le temps de mûrir sa décision, et peut-être qu'au bureau du registre des cautionnements elle ne ratifierait pas une promesse donnée la veille à une table d'auberge. Le jeu des débiteurs auprès des cautions serait ainsi rendu plus difficile, ce qui serait déjà un résultat.

Les effets de la publicité ne seraient pas moins importants. Ils épargneraient aux créanciers (par ex. aux banques) des surprises quant aux cautionnements antérieurement assumés par la nouvelle caution. Une personne déjà lourdement chargée de cautionnements ne serait généralement plus acceptée comme caution par les bailleurs de fonds. De cette façon on pourrait mettre un terme au jeu fréquent des cautionnements réciproques, si nuisibles à chacun et spécialement au créancier, auquel il n'offre souvent qu'une garantie fictive. Si, en effet, deux débiteurs empruntent chacun dix mille francs à une banque en se cautionnant mutuellement, les vingt mille francs prêtés ne sont garantis que par le patrimoine des deux débiteurs; or ce serait déjà le cas sans cautionnement, quoique avec une autre répartition de la responsabilité. Le registre des cautionnements aurait en outre le gros avantage de permettre à la caution elle-même de se rendre

compte en tout temps du montant de ses engagements. Il ne pourrait plus arriver, comme c'est souvent le cas aujourd'hui, que l'intéressé lui-même ignore le nombre de ses cautionnements et la somme totale qu'ils représentent. Au surplus, le contrôle de sa famille serait pour la caution une sérieuse protection contre la tentation de souscrire des cautionnements exagérés et en particulier des cautionnements de complaisance. De même, le fait que les créanciers auraient connaissance de ses engagements et que son crédit pourrait en souffrir inviterait la future caution à la prudence. C'est bien de cette façon qu'on pourrait le mieux protéger ceux qui ont le plus besoin de protection, les gens secourables, crédules, optimistes ou légers. On contribuerait ainsi dans une importante mesure à l'assainissement du cautionnement.

Mais à ces grands avantages s'opposent des inconvénients encore plus sérieux. L'un des principaux est que le registre des cautionnements dépasserait probablement son but et qu'en voulant limiter le nombre des cautionnements, il rendrait impossible un grand nombre d'engagements moralement justifiés et même désirables au point de vue économique et social. Il ne faudrait cependant pas attacher trop d'importance aux frais et ennuis qu'entraînerait nécessairement l'inscription. Si, après avoir consulté le registre, une banque refusait d'accepter le cautionnement de certaines personnes, ce ne serait pas nécessairement un mal, puisque souvent des cautionnements malsains seraient ainsi empêchés. On peut en dire autant des cautionnements qui échoueraient devant l'opposition de la famille. Ce qui, en revanche, porterait un coup fatal au registre des cautionnements, c'est l'aversion des cautions pour la publicité qui s'attacherait obligatoirement à leurs engagements. Il est, aujourd'hui déjà, difficile de trouver une caution sérieuse; ce serait plus difficile encore après l'introduction du registre des cautionnements, car les cautions sérieuses, qui tiennent à leur crédit, ne voudraient pas voir leur nom figurer dans un registre public. Cette crainte de la publicité est compréhensible, car les inscriptions sur le registre pourraient, suivant le cas, compromettre le crédit, même le plus solide, d'un homme d'affaires. En outre il serait pénible, aussi bien au débiteur principal qu'à la caution, de savoir que des tiers non intéressés (comme les autorités fiscales, les parents et amis), pourraient avoir connaissance de leurs affaires. Dans les milieux bancaires, on craint aussi que l'introduction du registre ne provoque, en masse, des résiliations de cautionnements qui entraîneraient à leur tour des dénonciations de crédits. Il paraît en tout cas certain que la crainte de la publicité restreindrait, dans une mesure importante, le crédit de cautionnement, bien qu'il soit excessif de dire, comme telle banque, qu'il ne se ferait plus, à l'avenir, d'affaires de cautionnement avec les banques.

On a également émis des craintes au sujet du secret des banques, qui serait nécessairement compromis par la publicité attachée au registre. Pour être efficaces, les inscriptions devraient en effet contenir toutes les

indications nécessaires à l'identification de la créance, et ces indications devraient forcément recevoir une certaine publicité pour que l'institution atteigne son but. Mais alors bien des transactions ne bénéficieraient plus du secret des banques, ce qui serait dangereux spécialement à une époque où les investigations économiques sont si développées. C'est notamment pour ce motif que les banques sont en grande majorité hostiles au registre. On peut sans doute ne pas estimer ce risque aussi grave, mais il n'en faut pas moins tenir compte pour apprécier la valeur de l'institution.

Une objection presque encore plus grave consiste à dire que le registre pourrait être facilement éludé par l'emploi d'autres moyens de crédit échappant à toute publicité et encore plus dangereux pour la caution; il suffit de citer, à titre d'exemples, la reprise cumulative de dette, le contrat de garantie et la signature d'un effet de change. Ce dernier est peut-être l'engagement le plus dangereux, encore que, par sa forme, il incite à la prudence. Car il ne faut pas oublier qu'aujourd'hui la signature d'un effet de change ne donne plus lieu aux mêmes hésitations qu'il y a peu de temps encore. Les engagements résultant des actes juridiques que nous venons de citer vont tous beaucoup plus loin qu'un engagement de cautionnement, même solidaire; et pourtant bien des gens préféreront y avoir recours, parce qu'ils sont anonymes, plutôt que de se faire inscrire dans un registre public. Il se pourrait ainsi que les effets bienfaisants de ce registre aillent à fins contraires, du moins pour les créanciers. Les intéressés croiraient trouver dans le registre l'indication de tous les engagements essentiels de la caution, alors qu'en réalité les engagements les plus importants auraient pris une autre forme, plus dangereuse mais dispensée de l'inscription. Le changement de domicile de la caution soulève d'autres difficultés. Il faudrait sans doute prévoir l'inscription au nouveau domicile de tous les engagements inscrits à l'ancien, et cela dans un certain délai, sous peine de péremption. Cette transcription pourrait se faire d'office ou à la demande d'un intéressé; mais qu'arriverait-il si le changement de domicile n'était connu à temps ni de l'autorité, ni du créancier ou du débiteur? Admettre que les cautionnements inscrits à l'ancien domicile continuent d'être valables, bien que non inscrits au nouveau, ce serait faire perdre au registre la confiance qu'il doit inspirer. Mais en prononçant la caducité de ces cautionnements, c'est le crédit de cautionnement lui-même qui subirait une profonde atteinte. Relevons enfin que le registre des cautionnements exigerait un nouvel appareil bureaucratique, alors que les expériences faites avec le système des registres n'ont pas toujours été excellentes.

Les moyens proposés pour parer à ces inconvénients s'avèrent, à l'examen, inutilisables ou inefficaces. C'est ainsi qu'on a proposé de soumettre à l'obligation d'enregistrement les actes juridiques pouvant servir à éluder l'inscription. Ce serait peut-être possible pour le contrat de garantie, mais beaucoup moins pour la reprise cumulative de dette; pour les engage-

ments de change, ce serait absolument impossible. On ne pourrait pas non plus prononcer la nullité de ces opérations, car ce serait compromettre les institutions juridiques pouvant servir à éluder l'inscription, notamment dans le cas des engagements de change. Pas question non plus de prévoir des sanctions pénales.

Enfin, pour tenir compte de l'aversion du public pour l'idée de la publicité et pour sauvegarder, dans la mesure du possible, le secret des banques, on a proposé de limiter la publicité du registre des cautionnements. Mais il est à craindre qu'en limitant le droit de consulter le registre, on limite du même coup son efficacité. Comment exiger de celui qui veut consulter le registre la preuve stricte de son intérêt ? On a proposé de subordonner l'exercice du droit de consultation au consentement de la caution; mais comment faire pratiquement quand plusieurs cautions sont intéressées à la même affaire ? En pareil cas, il faudrait, ou bien exiger le consentement de toutes les cautions intéressées, ce qui réduirait décidément trop la publicité du registre, ou bien donner à chacune des cautions le droit d'autoriser la consultation du registre contre la volonté des autres. Mais alors, on abandonnerait le principe suivant lequel le nom d'une caution ne doit pas être donné sans son consentement. Il est du reste douteux que le résultat désiré puisse être atteint par une limitation, même très forte, du droit de consulter le registre.

Les inconvénients du registre des cautionnements ne peuvent donc pas être évités. Même en limitant l'obligation d'enregistrement aux grosses sommes et aux personnes non inscrites au registre du commerce ou aux personnes physiques, ils seraient encore si grands que l'introduction du registre des cautionnements nous paraîtrait toujours une expérience risquée. Comme nous l'avons déjà dit, cette institution est aujourd'hui abandonnée par ceux-là même qui l'avaient défendue au début. A la commission d'experts, la proposition de la reprendre ne fut pas même faite, car on était dans l'idée que la forme authentique serait acceptée. Nous proposons donc d'écarter toutes les propositions tendant à l'introduction d'un registre des cautionnements, de même que la solution intermédiaire obligeant les notaires à annoncer à un office cantonal d'information les actes de cautionnement reçus par eux.

Toutefois, pour permettre de se faire une idée concrète de l'institution, nous avons rédigé un projet de réglementation en deux articles :

Art. 494.

III. Forme. 1. En général.

Art. 494a.

2. Registre des cautionne- ments.

a. Inscription obligatoire et droit de consul- ter le registre.

Les cautionnements et promesses de cautionnement assumés par des personnes physiques pour une somme supérieure à deux mille francs ne sont valables que s'ils sont inscrits sur le registre des cautionnements au domicile de la caution.

Si, dépassant deux mille francs, la somme cautionnée est divisée en deux ou plusieurs sommes d'un montant inférieur pour permettre d'éluider l'inscription obligatoire, ces cautionnements ne sont valables que s'ils sont inscrits. Il en est de même de la promesse de cautionner.

L'inscription ne s'opère que sur réquisition de la caution elle-même ou d'un mandataire muni d'une procuration écrite.

Si la caution change de domicile, tous les cautionnements inscrits à son ancien domicile doivent être transcrits sur le registre du nouveau domicile. Ils cessent de produire effet si cette transcription n'intervient pas dans les trois mois qui suivent le changement de domicile. Tout intéressé a qualité pour requérir la transcription en produisant l'acte de cautionnement.

Les cautionnements assumés avant l'entrée en vigueur des présentes dispositions s'éteignent s'ils ne sont pas inscrits sur le registre des cautionnements dans les deux ans. L'inscription se fait à la requête d'un intéressé, sur production de l'acte de cautionnement.

Le registre peut être consulté par toute personne qui justifie d'un intérêt digne de protection. Le conjoint, les père et mère, ainsi que les enfants majeurs de la caution sont sans autre formalité autorisés à le consulter.

Art. 494b.

b. Organisation.

A chaque caution est réservé un feuillet sur lequel tous ses cautionnements doivent être inscrits.

Le registre des cautionnements contient les indications suivantes: noms de la caution, du créancier et du débiteur principal, montant, nature, durée ou dénonciation du cautionnement, montant, nature, échéance ou dénonciation et intérêt de la dette principale, le cas échéant noms des cautions conjointes, nature et étendue de leur responsabilité, droits de gage qui concourent à garantir la créance, avec indication de leur rang et du rang de leur responsabilité par rapport au cautionnement.

Le droit cantonal désigne les autorités chargées de la tenue du registre des cautionnements. Le Conseil fédéral rend les ordonnances d'exécution nécessaires.

Sur demande, tous les renseignements nécessaires doivent être communiqués au registre du nouveau domicile de la caution.

c. La forme manuscrite. — Le registre des cautionnements étant écarté, on peut envisager, comme nouvelle prescription de forme, la forme manuscrite, telle que le droit actuel la connaît, pour les dispositions de dernière volonté par exemple (art. 505 CC). Un cautionnement ne pourrait, à l'avenir, être valablement signé que si l'acte est écrit, du commencement à la fin, de la main de la caution et muni de sa signature.

Par ce moyen on empêcherait la caution de signer des engagements sans les lire, comme il arrive presque en règle générale en ce qui concerne les formules imprimées des banques. De cette façon, la caution renonce à des droits qu'elle n'aurait sans cela pas sacrifiés si facilement. A cet égard, la forme manuscrite pourrait rendre de précieux services, sans parler de l'effet de solennité qui lui est attaché.

Néanmoins nous ne croyons pas devoir recommander cette innovation car, à bien d'autres égards, elle ne permettrait pas d'atteindre le but désiré. La forme manuscrite a notamment le défaut de ne pas intercaler un temps de réflexion entre le moment où la caution promet de s'engager et celui où elle s'engage effectivement. La caution pourrait donc s'engager, comme c'est le cas aujourd'hui, avant d'avoir pu se soustraire à l'influence du créancier et sans avoir eu le loisir d'examiner froidement les choses. La forme manuscrite manquerait donc son effet sur le point le plus important. En outre, quelles raisons a-t-on de penser que la caution comprendra toujours le sens des clauses qu'elle écrira de sa main ? Comment en particulier sera-t-elle renseignée lorsqu'on lui fera recopier une formule portant renonciation à des droits qui ne seront mentionnés que par des articles de loi ? Enfin, cette forme ne serait pas toujours aussi simple qu'elle le paraît au premier abord. Il est déjà difficile d'obliger des gens peu habitués à tenir une plume à recopier des formules parfois très longues. Mais les difficultés augmentent quand plusieurs personnes veulent assumer le même cautionnement, chacune d'elles à la condition que toutes les autres soient aussi engagées valablement.

Pour tourner ces difficultés, une association de banques a proposé d'exiger la forme manuscrite non pour l'acte de cautionnement tout entier mais seulement pour ses clauses principales. Il suffirait, par exemple, que la caution ajoute de sa main, au pied de l'acte de cautionnement, les mots : « Bon comme caution solidaire à côté de M. X. pour la somme de Fr. 10000 ». Cette forme manuscrite limitée serait assurément plus simple mais, moins encore que la forme générale, elle permettrait d'atteindre le but cherché. L'idée de la forme manuscrite a du reste peu de partisans et, à notre avis, elle doit être rejetée.

Il en est de même de la proposition, insuffisamment efficace, qui voudrait laisser aux intéressés le choix entre la forme manuscrite et l'acte authentique. Nous examinerons plus loin (p. 18/19) s'il ne conviendrait toutefois pas de réserver la forme manuscrite pour les cautionnements de minime importance, non soumis à l'exigence de la forme authentique.

d. La forme authentique. — L'innovation à la fois la plus importante et la plus efficace de notre projet est l'introduction de la forme authentique. Celle-ci est considérée par le code civil comme une forme qualifiée de la déclaration de volonté dans toute une série de contrats où elle est une condition de validité. La loi estime que, dans ces cas, l'importance de l'affaire, sa complexité ou toute autre raison exigent une prudence particulière que la simple forme écrite ne suffit pas à imposer aux parties. C'est ainsi que la forme authentique est exigée pour la plupart des contrats immobiliers, pour les contrats de mariage, les pactes successoraux, les dispositions de dernière volonté (à côté d'autres formes), la reconnaissance d'un enfant illégitime, l'adoption, le contrat d'entretien viager et d'autres actes juridiques importants; partout elle s'est révélée très efficace. La caution a besoin, elle aussi, d'être rappelée à la prudence; en assumant un engagement qui a pour objet une prestation future et seulement éventuelle, elle croit volontiers, par un optimisme injustifié, qu'elle n'aura jamais à payer. Le débiteur principal la renforce généralement dans cette idée, si encore il ne la lui suggère pas.

C'est ici que la forme authentique doit produire tout son effet. Elle donne à la caution, comme c'est également le cas du registre des cautionnements, le temps de la réflexion; entre le moment où elle décide de cautionner et celui où elle s'engage effectivement, la caution a, en effet, le loisir de réfléchir dans le silence et à l'abri de l'influence du débiteur principal. Le simple fait que les membres de sa famille pourront avoir connaissance du cautionnement projeté agira comme une utile sauvegarde. On pourra éviter de cette façon non seulement ce qu'on appelle les cautionnements d'auberge, mais aussi d'autres cautionnements hâtifs et irréfléchis. La présence à l'acte d'un fonctionnaire (notaire) agira sur la caution dans le sens de la modération et empêchera les abus les plus graves. Au surplus, la caution qui n'est pas rompue aux affaires trouvera auprès de ce fonctionnaire, si elle le désire, une personne capable de la renseigner impartialement, notamment sur l'aspect juridique de son engagement. C'est en raison de ces avantages-là que la forme authentique a été introduite dans le premier avant-projet et qu'elle a été maintenue depuis lors dans tous les projets subséquents. La commission d'experts s'est prononcée en sa faveur par 15 voix contre 2; même les anciens partisans du registre des cautionnements ont voté la proposition.

Les banques ne sont pas encore toutes acquises à cette innovation, car beaucoup d'entre elles voient encore dans la forme authentique une atteinte trop considérable au crédit de cautionnement. Elles craignent qu'il ne devienne, à l'avenir, toujours plus difficile de trouver des cautions; en outre la forme authentique entraînerait des frais importants, ce qui contribuerait à renchérir le crédit de cautionnement, surtout dans les petites affaires. Dans bien des endroits, par exemple dans le canton du

Valais, il faut souvent faire de grands déplacements pour trouver un notaire. On craint aussi pour le secret des banques. D'autres objectent qu'il ne faut pas trop attendre de l'efficacité de la forme authentique et que les personnes à la recherche de crédits pourraient bien être poussées vers les opérations de change.

Le projet, qui ne veut pas ignorer ces inconvénients dans la mesure où ils existent réellement, se propose d'y parer de la façon suivante: il soumet à la forme authentique les plus importants des actes juridiques qui pourraient servir à éluder cette obligation de forme. Tel est le cas, selon l'article 494, pour le contrat de garantie, la reprise cumulative de dette, le mandat de souscrire un cautionnement et la promesse de cautionner. En revanche, le cautionnement de change ne peut, pour des raisons faciles à comprendre, être soumis au même régime. Il est cependant certain que le risque de voir le cautionnement prendre la forme de l'engagement de change est moins grand avec la forme authentique qu'avec le registre des cautionnements, qui implique nécessairement une certaine publicité.

Pour alléger quelque peu cette condition de forme, on pourrait la limiter aux cautionnements des personnes physiques; les personnes juridiques et les sociétés s'engageraient alors valablement sans passer par la forme authentique. Les représentants des entreprises commerciales sont en effet censés posséder suffisamment la pratique des affaires pour n'avoir pas besoin de la protection de la loi. On favoriserait ainsi le cautionnement de ces collectivités et en particulier celui des coopératives de cautionnement, qui sont mieux préparées à de tels engagements que les personnes physiques. Les avant-projets allaient encore plus loin dans cette voie et dispensaient de l'acte authentique toutes les personnes inscrites sur le registre du commerce. Mais de nombreux mémoires exprimaient l'opinion que bien des personnes inscrites sur le registre du commerce ont aussi besoin de la protection de la loi. Nous nous sommes ralliés à cette opinion et proposons de soumettre à l'obligation de la forme authentique toutes les personnes physiques.

En revanche, nous pensons qu'on peut dispenser de la forme authentique les petits cautionnements; pour ceux-ci, les frais et inconvénients seraient proportionnellement trop considérables, d'autant plus que dans ces cas, le risque auquel il s'agit de parer est relativement minime. Mais où faut-il placer la limite entre les petits cautionnements et les grands? Le premier avant-projet l'avait fixée à 1000 francs; elle fut ensuite portée à 2000 francs pour donner satisfaction à de nombreuses requêtes présentées dans ce sens. La commission d'experts s'est ralliée à ce dernier chiffre par 11 voix contre 9, qui se sont prononcées pour la limite de 1000 francs. Il ne saurait être question d'aller plus haut, et nous nous demandons même s'il ne conviendrait pas de revenir au chiffre primitif de 1000 francs; les cautionnements de 1000 à 2000 francs sont en effet assez répandus et, pour les petites gens,

ce sont là déjà des sommes appréciables. Nous avons prévu, par une disposition spéciale, le moyen d'empêcher les parties d'éluder l'obligation de la forme authentique en fractionnant la somme cautionnée en plusieurs autres plus petites. Pour ne pas laisser les cautions sans protection, même dans les petites affaires, la proposition fut faite à la commission d'experts, d'exiger la forme manuscrite pour ces affaires-là. La commission l'a toutefois rejetée, et nous la suivons sur ce point dans l'idée qu'il ne faut pas limiter la liberté de cautionner plus qu'il n'est nécessaire. On pourrait tout au plus envisager une forme manuscrite limitée (cf. plus haut p. 16).

Nous n'avons pas retenu non plus, parce que nous la trouvons dangereuse, la proposition qui tend à dispenser de la forme authentique les cautionnements à court terme. On sait en effet qu'une caution, une fois engagée pour si peu de temps que ce soit, peut difficilement se libérer sans payer ou sans fournir, sous une forme ou sous une autre, l'équivalent d'un paiement. Le créancier qui ne veut pas perdre une bonne garantie poursuivra généralement la caution avant l'expiration du temps fixé. La caution n'aura généralement alors que le choix entre les deux termes de l'alternative: ou bien payer, ou bien fournir une autre garantie. Si elle ne peut faire ni l'un ni l'autre, elle sera toute heureuse de se tirer d'affaire en renouvelant son cautionnement, soit en transformant son engagement à court terme en un engagement à long terme. De cette façon, on pourrait aisément éluder les prescriptions de forme, ce qui serait d'autant plus dangereux qu'au début, la caution ne se rend pas suffisamment compte de la façon dont les choses doivent nécessairement se passer.

Une des principales objections que l'on fait à la forme authentique est qu'elle occasionne des frais. La comparaison des émoluments cantonaux prouve en effet que certains de ceux-ci sont vraiment très élevés et qu'ils peuvent aller jusqu'à 1000 francs. Il est clair que le crédit de cautionnement pourrait ainsi se trouver grevé d'une charge non voulue par le législateur fédéral. D'autre part, nous pensons que ces questions d'émoluments doivent être, autant que possible, laissées aux cantons. Aussi nous sommes-nous arrêtés à une solution intermédiaire, autorisant le Conseil fédéral à limiter le montant des émoluments dus pour l'acte authentique (art. 494, dernier al.). Le Conseil fédéral n'interviendra donc, pour fixer le montant maximum des émoluments, que si la réglementation cantonale devait présenter des inconvénients. La compétence de la Confédération pour édicter de telles prescriptions ne fait pas de doute, car la réglementation des émoluments rentre, au point de vue de la forme, dans le droit civil, au même titre, par exemple, que le for en matière de divorce; or l'article 64 de la constitution fédérale permet à la Confédération de légiférer dans tout le domaine du droit civil. Il est du reste possible que le Conseil fédéral n'ait jamais à faire usage de cette faculté et que la seule possibilité d'une intervention de sa part suffise. Dans tous les cas, la disposition en question constitue

une sérieuse garantie pour les créanciers, dont elle facilitera l'adhésion au nouveau système.

Ainsi conçue, la forme authentique apparaît comme une obligation supportable et, en même temps, très efficace. Certes pareille aggravation de forme ne sera généralement pas très populaire, non seulement à cause des frais et inconvénients, mais aussi parce que souvent la caution regrettera qu'un notaire soit mis dans le secret de ses engagements. Cette dernière objection a cependant beaucoup moins de portée qu'avec le registre de cautionnements, où la publicité était un des buts mêmes de l'institution, tandis que le notaire est tenu par son serment à la discrétion. On peut en dire autant du danger que l'acte authentique pourrait faire courir au secret des banques. Du reste, ce sont les cautionnements les moins désirables au point de vue économique et social qui craignent le plus la publicité; les autres ne souffriront pas beaucoup de la nouvelle exigence légale. Mais même si, à cet égard, il y avait un déchet à prévoir, c'est un sacrifice qu'on pourrait aisément consentir en faveur du résultat cherché. Nous recommandons par conséquent l'introduction de la forme authentique dans la mesure que nous venons d'indiquer.

e. La légalisation de la signature. — Certains, trouvant que la forme authentique va trop loin, proposent de se contenter d'exiger la légalisation de la signature de la caution ou, tout au moins, de mettre cette forme à la disposition des parties, à côté de l'acte authentique. De cette façon, on aurait comme pour l'acte authentique la participation d'un notaire, avec moins de frais et sans perte de temps.

Nous avons cependant écarté cette solution, car la simple légalisation de la signature, telle qu'elle se pratique déjà d'une façon générale dans les banques, ne peut pas remplacer les effets de la forme authentique. Tout d'abord, elle ne saurait empêcher des cautionnements irréfléchis, car la légalisation de la signature a simplement pour effet d'en constater l'authenticité. Or, aucune caution honorable ne contestera sa signature, même si, entre temps, elle regrette de l'avoir donnée. Le principal effet de l'acte authentique est précisément de laisser la caution maîtresse de sa décision, même si elle a déjà signé, jusqu'au moment de la passation de l'acte. A notre avis, la légalisation de la signature est donc une mesure tout à fait insuffisante. On ne peut pas non plus admettre simultanément les deux formes en laissant le choix aux parties, car cela reviendrait pratiquement à éliminer la forme authentique.

f. L'indication du montant maximum de la responsabilité. — Le projet introduit une autre innovation importante en exigeant que le montant maximum de la responsabilité de la caution soit indiqué en chiffres (art. 494, 1^{er} al.); ce montant (comme cela résulte déjà de l'art. 499, 3^e al.) est

une limite qui ne peut être dépassée en aucun cas, ni par l'accumulation des intérêts arriérés, ni par des frais judiciaires, de poursuites ou autres. De cette façon, la caution ne risque plus d'avoir des surprises désagréables quant au montant de sa dette. Aujourd'hui, il peut arriver — et de tels cas ne sont pas rares — qu'une caution, engagée par exemple pour 20 000 francs, soit actionnée un jour pour 40 000 francs parce que les intérêts échus et les frais ont doublé le capital. Des cas de ce genre, plus typiques encore, peuvent se produire dans le cautionnement des créances garanties par gage. Dans ces cas, la caution se décide souvent à garantir une somme bien supérieure à ses possibilités financières, dans l'idée que le capital est suffisamment couvert par le gage; elle ne pense pas que les intérêts et les frais peuvent, à eux seuls, faire une somme supérieure à ce qu'elle pourrait payer. A l'avenir, la caution devra savoir exactement, dès le début, quelle somme elle pourra être appelée à payer dans le cas le plus défavorable pour elle. Elle pourra naturellement toujours assumer la garantie des intérêts et des frais, mais il faudra en tenir compte en fixant assez haut le chiffre maximum de la responsabilité. Pour un prêt de 20 000 francs par exemple, il faudra porter la somme cautionnée à 25 000 francs. Il arrivera peut-être que la caution, en voyant la somme qu'elle pourrait être appelée à payer, refusera de signer; cela ne doit cependant pas empêcher le législateur de veiller à ce que la caution sache, dès le début, l'entière vérité et qu'elle n'assume pas le risque d'un autre sur des suppositions erronées. L'indication d'un montant maximum de la responsabilité deviendra du reste indispensable si l'on admet, comme nous le proposerons plus loin, le système de l'amortissement légal et obligatoire du cautionnement. Il faut nécessairement à ce système une base de calcul certaine.

Cette innovation a été généralement bien accueillie, sauf par les banquiers. La commission d'experts s'y est ralliée à une très forte majorité.

2. La capacité de cautionner.

Pour éviter les cautionnements irréfléchis, on a proposé, en plus de l'introduction de la forme authentique, la limitation, à différents points de vue, de la capacité de cautionner.

a. Certains voudraient limiter la capacité de cautionner des *jeunes gens majeurs* pour le motif que la hardiesse et l'optimisme de la jeunesse font sous-estimer les dangers du cautionnement. Tandis qu'aujourd'hui la capacité de conclure un contrat de cautionnement s'acquiert avec la capacité civile (c.-à-d. avec l'âge de 20 ans), on voudrait à l'avenir réserver aux personnes d'au moins 25 ans le droit de cautionner.

Il n'y a pas grand chose à attendre d'une telle mesure, qui, à notre connaissance, n'existe dans aucun droit. La cause du mal n'est en effet pas là; s'il existait à ce sujet des statistiques, on verrait certainement que

le nombre des cautions poursuivies n'est pas plus grand chez les adolescents que chez les adultes. Du reste, les cautionnements de jeunes gens sont plutôt rares, pour la bonne raison que les jeunes gens ne sont généralement pas des cautions solvables recherchées par les créanciers. Si des jeunes gens ont besoin d'une protection spéciale, on peut leur nommer, conformément à l'article 395, chiffre 9, du code civil, un conseil légal, dont le consentement est nécessaire pour conclure un cautionnement. A part cela, les jeunes gens pourraient avoir besoin d'une protection spéciale dans un seul cas: c'est quand ils cautionnent leurs parents. Pour cette éventualité, on pourrait envisager une disposition venant après l'article 493 et qui aurait à peu près la teneur suivante:

- « Le cautionnement qu'une personne de moins de vingt-cinq ans assume en faveur de ses père et mère ou de l'un d'eux n'est valable . que s'il est approuvé par l'autorité tutélaire. »

Cette disposition ne nous paraît cependant pas indispensable.

b. En ce qui concerne les *personnes sous tutelle*, le code civil contient déjà une disposition qui déroge aux anciennes législations cantonales et à différentes autres législations. C'est la disposition de l'article 408, selon laquelle « aucun cautionnement ne peut être conclu aux dépens du pupille ». Cette défense est absolue, en ce sens que le pupille ne peut pas s'engager par cautionnement, même avec le consentement de l'autorité tutélaire. On a proposé d'atténuer la portée de cette disposition, mais il n'y a aucune raison de le faire. Il faut au contraire pouvoir l'appliquer aux *enfants sous puissance paternelle*. L'opinion dominante admet que c'est déjà le cas aujourd'hui car, selon l'article 280 de code civil, les dispositions sur la représentation par le tuteur sont applicables, par analogie, à la représentation des enfants par leurs parents. Il n'est donc pas nécessaire de dire, par une disposition spéciale, ce que la loi admet déjà en fait.

c. On a proposé aussi d'enlever le droit de cautionner aux *faillis et débiteurs concordataires*, dans l'idée que celui qui ne peut pas payer ses propres dettes ne doit pas s'engager à payer celles des autres. Le droit actuel connaît déjà quelque chose de semblable, quoique dans une mesure très limitée; l'article 298, 1^{er} alinéa, de la loi sur la poursuite interdit, en effet, à celui qui est au bénéfice d'un sursis concordataire de cautionner pendant la durée du sursis. L'article 34, 3^e alinéa, de l'arrêté fédéral du 28 septembre 1934 instituant des mesures juridiques temporaires pour la protection des agriculteurs dans la gêne est allé encore plus loin; il interdit et déclare nuls et non avenus les cautionnements des débiteurs dont la situation a été assainie. La durée de l'interdiction est fixée par l'autorité de concordat, mais elle doit durer en tout cas jusqu'à l'expiration du sursis au remboursement des capitaux; elle peut cependant être révoquée avant. Une telle interdiction de cautionner, imposée à un débiteur dont la situation a été assainie, se retrouve à l'article 68, 3^e alinéa, du projet de loi fédérale

sur le désendettement d'entreprises agricoles. Certains proposent de faire de cette idée un principe général du droit de cautionnement et de décider que les faillis et débiteurs concordataires ne peuvent conclure aucun cautionnement tant et aussi longtemps qu'ils n'ont pas désintéressé leurs créanciers.

Pratiquement, une telle disposition aurait souvent pour conséquence de priver définitivement ces débiteurs de leur capacité de cautionner. Il n'y a pas lieu d'examiner ici dans quelle mesure une telle conséquence serait matériellement justifiée. Mais l'interdiction de cautionner imposée aux faillis et débiteurs concordataires aurait une autre conséquence grave; elle créerait de l'insécurité juridique dès le moment où l'on ne se contenterait pas de formuler l'interdiction de cautionner mais où l'on prononcerait la nullité des cautionnements assumés en dépit de cette interdiction. Les faillis et débiteurs concordataires réussissent souvent à rétablir leur situation; ils jouissent de nouveau d'un certain crédit, et les renseignements donnés sur leur compte ne font généralement plus mention de leur ancienne déconfiture. Si l'un d'eux était accepté comme caution, il pourrait invoquer la nullité de son engagement. Ce n'est pas lui qui serait lésé, mais bien le créancier qui aurait accepté son cautionnement de bonne foi. Il est vrai que la faillite et le concordat sont publiés, mais cela ne suffit pas. On ne saurait comparer ces publications avec celle de l'interdiction, dont les effets se manifestent tous les jours et qui, par conséquent, ne s'oublie pas facilement. Nous croyons donc devoir rejeter cette proposition, et cela dans l'intérêt des affaires faites de bonne foi.

d. Une des mesures les plus efficaces qu'on puisse imaginer serait assurément l'institution d'un *préposé aux cautionnements* (Bürgschaftsvogt). Tout cautionnement, pour être valable, devrait être ratifié par une autorité, par exemple l'autorité tutélaire. Celle-ci devrait refuser son consentement dès que le cautionnement projeté lui paraîtrait, d'après les circonstances, constituer une charge intolérable pour la caution. Cette mesure est toutefois inadmissible. Sous un tel régime, il deviendrait presque impossible de trouver une caution, car l'autorité, pour ne pas engager sa responsabilité, aurait une tendance à refuser son consentement dans les cas douteux. Mais le plus grave est qu'on instituerait ainsi une véritable tutelle, que tout homme libre rejetterait comme indigne de lui.

e. L'union suisse des paysans a proposé d'admettre une *renonciation à la capacité de cautionner*; chacun pourrait renoncer librement, par contrat ou décision judiciaire, à la faculté de se porter caution. On espère, de cette façon, pouvoir mettre un terme aux cautionnements de complaisance.

Une telle renonciation au droit de cautionner ne serait possible qu'à deux conditions: d'une part, elle ne pourrait être admise que pour un nombre d'années limité, car une renonciation prononcée pour un temps

indéterminé ou pour une longue période constituerait une atteinte inadmissible aux droits de la personnalité; d'autre part, la renonciation ne serait pas opposable aux tiers de bonne foi, sinon le crédit de cautionnement en pâtirait. Envers un créancier de bonne foi, la caution au bénéfice de la renonciation serait donc liée comme toute autre. Il faudrait aussi examiner si l'efficacité de la renonciation ne serait pas amoindrie par la possibilité de la révoquer. Ainsi limitée, la mesure proposée n'aurait pas d'utilité pratique et ne serait qu'un prétexte commode pour refuser un cautionnement. Il serait du reste difficile de construire juridiquement une telle institution. Nous rejetons par conséquent cette innovation, de même que la proposition, faite par ailleurs, de prévoir le retrait de la capacité de cautionner par mesure pénale.

Néanmoins, pour le cas où l'opinion contraire prévaudrait, nous donnons ci-après le projet d'un texte qui devrait être placé après l'article 493:

« Chacun peut, dans une déclaration faite par acte authentique, renoncer pour cinq ans au plus au droit de fournir caution. Les cautionnements conclus en dépit de cette renonciation ne lient pas la caution si le créancier connaissait ou aurait dû connaître la renonciation au moment de la conclusion du contrat. »

f. Une mesure plus efficace consisterait à subordonner la validité du cautionnement d'une personne mariée au *consentement de son conjoint*. La femme aurait besoin du consentement de son mari pour cautionner, mais, de son côté, le mari ne pourrait cautionner qu'avec le consentement de sa femme. Cette idée, déjà exprimée lors de la revision du code des obligations en 1911, fut reprise en mai 1933 au grand Conseil vaudois par une motion Rubattel; elle est actuellement défendue par les associations féminines et par la société suisse d'utilité publique. En fait, il s'agit essentiellement de limiter la capacité de cautionnement du mari. On veut l'empêcher, sans le consentement de sa femme, non seulement d'engager les apports de celle-ci, mais même de disposer de ses propres biens par cautionnement. On espère ainsi mettre en particulier un terme aux cautionnements de complaisance. D'autre part, si l'on entend encore renforcer l'exigence du consentement du mari pour les cautionnements de la femme, c'est uniquement pour ne pas placer le mari dans une situation plus désavantageuse que son épouse.

Il est exact que, dans le droit matrimonial actuel, le mari et la femme ne sont pas placés exactement sur le même pied. C'est le cas notamment dans le régime de l'union des biens, où le mari peut, par des cautionnements, engager, sans le consentement de sa femme, non seulement ses propres biens, mais aussi ceux de sa femme qui ont passé en sa propriété. Une femme, en revanche, ne peut pas engager les biens de son mari, sauf dans la mesure où elle a qualité pour représenter l'union conjugale ou lorsqu'elle exerce, d'une façon indépendante, une profession ou une industrie (art. 206 s. CC);

elle ne peut même disposer de ses propres biens qu'autant qu'ils sont constitués en biens réservés. Sous le régime de la communauté, le mari peut, par des cautionnements, s'engager personnellement et sur tous les biens communs, sans le consentement de sa femme (art. 219, ch. 3); celle-ci, en revanche, a toujours besoin du consentement de son mari ou de l'autorité tutélaire, sauf quand elle agit dans l'exercice d'une profession ou d'une industrie (art. 220, ch. 2 et 3, CC). Ces différences sont toutefois matériellement justifiées et n'ont rien de choquant si l'on pense aux différents moyens que la loi met à la disposition de la femme pour défendre ses intérêts. Au fond, en exigeant le consentement du conjoint, on entend beaucoup moins rétablir l'égalité des sexes qu'empêcher le mari d'aggraver ou de compromettre la situation des siens par des cautionnements.

Doit-on aller jusqu'à exiger que les cautionnements du mari soient autorisés par la femme? Cela permettrait sans doute d'empêcher une grande partie des cautionnements indésirables et notamment des cautionnements de complaisance que le mari, pour une raison ou pour une autre, ne croit pas pouvoir refuser. La loi lui donnerait alors un prétexte utile pour ne pas s'engager. Cette mesure serait donc incontestablement efficace. Il serait toutefois excessif de l'imposer aux hommes mariés inscrits au registre du commerce, car ceux-ci peuvent toujours prendre, par voie de change, des engagements beaucoup plus étendus. Il faudrait donc faire une exception pour ceux-là. On peut même se demander s'il ne conviendrait pas d'aller encore plus loin et de libérer de cette obligation tous les époux séparés de biens.

En la limitant aux époux non inscrits au registre du commerce, cette innovation serait assez indiquée et même recommandable. Si, néanmoins, nous ne l'avons pas admise dans notre projet, c'est que nous ne croyons pas à la possibilité de la faire accepter par le peuple. Ce fut aussi l'avis de la commission d'experts, qui trouva la chose excellente en soi, mais la rejeta par 11 voix contre 8, pour des raisons de tactique législative. Dans la campagne au sujet du nouveau droit, on ne manquerait pas de faire une propagande efficace en parlant du « libre Suisse » qui ne pourrait même pas assumer le plus petit cautionnement sans le consentement de sa femme; on en ferait facilement un « slogan » capable de faire sombrer le projet. C'est pourquoi nous jugeons prudent de ne pas charger le bateau de ce fardeau dangereux. D'autre part, il ne faut pas exagérer les inconvénients du système actuel. Comme nous l'avons déjà rappelé, la femme ne manque pas de moyens pour empêcher son mari de compromettre sa fortune par des cautionnements (elle peut, par ex., convenir avec lui d'une séparation de biens, demander des sûretés ou une séparation de biens judiciaire; elle peut encore demander la spécification des choses fongibles apportées par elle, etc.). Au surplus, l'introduction de la forme authentique améliorera déjà considérablement la situation. Nous devons donc, pour ces raisons, nous en tenir au rejet de la proposition.

A titre subsidiaire, voici toutefois le projet d'un article qui pourrait être placé après l'article 493 :

« Un époux non inscrit au registre du commerce ne peut valablement cautionner qu'avec le consentement écrit de son conjoint. Sont réservées les dispositions concernant le consentement de l'autorité tutélaire aux actes juridiques de la femme. »

3. *Autres exigences.*

a. Le devoir d'information et de renseignement. — Bien des cautionnements malheureux n'auraient jamais été signés si la caution avait été exactement renseignée sur la situation du débiteur principal ou si le créancier avait été renseigné sur celle de la caution. Mais il est constant qu'aujourd'hui déjà la caution, aussi bien que le débiteur principal, ont le droit de demander des renseignements dont ils peuvent faire dépendre leur attitude ultérieure. La difficulté est dans le fait que l'on use rarement de cette faculté et que les renseignements donnés sont souvent inexacts. Si l'on veut instituer dans ce domaine une prescription légale, on ne peut le faire que conjointement avec une sanction efficace, qui ne pourrait guère consister qu'en la nullité du cautionnement; mais c'est une mesure qui frappe le créancier. Il s'agit donc uniquement de savoir si l'on peut obliger le créancier, d'une part, à renseigner la caution sur la situation du débiteur principal et, d'autre part, à se renseigner lui-même sur la situation de la caution.

Le droit actuel n'impose pas au créancier une obligation générale de renseigner la caution. Il n'est pas obligé de lui communiquer des faits qui l'auraient probablement engagée à refuser sa signature si elle les avait connus au moment de s'engager. Mais, d'autre part, il ne peut pas non plus provoquer dolosivement chez la caution des idées erronées; tel serait, par exemple, le cas si, en renseignant la caution sur la situation financière du débiteur principal, le créancier passait sous silence des faits importants tout en lui laissant croire qu'il l'a renseignée d'une façon complète (ATF 59, II, 242 et 57, II, 279). En revanche, la caution peut, comme nous l'avons déjà dit, demander des renseignements au créancier et, en attendant, refuser sa signature; le créancier engagerait alors sa responsabilité s'il donnait sciemment un renseignement inexact. Il n'y a pas lieu d'aller plus loin et d'obliger le créancier à renseigner la caution de son chef sur la situation du débiteur principal, car la caution est généralement plus près du débiteur que le créancier. L'article 709 du projet franco-italien prévoit la libération de la caution lorsque le créancier, au moment de la signature du cautionnement, savait ou devait savoir que la situation financière du débiteur principal s'était sensiblement aggravée; nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'introduire dans notre droit une disposition semblable car la jurisprudence actuelle suffit. La commission d'experts a rejeté, à une grande majorité, une proposition d'obliger le créancier à indiquer à

la caution, qui le lui demande, les engagements que le débiteur principal a déjà envers lui.

Dans son postulat, M. le conseiller national Schirmer voulait que le créancier soit tenu d'exiger de la caution une déclaration sur l'état de sa fortune et des cautionnements pour lesquels il était engagé. La remise de cette déclaration — écrite — serait une condition de validité du cautionnement. L'obligation de la caution de renseigner le créancier de cette façon devrait, dans l'idée de ceux qui la proposent, jouer un rôle analogue au registre des cautionnements; elle pourrait certainement empêcher bien des cautions d'assumer des engagements au-dessus de leurs forces. D'un côté, la caution serait obligée de faire elle-même le compte de ses engagements pour pouvoir renseigner le créancier; et cet examen pourrait déjà à lui seul l'empêcher de s'engager davantage. D'un autre côté, le créancier aurait une vue d'ensemble de la situation de la caution et n'accepterait pas un nouvel engagement de sa part si sa situation lui paraissait déjà suffisamment chargée.

Il n'est cependant pas certain que les indications de la caution seraient toujours d'une exactitude absolue. La liste des cautionnements existants pourrait être incomplète, par suite d'un oubli ou pour toute autre raison, et il se pourrait que la caution estimât sa fortune trop haut. Le cautionnement n'en devrait pas moins demeurer valable, car ce serait porter un coup trop sensible au crédit de cautionnement que de subordonner la validité du contrat à l'exactitude des renseignements donnés. Mais ce qui est encore plus important, c'est qu'une telle obligation de la caution de renseigner le créancier sur sa situation personnelle réduirait décidément trop la possibilité de trouver une caution. Bien des gens refuseraient de donner une telle déclaration pour ne pas compromettre leur crédit ou ne pas mettre le fisc en éveil. Celui qui, pour rendre service à autrui, consent à exposer une partie de sa fortune ne veut pas, par surcroît, s'exposer à des désagréments pouvant aller jusqu'à son renvoi devant le juge pénal. Ces raisons prouvent éloquemment combien il serait inadmissible d'obliger le créancier à s'informer de la situation financière de la caution. On pourrait tout au plus envisager une obligation du créancier de s'enquérir auprès d'elle de ses engagements antérieurs. Mais même cela serait encore une charge trop lourde pour le crédit de cautionnement. A une grosse majorité, la commission d'experts a rejeté cette proposition; nous en faisons autant.

On pourrait aussi obliger le créancier à se faire renseigner par le débiteur principal sur sa situation financière, comme les banques ont du reste déjà l'habitude de le faire aujourd'hui. Cette innovation serait moins grave, mais aussi moins efficace. Elle n'empêcherait pas le créancier d'accorder des crédits, en dépit des mauvais renseignements donnés, si la caution lui paraissait suffisamment bonne. Or c'est précisément ce qu'il faut éviter. Pour y arriver, il faudrait au moins qu'avant de s'engager, la caution ait

connaissance des renseignements donnés par le débiteur principal, mais on devrait se contenter de sa déclaration qu'elle en a eu connaissance. En aucun cas, on ne pourrait subordonner la validité du cautionnement à l'exactitude de ces renseignements. On ne peut donc pas attendre de cette institution une amélioration qui en compenserait les inconvénients.

Au lieu de cette obligation, on a proposé de créer un *service interbancaire d'informations*. Un tel service ne pourrait pas être rendu obligatoire en raison même du secret des banques. Mais si les banques veulent instituer entre elles un service mutuel d'information, elles n'ont pas besoin d'une autorisation spéciale.

b. *L'interdiction pour la caution de se charger au delà de ses possibilités.* — C'est une des tâches principales de la revision de faire en sorte qu'une personne ne puisse assumer des cautionnements pour des sommes supérieures à ses possibilités. C'est là une exigence que postule non seulement l'intérêt de la caution, mais aussi celui de l'économie nationale toute entière. D'après certaines propositions, il faudrait interdire la signature de tout cautionnement qui dépasserait la capacité financière de la caution. Ce but est très désirable en soi, mais il ne semble pas que le moyen proposé soit propre à y conduire.

Pour réaliser ce principe, certains voudraient interdire à la caution de s'engager pour une somme supérieure au montant de sa fortune nette. Mais la fortune nette d'un individu n'est pas quelque chose de notoire, permettant de proclamer la nullité de tout cautionnement assumé pour une somme supérieure. Il faudrait alors se contenter de la déclaration de la caution que son cautionnement ne dépasse pas le montant de sa fortune nette. Mais quelle pourrait bien être l'utilité d'une telle déclaration ?

Pour surmonter cette difficulté, on a proposé de prendre pour base la fortune et le revenu déclarés à l'impôt; on aurait ainsi un chiffre facile à constater objectivement. Mais il faudrait encore décider dans quelle mesure la fortune et le revenu devraient être pris en considération. Dans tous les cas, il serait nécessaire de divulguer les chiffres de la taxation fiscale. Cette raison à elle seule suffit à faire rejeter la proposition, car la caution à qui l'on imposera cette divulgation préférera renoncer à s'engager.

Nous ne pouvons pas non plus recommander une disposition semblable à celle de l'article 285 du code civil mexicain, selon lequel les cautionnements qui dépassent une certaine somme ne sont permis qu'aux institutions de crédit ou aux personnes possédant des immeubles dont la valeur offre une garantie suffisante.

Cette difficulté de constater la capacité de paiement de la caution pourrait être tournée d'une autre façon; il suffirait de décider qu'un cautionnement ne peut jamais être signé pour une somme supérieure à un certain maximum indiqué en chiffres, par exemple 10 000 francs. Mais une limite aussi rigide, applicable indifféremment aux riches et aux pauvres, aurait

le grave défaut de ne pas tenir compte des différences de situations individuelles. Un cautionnement de 10 000 francs peut ruiner un ouvrier, mais il n'y a aucune raison d'empêcher un capitaliste de s'engager pour une telle somme et même pour une somme supérieure. Au surplus, une limite maximum n'aurait de sens que si elle s'appliquait non seulement à un cautionnement déterminé, mais à l'ensemble des cautionnements assumés par une même personne. Or il n'y a que le registre des cautionnements qui aurait permis de faire cette constatation d'une façon certaine; en son absence, la proposition que nous examinons ici manque de base.

c. Obligation de payer d'avance une partie de la somme garantie ou de fournir des sûretés au moment de la conclusion du contrat. — Psychologiquement, le danger du cautionnement réside dans le fait que la caution promet non une prestation immédiate, mais une prestation future qui peut ne jamais lui être réclamée; cela incite les optimistes à sous-estimer le danger. Pour mettre la caution dès le début en présence de la réalité, on a proposé de l'obliger à déposer, au moment où elle s'engage, une partie, par exemple dix pour cent, de la somme cautionnée; ce dépôt pourrait être effectué en espèces ou en toutes autres valeurs.

Nous ne retenons pas cette suggestion, car l'exigence qu'elle comporte réduirait sérieusement la possibilité de trouver une caution; au surplus, il serait facile de l'éluder.

C. LES EFFETS DU CAUTIONNEMENT

1. Modifications concernant le cautionnement solidaire.

a. Le cautionnement solidaire peut-il être supprimé? — L'évolution a commencé avec la responsabilité exclusive du débiteur principal, pour arriver à la responsabilité solidaire de la caution en passant par la responsabilité subsidiaire; c'est aujourd'hui la responsabilité solidaire qui domine. A cet égard, d'autres droits sont encore plus sévères que le nôtre. Ainsi, le droit anglais ignore le bénéfice de discussion, et le droit autrichien (art. 1355 du code civil) permettait au créancier d'actionner la caution simple après une sommation demeurée sans effet. En droit français (art. 2023), la caution qui veut obliger le créancier à rechercher tout d'abord le débiteur principal doit lui indiquer les biens à saisir et lui faire l'avance des frais nécessaires. Lors de la discussion du code civil allemand, il a même été question de supprimer purement et simplement le bénéfice de discussion. A l'encontre de cette tendance, dirigée vers la suppression du cautionnement simple, en apparaît aujourd'hui une autre qui veut la suppression du cautionnement solidaire.

Il n'est pas exagéré de dire que la perte subie par la caution pourrait être évitée dans bien des cas s'il était possible de supprimer cette forme

de cautionnement, qui est à la fois la plus dangereuse et la plus fréquente. Le seul fait que la caution peut être actionnée avant le débiteur principal est déjà pour elle une lourde charge. Etant souvent un ami ou un parent du débiteur principal, la caution ne peut généralement pas, pour des raisons psychologiques, agir rigoureusement contre lui, comme l'aurait fait le créancier s'il n'avait eu pour garantie qu'une caution simple. Il peut ainsi arriver, non seulement que la caution doive payer d'avance pour un débiteur encore solvable, mais qu'elle perde même son droit de recours contre le débiteur principal pour ne pas encourir le reproche de manquer d'égards envers lui. En outre, dans le cautionnement simple, le créancier s'adressera au débiteur principal plus tôt, soit à un moment où il est encore en mesure de payer. La caution sous-estime généralement la valeur du bénéfice de discussion et du droit de renvoyer le créancier à se payer sur les gages, notamment quand le débiteur principal est un débiteur négligent.

On ne peut malheureusement remédier à cette situation, car les créanciers, particulièrement les banques, voient dans cette possibilité d'actionner la caution en tout temps leur plus précieuse garantie. Les banques n'admettent guère que les cautionnements solidaires; elles le font, non pas tant à cause de la plus grande sécurité qu'ils procurent à leurs créances qu'en raison de la plus grande liquidité, ce qui permet un règlement plus facile et plus rapide de l'affaire. La nécessité d'agir préalablement contre le débiteur principal serait considérée par les banques comme une entrave insupportable au trafic et une aggravation de la situation des créanciers. Il ne peut donc être question de supprimer le cautionnement solidaire, comme certains l'ont proposé. Du reste, une telle mesure ne serait pas même efficace, car elle pourrait être éludée de bien des façons, notamment par des reprises cumulatives de dette et des engagements de change. Aussi la commission d'experts ne s'y est-elle pas arrêtée.

On a proposé de n'interdire le cautionnement solidaire qu'aux personnes non inscrites sur le registre du commerce. Cette proposition n'est pas acceptable non plus. Sans doute pourrait-on, par ce moyen, protéger ceux qui ont le plus besoin de protection; mais d'autre part, on réduirait sérieusement la possibilité de se procurer des crédits à des gens qui ne peuvent offrir que le cautionnement de personnes non inscrites sur le registre du commerce. Finalement, la mesure se retournerait contre ceux-là même qu'on aurait voulu protéger. En outre, on rendrait plus compliquées et plus difficiles les affaires de cautionnement.

b. L'atténuation des effets du cautionnement solidaire. — La suppression du cautionnement solidaire ne pouvant être envisagée, il est néanmoins possible d'en atténuer les effets les plus dangereux.

On voit généralement un abus du cautionnement solidaire dans l'attitude du créancier qui, sans nécessité reconnue, s'adresse en premier lieu à la caution uniquement parce que celle-ci, en raison de sa situation sociale

ou de ses scrupules, réagira plus rapidement à ses sommations que le débiteur principal. C'est pour parer à de tels abus que le projet (à l'art. 496, 1^{er} al.) ne permet au créancier d'actionner la caution solidaire que si le débiteur principal a été préalablement sommé de s'acquitter et qu'il ne l'ait pas fait.

On pourrait en outre améliorer sensiblement la situation de la caution solidaire en ne permettant au créancier de l'actionner qu'après avoir liquidé ses *droits de gage sur les meubles et créances* dont la réalisation est relativement rapide. Mais une telle disposition, si elle était impérative, diminuerait trop l'efficacité du cautionnement solidaire; c'est pourquoi le projet (art. 496, 1^{er} al.) se contente de poser cette solution comme règle et d'admettre la possibilité d'y déroger par convention. Il est cependant probable que, dans la pratique, cette convention devienne la règle. L'innovation n'est cependant pas inutile puisqu'il faudra toujours une convention particulière, de sorte que la caution devra être rendue attentive à cette possibilité. Avant la réalisation de ces droits de gage, la caution solidaire ne peut en outre être recherchée que dans la mesure où ils ne couvrent pas la créance; le juge appréciera en cas de contestation. La caution solidaire pourra de même être recherchée en cas de faillite du débiteur principal, cela conformément à la réglementation admise pour le cautionnement simple.

Signalons, dans le même ordre d'idées, une autre innovation importante: l'article 500, 2^e alinéa, du projet permet à la caution *qui fournit des sûretés* de demander au juge la *suspension de la poursuite dirigée contre elle* jusqu'au moment où tous les gages auront été réalisés et qu'un acte de défaut de biens définitif aura été délivré contre le débiteur principal. Cette disposition, déclarée de droit impératif, est applicable à tous les genres de cautionnements. Mais elle sera particulièrement utile à la caution solidaire. Ce qui importe essentiellement au créancier, c'est de recevoir une sûreté suffisante sans avoir à rechercher préalablement le débiteur principal. Une fois cette sûreté fournie, on peut aisément demander au créancier qu'il s'en tienne d'abord au débiteur.

Quand il y a plusieurs cautions, le principe de la solidarité peut avoir, en droit actuel, des conséquences extrêmement graves. C'est ainsi que le créancier peut choisir n'importe laquelle des cautions et exiger d'elle la somme entière, quitte à elle à se retourner contre ses cocautions pour obtenir le remboursement de ce qu'elle a payé en plus de sa part. Si, par exemple, dix personnes ont garanti solidairement une dette de 200 000 francs, chacune d'elles doit se dire que, dans le cas le plus défavorable, elle pourra être appelée à payer sa part entière de 20 000 francs, ce qui ne dépasse pas ses possibilités. Mais si elle est recherchée pour la somme totale, elle peut être ruinée même s'il lui reste un droit de recours contre les autres cautions ou contre le débiteur principal. Ici la caution a donc besoin d'une

protection; le projet se propose de la lui donner en décidant (à l'art. 497, 2^e al.) que le créancier a l'obligation de *rechercher simultanément toutes les cautions conjointes*, autant qu'elles peuvent être actionnées en Suisse. Les avant-projets ne prévoyaient cette obligation que pour les cautions susceptibles d'être actionnées au même for, cela afin de ne pas obliger le créancier à ouvrir simultanément plusieurs procès. La commission d'experts est allée plus loin — nous l'avons suivie — dans l'idée que la difficulté provenant de la diversité des fors pourrait être aplanie par la stipulation d'un for commun. Il faut toutefois reconnaître que d'importantes raisons militent en faveur de l'autre solution. On pourrait aussi décider qu'une caution ne peut être poursuivie pour une somme supérieure à sa part, tant que les autres n'ont pas payé la leur et ne sont pas recherchées, que si, à défaut, l'exercice du droit du créancier est rendu difficile à l'excès.

2. Modifications concernant tous les genres de cautionnements.

a. C'est en général gratuitement que la caution se charge de la dette d'un autre; de ce fait, elle mérite d'être jugée moins sévèrement qu'un débiteur ordinaire lorsqu'elle ne peut exécuter ses engagements. Cette idée a certainement joué un rôle dans l'adoption de l'article 591 du code civil, selon lequel les héritiers qui acceptent une succession ne répondent des cautionnements du défunt qu'à concurrence du dividende qui leur serait échu, en cas de liquidation du passif héréditaire, selon les règles de la faillite. Il ne se justifie pas d'aller plus loin dans cette voie et d'exclure complètement ou de limiter dans le temps (par ex. trois ans dès la mort du défunt, comme dans l'ancien droit autrichien) la *responsabilité des héritiers pour les dettes de cautionnement*. Il ne serait pas indiqué non plus de généraliser le principe de l'article 591 en autorisant chaque caution à liquider sa situation avec ses créanciers en payant l'équivalent d'un dividende de faillite. Dans le cas de l'article 591, il s'agit en effet des cautionnements assumés par un autre, le défunt, dont les héritiers pourraient répudier la succession. La situation est toute différente quand il s'agit de cautionnements assumés par la caution elle-même.

D'autre part, il serait peu opportun d'imposer au créancier simplement l'obligation d'annoncer le cautionnement dans un délai déterminé après l'ouverture de la succession, si l'on ne veut pas attacher à l'inobservation dolosive de cette prescription la déchéance des droits du créancier ou au moins l'obligation de réparer le dommage. En vertu de l'article 591 du code civil, les héritiers ont d'ailleurs déjà la possibilité de provoquer la production des cautionnements en temps utile. On avait aussi proposé de modifier cet article pour le motif qu'il est difficile de calculer à l'avance le dividende en cas de faillite. Mais une meilleure solution n'est pas facile à trouver.

b. On pourrait, plus modestement, envisager une limitation de la responsabilité de la caution *en augmentant le nombre des biens insaisissables* dans les poursuites pour dettes de cautionnement. Il est particulièrement dur, pour une famille, de se voir dépouillée de tout ce qu'elle possède pour payer de telles dettes. C'est pourquoi on a demandé qu'en pareil cas, le cercle des biens qui ne peuvent être saisis soit élargi. Toutefois, l'aide que l'on apporterait ainsi à la caution ne serait souvent qu'apparente, car ce qui échapperait aux créanciers de cautionnement profiterait simplement aux autres.

c. En revanche, le projet introduit (à l'art. 507, 4^e al.) une réglementation nouvelle du *droit de recours sur les gages*. Le droit actuel ne dit pas expressément si c'est la caution ou le propriétaire du gage qui doit en définitive supporter le poids de la dette. La solution qui découle des dispositions générales est loin d'être satisfaisante, car elle dépend de la date des paiements. Si c'est la caution qui paie en premier, elle est, conformément à l'article 505 du code des obligations, subrogée au créancier quant aux droits de gages; elle peut alors se payer sur le produit du gage constitué par un autre. Mais si c'est le propriétaire du gage qui paie le premier, c'est lui qui, en vertu de l'article 110, 1^{er} alinéa, du code des obligations, est subrogé au créancier, aussi en ce qui concerne ses droits de cautionnement; dans ce cas, le propriétaire du gage peut réclamer à la caution la réparation du dommage. C'est donc celui qui paie le premier qui peut se faire rembourser par l'autre. La solution contraire ne serait pas plus satisfaisante, selon laquelle le dommage devrait être supporté par celui qui paie le premier. Dans les deux systèmes, la solution serait plus ou moins laissée aux soins du hasard. Il est donc préférable que la loi elle-même impose la solution, et une solution qui soit indépendante de la date des paiements. Or, d'après l'opinion générale, on peut plus facilement demander au propriétaire du gage de supporter le dommage qu'à la caution. Cela ne fait pas de doute pour les gages constitués avant ou en même temps que le cautionnement; dans ces cas, la caution est régulièrement dans l'idée qu'elle ne doit qu'une créance garantie par gage, c'est-à-dire qu'elle ne peut être tenue que de la perte subie par le créancier après la réalisation du gage. Le projet décide, par conséquent (art. 507, 4^e al.), que le propriétaire du gage ne peut recourir contre la caution qu'en raison des gages constitués postérieurement par un tiers. En revanche, il n'a pas de droit de recours si la constitution du gage est antérieure. Si la caution a payé en premier, elle conserve le droit de recours qui lui appartient aux termes de l'article 507 du projet. Une convention contraire est toujours possible dans un sens ou dans l'autre.

d. Enfin, le projet a donné à une série de dispositions un effet plus marqué en les déclarant *de droit impératif*. On sait que les conditions des banques sont généralement rédigées d'avance sur des formules imprimées

que les cautions sont invitées à signer, mais qu'elles lisent rarement. Elles sont alors étonnées d'apprendre, au moment où elles sont actionnées, qu'elles ont renoncé à tel ou tel droit qui leur appartenait en vertu de la loi. A l'avenir les cautions ne pourront plus que dans une mesure limitée renoncer aux exceptions que la loi leur permet de faire valoir.

D. LA FIN DU CAUTIONNEMENT

1. La limitation légale de la durée du cautionnement.

Comme on l'a déjà dit, l'expérience démontre qu'il est extrêmement difficile à une caution de se libérer de son engagement, même si elle ne l'a assumé que pour un temps très court. Le plus souvent, elle n'y parvient pas tant et aussi longtemps que la dette principale subsiste. Ne pouvant payer, elle est alors heureuse d'échapper aux poursuites en prolongeant sa responsabilité. Le cautionnement, primitivement considéré comme une affaire à court terme, se prolonge alors comme un mal éternel. La caution doit souvent assister à la modification de la situation financière du débiteur principal, qui s'aggrave à son détriment au cours des années; et devant cet état de chose, elle est, pour ainsi dire, impuissante. Il est vrai que la caution peut exiger des sûretés du débiteur principal ou sa libération dans les cas de l'article 512 du code des obligations, c'est-à-dire lorsque le débiteur principal est en demeure ou lorsque, soit en raison des pertes qu'il a subies, soit par suite d'une faute par lui commise, la caution court des risques sensiblement plus élevés qu'au moment où elle s'est engagée. Mais ce droit de la caution ne lui sert à rien précisément dans les cas où il pourrait lui être le plus utile, c'est-à-dire quand le débiteur principal devient insolvable. Un débiteur qui ne peut plus payer ses dettes ne peut généralement pas non plus fournir des sûretés à la caution ou la libérer. Ce moyen est également inutilisable quand la situation de la caution s'est modifiée au point que son engagement est devenu une trop lourde charge pour elle. C'est de là qu'est issue l'idée de limiter, de par la loi, la durée du cautionnement. Le droit actuel permet, il est vrai, de liquider dans un délai relativement court les cautionnements contractés pour une durée indéterminée, dès que la dette principale est exigible ou que l'exigibilité peut être provoquée par la dénonciation du créancier. Dans ce dernier cas, la caution peut (sauf dans les cautionnements d'officiers publics et d'employés), un an après qu'elle s'est engagée, exiger du créancier qu'il donne l'avis de dénonciation; le rapport de dette peut alors être liquidé et le droit de recours exercé.

Mais les difficultés surgissent lorsque le cautionnement ou la dette principale ne sont résiliables qu'à longue échéance. Dans ce cas, on peut se demander s'il ne serait pas utile de prévoir une disposition impérative fixant une limite maximum à tout cautionnement; cette mesure pourrait éventuellement être combinée avec un amortissement légal. Le premier

avant-projet (art. 508, 2^e al.) avait prévu une durée de 15 ans, mais permettait au créancier de rechercher la caution pendant les six mois précédant cette échéance, même si, à ce moment, la dette n'était pas encore exigible. Le cautionnement pouvait cependant être renouvelé en tout temps. La plupart des mémoires envoyés à la division de justice ont admis cette solution, sauf que certains demandaient la prolongation du délai à 20 ou 25 ans, et d'autres une réduction à 10 ans. Certains ont proposé de remplacer cette limitation dans le temps par la communication périodique, du créancier à la caution, de l'état de la dette principale. Le deuxième avant-projet (art. 509, 3^e al.) s'en est tenu au système de son devancier, tout en le réservant au cautionnement des personnes physiques et en étendant le délai à 20 ans. A la commission d'experts, la limitation fut combattue, notamment par les représentants des banques, qui firent valoir la difficulté d'obtenir un renouvellement de la signature; ils reprirent la proposition de remplacer la limitation par une simple notification. Après une longue discussion, la commission se prononça, par 11 voix contre 6, en faveur de la notification, de manière qu'à l'avenir le créancier devrait informer la caution, avant l'expiration du délai, de l'existence du cautionnement et que celui-ci serait automatiquement renouvelé pour la même durée si la caution n'en demandait pas la liquidation. En essayant de formuler cette solution, nous dûmes cependant constater qu'elle était beaucoup plus compliquée qu'il ne semblait à premier abord. Il faudrait prévoir une sanction pour le cas où la notification n'aurait pas lieu, puis le droit pour la caution de demander la liquidation du cautionnement même sans notification, ainsi que l'exercice du droit du créancier dans les six mois précédant l'expiration du délai; il faudrait aussi prévoir comment la caution doit exercer son droit de recours en pareil cas et à quelles conditions le cautionnement est renouvelé de plein droit. D'autre part, il est évident que la valeur de la prolongation pourrait être réduite à rien si l'on admettait la possibilité d'une prolongation tacite. En résumé, nous proposons de décider (art. 509, 3^e al.) que tout cautionnement d'une personne physique s'éteint à l'expiration du délai de 20 ans; toutefois, pour faciliter son maintien, nous disons que le cautionnement peut être prolongé de 10 ans par simple déclaration écrite de la caution, intervenant dans les 6 mois qui précèdent l'expiration du délai. Le renouvellement pour une nouvelle période de 20 ans est possible, mais par acte authentique. Pour être efficace, la limitation du cautionnement dans le temps doit être de droit impératif. Ainsi conçue, cette mesure peut être utile à la caution tout en étant supportable pour le créancier. Aujourd'hui, certaines banques exigent déjà le renouvellement du cautionnement après 10 ans.

2. L'amortissement légal du cautionnement.

La question de l'amortissement légal et obligatoire du cautionnement touche de près à celle que nous venons d'examiner. Aujourd'hui, la res-

ponsabilité de la caution s'accroît généralement d'année en année; nous voudrions qu'à l'avenir elle décroisse de façon qu'on puisse sans danger déclarer le cautionnement éteint à l'expiration du délai maximum de validité. Une telle mesure pourrait inciter le créancier à agir auprès du débiteur pour qu'il amortisse sa dette, lentement peut-être mais d'une façon continue. Cet amortissement obligatoire, qui se pratique aujourd'hui déjà en matière d'hypothèque, pourrait être extrêmement utile à l'économie publique. Il serait certainement accueilli avec faveur par l'opinion.

Mais la réglementation de cette institution ne va pas sans difficultés. On discute déjà sur le taux de l'amortissement; il ne doit pas être trop élevé si l'on veut qu'il soit supportable, mais il ne doit pas être trop bas non plus, sinon le principe de l'amortissement obligatoire perdrait de son efficacité. Le premier avant-projet (art. 499, dernier al.) essaya d'une solution moyenne avec deux pour cent. Dans les mémoires adressés à la division de justice, ce pourcentage fut trouvé trop élevé pour les créances hypothécaires et trop bas pour les autres. Tenant compte de ces observations, le deuxième avant-projet fit les distinctions suivantes: pour les créances garanties par gage immobilier, le cautionnement doit diminuer dans la même mesure que le capital, mais au minimum de un pour cent par an; pour les autres créances, la diminution annuelle est de trois pour cent. En outre, l'amortissement obligatoire ne s'applique qu'aux cautionnements des personnes physiques, et un certain nombre de créances en sont exceptées.

On a aussi soulevé des objections contre le régime obligatoire, qui pourrait se révéler préjudiciable à la caution lorsque le débiteur principal est dans l'impossibilité d'opérer les amortissements légaux. A cet égard, le second avant-projet avait déjà prévu la possibilité d'exclure l'amortissement par convention pour les trois premières années. La commission d'experts se montra sympathique au principe de l'amortissement obligatoire, mais fut plus réservée quant à la possibilité de faire passer ce principe dans la pratique; au vote, 10 voix se prononcèrent pour et 10 contre.

Tenant compte de ces objections dans ce qu'elles ont de fondé, le présent projet (art. 499, 2^e al.) en reste à la réglementation du 2^e avant-projet tout en la rendant facultative; l'amortissement peut donc être exclu par convention, soit d'une façon générale, soit pour certains cas seulement. Mais ce qui est de droit impératif, c'est que la somme cautionnée doit diminuer dans la même mesure que la dette principale. Si, par exemple, la convention prévoit l'amortissement d'une dette hypothécaire de un pour cent par an, la somme cautionnée se trouvera naturellement réduite d'un dixième après 10 ans. Si, en revanche, l'amortissement est suspendu pendant un certain temps, par exemple en raison d'une crise, la somme cautionnée demeurera inchangée. Il va de soi qu'une fois acquise, la réduction de la somme cautionnée est définitive et ne peut pas être augmentée

à nouveau par une élévation postérieure de la dette principale. L'amortissement obligatoire ne s'applique pas aux cautionnements des personnes morales et des sociétés commerciales; il ne s'applique pas non plus aux cautionnements d'officiers publics et d'employés, aux cautionnements de douane, de transport et de garantie envers l'Etat, pas plus qu'aux dettes d'un montant variable (comptes courants, contrats de vente par livraisons successives) et aux prestations périodiques (intérêts, rentes, etc.). Ainsi réalisée, l'idée de l'amortissement obligatoire peut être utile sans créer de grosses difficultés.

3. *Le droit de révocation de la caution.*

On pourrait aussi améliorer la situation de la caution en lui donnant, dans certains cas, le droit de révoquer son engagement. Chacun admet qu'un tel droit ne peut plus être envisagé dès que la dette principale a pris naissance et que le cautionnement porte effet. Celui qui, sur la foi d'un cautionnement, a accordé un crédit pourrait à juste titre se plaindre de l'atteinte portée à ses droits si l'on permettait à la caution de retirer sa signature. C'est pourquoi on ne pourrait admettre un droit de révocation que pour la période antérieure à la naissance de la dette principale (par ex. avant l'octroi du crédit); ce droit pourrait être accordé, soit purement et simplement (comme l'art. 628 de la loi polonaise), soit seulement en cas d'aggravation essentielle de la situation financière du débiteur principal (conformément à l'art. 610 du code civil allemand). Le premier avant-projet (art. 509, 1^{er} al.) admettait ce droit de révocation, sauf dans les cautionnements d'officiers publics et d'employés; il pouvait être exercé par la caution « lorsque la situation financière du débiteur principal s'est sensiblement aggravée depuis le jour où elle s'est engagée ». Le second avant-projet (art. 510, al. 1 et 2) distingue suivant que le créancier s'était déjà ou ne s'était pas encore engagé envers le débiteur principal. S'il ne s'était pas encore engagé, le droit de révocation pouvait être exercé dès qu'il y avait aggravation essentielle de la situation financière du débiteur principal; si, en revanche, le créancier avait déjà promis sa prestation, la caution ne pouvait retirer sa signature qu'en cas d'insolvabilité du débiteur survenue entre temps, et encore pour la seule partie non exécutée de la prestation. En cas de cautionnement d'un crédit bancaire par exemple, la caution aurait pu révoquer sa promesse avant l'octroi du crédit en prouvant que la situation du débiteur principal s'était sensiblement aggravée depuis le jour du cautionnement. Mais si le crédit était déjà accordé, même alors que la somme ne serait pas encore versée, la caution n'eût pu se retirer qu'en prouvant l'insolvabilité du débiteur principal.

La commission d'experts, par 9 voix contre 3, a décidé de ne pas admettre le droit de révocation et cela pas plus dans un cas que dans l'autre; elle a de même rejeté la proposition d'autoriser la caution à retirer sa signature

tant que la dette principale n'avait pas pris naissance, pourvu qu'elle réparât le dommage subi par le créancier. Dans le présent projet, nous avons également renoncé à ce droit de révocation, mais nous nous demandons s'il n'y aurait pas lieu d'y revenir. Imaginons, par exemple, le cas suivant, qui n'est pas du tout un cas exceptionnel : le débiteur d'une banque, étant à court d'argent, a besoin de nouveaux crédits pour se maintenir à flot, et la banque se montre disposée à les lui accorder moyennant bonne et valable caution. La demande de crédit est alors présentée au conseil d'administration de la banque, appuyée par la signature de deux cautions solvables. Mais la décision du conseil tarde à venir et, entre temps, la situation du débiteur principal s'aggrave. Les cautions, qui en sont informées, font alors savoir à la banque que, dans ces conditions, elles retirent leur signature. La banque peut-elle passer outre, accorder néanmoins le crédit et actionner les cautions ? Il n'y a pas de doute qu'elle puisse avoir intérêt à agir ainsi ; le crédit, suffisamment garanti par les cautions, permettra peut-être au débiteur de rétablir sa situation et, dans la suite, de payer aussi ses anciennes dettes envers la banque. Une telle manière de faire serait cependant contraire à l'équité, et il faut que les cautions puissent se retirer. On pourrait peut-être les rendre responsables du dommage possible, c'est-à-dire de l'intérêt négatif que le créancier pouvait avoir à la conclusion du contrat ; le créancier n'aurait alors pas lieu de se plaindre de la situation qui lui serait faite.

On peut même se demander si le droit de révocation ne devrait pas être accordé également dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le crédit est promis mais non encore payé et que le débiteur principal est devenu entre temps insolvable. Dans un cas semblable, l'article 316 du code des obligations autorise le prêteur à ne pas donner suite au contrat de prêt ; c'est la même règle qui est formulée sous une forme plus générale à l'article 83 du code des obligations. En matière de cautionnement, il ne serait pas non plus équitable que le créancier puisse, malgré le fait nouveau de l'insolvabilité du débiteur principal, avancer les fonds et s'en tenir ensuite aux cautions.

4. Le droit de résiliation de la caution.

Le droit de résiliation de la caution doit-il être élargi ? A cet égard, la législation actuelle n'accorde à la caution que les possibilités suivantes : S'il s'agit d'un cautionnement donné pour un temps indéterminé, la caution peut, lorsque la dette principale devient exigible, exiger du créancier qu'il poursuive juridiquement, dans les quatre semaines, l'exécution de ses droits. S'il s'agit d'une dette dont l'exigibilité peut être déterminée par un avertissement du créancier, la caution a le droit d'exiger que cet avertissement soit donné et que, la dette étant devenue exigible, le créancier poursuive juridiquement l'exécution de ses droits (art. 503 CO). Mais lorsqu'il n'existe aucune possibilité de dénoncer le remboursement de la

créance, la caution demeure liée jusqu'à l'exigibilité naturelle de la dette et encore pendant les quatre semaines qui suivent. Dans ce cas, la jurisprudence suisse, contrairement à la jurisprudence allemande, ne donne à la caution aucun droit de résiliation. Il peut donc arriver que la caution demeure responsable pendant plusieurs années sans pouvoir se libérer, soit parce que le cautionnement a été donné pour une longue période, soit parce que la dette ne peut être dénoncée par les parties. Cette situation est dure pour la caution. Aussi a-t-on proposé de lui permettre de résilier son cautionnement, dans tous les cas, à l'expiration d'une période de 10 ans. Mais une telle réglementation ne peut plus trouver place dans le système du projet, où le cautionnement est limité dans le temps. Il serait décidément excessif de donner à la caution un droit de résiliation après 10 ans et de déclarer en outre le cautionnement éteint, de par la loi, après 20 ans. Il faut choisir; or à notre avis il ne se justifie pas de supprimer la limitation dans le temps au profit d'un tel droit de résiliation. Les complications résultant du fait que la dette n'est pas encore exigible seraient plus nombreuses si le cautionnement pouvait être résilié après 10 ans. La question de l'extension du droit de résiliation de la caution ne pourrait donc être envisagée que si l'on renonçait à limiter la durée du cautionnement. Il faudrait en tout cas donner au créancier la possibilité d'actionner la caution avant la fin du cautionnement et, alors, examiner s'il n'y aurait pas lieu de permettre à la caution de demander la suspension de la poursuite en fournissant des sûretés; au cas où la caution s'acquitterait avant l'exigibilité de la dette principale, il y aurait lieu d'examiner en outre si elle ne pourrait pas se récupérer sur le débiteur principal et sur les gages. Ces questions n'appellent cependant pas aujourd'hui une étude approfondie, puisque nous n'admettons pas le droit de résiliation de la caution.

Nous n'avons pas non plus admis un droit de résiliation pour de justes motifs, car l'institution d'un tel droit eût créé des difficultés encore plus grandes. Nous avons de même rejeté une proposition qui voulait permettre à la caution de poursuivre le débiteur principal, une fois la dette exigible, même avant d'avoir rien payé elle-même. On pourrait tout au plus lui donner le moyen de contraindre le débiteur principal à s'acquitter entre les mains du créancier. Ces droits, qui compliqueraient encore la situation, ne nous paraissent cependant pas indispensables; il suffit que la caution puisse exiger du créancier qu'il agisse contre le débiteur principal.

Le droit actuel ne dit pas clairement ce qui doit se passer quand le cautionnement a été contracté pour un temps déterminé et qu'à l'expiration de ce temps la dette principale n'est pas encore exigible. Le projet (art. 510, al. 2 et 3) prévoit que, dans ce cas, la caution peut se libérer en fournissant des sûretés et, qu'à défaut, sa responsabilité subsiste jusqu'à l'échéance.

5. *La réduction et l'annulation du cautionnement par le juge.*

L'article 21 de l'arrêté du Conseil fédéral du 28 septembre 1934 instituant des mesures juridiques temporaires pour la protection des agriculteurs dans la gêne permet à l'autorité de concordat d'attribuer à un cautionnement un dividende réduit ou même de le déclarer éteint sans dividende. S'inspirant de cette disposition, certains ont proposé d'accorder au juge, dans le droit de cautionnement en général, la faculté de prononcer l'extinction, entière ou partielle, d'un cautionnement lorsque la somme cautionnée se trouve dans une disproportion évidente avec la fortune et le revenu de la caution et que le créancier connaissait ou aurait dû connaître cette situation. Comme simple mesure d'assainissement, ce droit du juge de supprimer ou réduire un cautionnement va déjà très loin; il serait tout à fait inadmissible dans le droit de cautionnement ordinaire, où il introduirait un élément d'insécurité juridique. Cette proposition, vigoureusement combattue dans les milieux des créanciers, ne doit donc pas être retenue.

E. LE DROIT INTERNATIONAL

Les cautionnements de droit international étant assez fréquents, on a souvent ressenti comme une lacune l'absence de toute règle de droit international en cette matière. C'est pourquoi le premier projet avait prévu une réglementation détaillée sur ce point. La plupart des auteurs des mémoires adressés à la division de justice ont cependant demandé la suppression de ces dispositions, en relevant que le code des obligations ne contient aucune disposition de droit international et qu'au surplus cette matière est encore très flottante. Nous avons abandonné en conséquence cette réglementation, en maintenant simplement les dispositions sur les interdictions de transferts et autres (art. 500, dernier al.).

II. DISCUSSION DES ARTICLES

Art. 492.

Cet article a subi des modifications rédactionnelles destinées à donner une idée plus simple et plus claire de la notion du cautionnement; elles n'ont rien changé au contenu même de la disposition.

Dans la pratique, la délimitation du cautionnement et du contrat de garantie (art. 111 CO) a souvent donné lieu à des difficultés, car on a toujours essayé de maintenir comme contrat de garantie un contrat de cautionnement nul pour vice de forme (cf. par ex. ATF 64, II, 350 s.). C'est pourquoi le premier projet avait tenté de faire, dans la loi même, la démarcation entre ces deux contrats. Mais, cette façon de procéder a été critiquée dans plus d'un des mémoires adressés à la division de justice. Aussi, le

présent projet a-t-il adopté une solution différente, en soumettant le contrat de garantie aux mêmes conditions de forme que le cautionnement (art. 493, 3^e al.). Le 2^e alinéa, qui devait définir le contrat de garantie, est donc devenu sans objet.

Art. 493.

Les alinéas 1 et 2 sont la reproduction textuelle des alinéas correspondants de l'article 494. Nous avons examiné à cet endroit s'il ne faudrait pas mentionner dans la loi la possibilité de cautionner un engagement au porteur (par ex. une cédule hypothécaire). Les opinions exprimées dans les mémoires que nous avons reçus étant très partagées, nous avons préféré ne rien innover dans ce domaine.

Le 3^e alinéa reprend l'idée de l'actuel article 494, 3^e alinéa, tout en l'étendant aux créances prescrites. La possibilité de cautionner de telles créances répond à un besoin pratique. Mais, en principe, le droit de recours contre le débiteur principal n'existe pas; il s'agit en effet de créances qui ne lient pas le débiteur ou qui ne donnent pas lieu à une action en justice; il ne faut pas qu'il puisse être indirectement contraint de les payer par l'exercice du droit de recours de la caution. Il faut cependant faire une réserve pour les créances prescrites; le débiteur principal répond envers la caution selon les règles du mandat lorsque c'est par mandat du débiteur que la caution s'est engagée. Ce cas est prévu au dernier alinéa de l'article 507. Au surplus, le nouveau texte est plus juste que l'ancien au point de vue de la logique, car il tient compte du fait qu'il s'agit en réalité d'un contrat de garantie et non d'un cautionnement.

Art. 494.

Cet article traite la plus importante question que pose la revision, celle de la forme à observer pour la conclusion du contrat de cautionnement. L'essentiel sur ce point ayant été dit dans la partie générale (p. 10 s.), nous pouvons nous borner ici aux observations suivantes:

Le 1^{er} alinéa exige l'indication numérique, dans l'acte même, d'un montant déterminé jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue. Il y a là deux aggravations de forme par rapport au droit actuel. D'une part, il ne suffit plus, comme le Tribunal fédéral l'admet actuellement (par ex. ATF 57, II, 526), que le montant soit indiqué dans un document séparé auquel l'acte de cautionnement renvoie; il faut que cette indication numérique soit contenue dans l'acte de cautionnement lui-même. D'autre part, le montant maximum devra, à l'avenir, être indiqué numériquement (en chiffres ou en toutes lettres); actuellement, la jurisprudence du Tribunal fédéral exige seulement que ce montant puisse être déterminé par une simple opération arithmétique. On veut ainsi avoir la garantie qu'apparaîsse clairement, dès le début, aux yeux de la caution le maximum de

la somme pour laquelle elle s'est engagée. L'expérience prouve en effet que la caution, au moment où elle s'engage, ne fait généralement pas l'opération arithmétique, même la plus simple, et qu'elle ne tient pas davantage à consulter un autre document que celui qu'elle est appelée à signer. La commission d'experts s'est prononcée à une grande majorité en faveur de cette innovation, et le Tribunal fédéral, dans un arrêt tout récent (ATF 64, II, 351 s.), a modifié sa jurisprudence en s'inspirant du projet de la division de justice; il exige dès à présent que le montant maximum pour lequel s'engage la caution soit placé « clairement et directement sous les yeux de la caution ». On pourrait se demander si cela ne suffit pas et s'il ne faudrait pas biffer les mots: « dans l'acte de cautionnement lui-même », afin de permettre à la jurisprudence de considérer le cautionnement comme valable dans certains cas, quand l'équité l'exige, notamment lorsqu'il est prouvé que la caution a connu dès le début l'étendue de sa responsabilité.

Le montant indiqué en chiffres doit être considéré comme le montant maximum pour lequel s'engage la caution. Cela résulte de l'article 499, 1^{er} alinéa. On pourrait peut-être l'indiquer plus clairement à l'alinéa 1^{er} de l'article 494 (du texte allemand, le texte français étant suffisamment clair).

Au 2^e alinéa, les mots: « selon les règles applicables au lieu où l'acte est dressé » ont été critiqués comme inutiles. Nous les avons néanmoins maintenus pour éviter des difficultés semblables à celles qui se sont produites dans l'application de l'article 55 du titre final du code civil, relatif à l'acte authentique dans la vente immobilière. Nous voulons, de cette façon, dire clairement que l'acte authentique peut être dressé n'importe où, sans égard au domicile des intéressés. En particulier, il n'est pas nécessaire que tous ceux qui assument le même cautionnement se rendent devant le même officier public pour attester leur volonté. Les dispositions du droit cantonal qui prescriraient le contraire seraient nulles.

La limitation de l'acte authentique aux cautionnements des personnes physiques signifie que cette forme n'est pas nécessaire pour les personnes morales, ni pour les sociétés commerciales sans personnalité (sociétés en nom collectif ou en commandite).

Pour empêcher qu'on n'élide cette prescription de forme, le 3^e alinéa dispose que le mandat et la promesse de cautionner doivent également être faits en la forme authentique. Par pouvoir « spécial », le projet entend le mandat spécial de signer un cautionnement, par opposition au mandat général compris, par exemple, dans une procuration. En ce qui concerne la promesse de cautionner, on aurait peut-être pu se contenter de l'article 22, 2^e alinéa, du code des obligations, disant que « lorsque dans l'intérêt des parties, la loi subordonne la validité du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la promesse de contracter ». Nous

craignons toutefois qu'en ne mentionnant pas ici la promesse de cautionner, on laisse la porte ouverte à des interprétations erronées. Les dispositions relatives au contrat de garantie et à la reprise cumulative de dette sont nouvelles par rapport au premier projet. La condition de l'acte authentique pour la reprise de dette est importante, mais on ne pouvait s'en passer.

Les premiers projets disaient encore que chacun peut s'engager, sans observer aucune forme, à fournir une caution pour sa propre dette. Ce passage fut supprimé, sur le désir de la commission d'experts, parce qu'il n'a rien à faire ici. Nous avons maintenu la disposition suivant laquelle les conventions accessoires et les modifications d'un cautionnement sont soumises aux mêmes prescriptions de forme lorsqu'elles aggravent la situation de la caution, bien que la commission d'experts ait jugé suffisant l'article 115 du code des obligations. De même, nous avons maintenu, malgré les objections qui ont été faites, la dernière phrase, selon laquelle les parties peuvent convenir, en observant la forme écrite, de limiter la responsabilité de la caution à la partie de la dette principale destinée à être amortie la première. Il nous a paru nécessaire d'insister sur cette possibilité, car bien des gens croient encore, par erreur, que c'est déjà le droit de la caution. Supposons, par exemple, qu'une personne assume, pour une dette de 10 000 francs, un cautionnement de 5000 francs dans l'idée qu'elle ne risque rien, car elle est suffisamment couverte par 5000 francs d'obligations fédérales déposées par le débiteur principal. En réalité, elle répond aussi des autres 5000 francs non couverts. A l'avenir, la caution doit savoir que si elle veut limiter sa responsabilité dans cette mesure, elle doit en convenir expressément avec le créancier.

Le 4^e alinéa accorde à la caution un droit de répétition selon les principes de l'enrichissement illégitime lorsqu'elle a payé en vertu d'un cautionnement nul pour vice de forme, dans l'ignorance de cette nullité. Certains proposaient de considérer, dans ce cas, le vice de forme comme effacé par le paiement.

Art. 495.

Alinéa 1^{er} : On a proposé d'autoriser le créancier à poursuivre la caution simple non pas déjà au moment de la faillite du débiteur principal, mais seulement à la fin de la liquidation de la faillite, soit au moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif. Nous n'avons pas admis cette proposition, qui limiterait décidément trop l'efficacité du cautionnement simple. Les intéressés souscriraient alors, plus encore qu'aujourd'hui, des cautionnements solidaires. Le résultat cherché peut du reste être atteint, d'après le projet, par le cautionnement limité à la perte (*Schadlosbürgschaft*).

En revanche, il paraît nécessaire de modifier le texte actuel sur deux points. D'une part, il est désirable de remplacer l'expression générale : « ou a été l'objet de poursuites demeurées infructueuses sans la faute du

créancier » par une rédaction plus précise. Le premier projet disait: « ou a introduit une demande de concordat judiciaire ou a été l'objet de poursuites ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif. » A la commission d'experts, la proposition fut faite de se contenter d'un acte de défaut de biens provisoire, mais elle n'a pas été acceptée. La condition de l'acte de défaut de biens définitif répond mieux, en fait, au caractère subsidiaire du cautionnement simple. Nous n'avons pas non plus trouvé très rationnel de ne parler que d'acte de défaut de biens et de laisser à la jurisprudence le soin de préciser. On a aussi proposé, à la commission d'experts, de n'admettre la poursuite de la caution simple qu'après la conclusion du concordat et non pas déjà à l'introduction de la procédure concordataire, c'est-à-dire au moment de l'octroi du sursis. Nous nous en sommes cependant tenus à la solution du premier projet, qui assimilait l'octroi d'un sursis concordataire à l'ouverture de la faillite. Cette solution se concilie mieux avec la disposition de l'article 303 de la loi sur la poursuite pour dettes, qui permet au créancier, dans la procédure concordataire du débiteur principal, de céder ses droits à la caution contre paiement.

Une autre question controversée est celle de savoir si le transfert de domicile du débiteur principal d'un Etat étranger dans un autre doit permettre au créancier de poursuivre la caution. Le projet résout cette question par l'affirmative, dans l'idée qu'un tel transfert de domicile peut rendre l'exercice du droit du créancier beaucoup plus difficile. Cette solution ne se justifie cependant que si l'aggravation est vraiment importante; le nouveau texte le dit maintenant de la façon la plus claire. Il en est de même du transfert du domicile du débiteur de Suisse à l'étranger; ce fait n'autorise la poursuite de la caution que s'il rend, lui aussi, l'exercice du droit du créancier beaucoup plus difficile.

Au 2^e alinéa, nous avons biffé les mots: « ou que les gages ne puissent être réalisés sans faillite ». Ce passage était inutile et pouvait induire en erreur car, d'après l'article 41 de la loi sur la poursuite pour dettes, les gages peuvent toujours être réalisés sans faillite.

Le 3^e alinéa réglemente le cautionnement limité à la perte (*Schadlosbürgschaft*); celui-ci n'était jusqu'à présent prévu expressément nulle part, mais le droit actuel ne l'exclut pas non plus. Le nouveau texte n'a soulevé aucune objection.

Art. 496.

Cet article apporte deux innovations importantes dans le sens de la protection de la caution solidaire; l'essentiel à ce sujet a déjà été dit plus haut (p. 30 s.). Contrairement au droit actuel, la caution solidaire ne peut, en vertu du 1^{er} alinéa, être actionnée qu'à la condition « que le débiteur ait été préalablement sommé de s'acquitter et qu'il soit en retard dans le

paiement de sa dette ». La première rédaction parlait non du retard dans le paiement mais de la demeure. Le nouveau texte abandonne ce terme afin de tenir compte du fait que certains droits étrangers ignorent la demeure au sens du droit suisse.

La seconde innovation est aussi d'une grande importance; la caution solidaire ne peut en principe être actionnée avant la réalisation des droits de gages sur les meubles et créances. Une exception n'est faite, au 2^e alinéa, « que dans la mesure où, suivant l'appréciation du juge, les gages ne couvrent probablement plus la dette ». La commission d'experts a estimé nécessaire de prévoir expressément que le juge aurait à statuer sur cette importante question.

Art. 497.

Le 1^{er} alinéa est inchangé. La proposition a été faite à la commission d'experts de subordonner la validité du cautionnement conjoint à l'indication dans l'acte même du nom de toutes les cautions engagées. Cette proposition a été rejetée avec raison.

Le 2^e alinéa exprime l'idée nouvelle que les cautions conjointes, obligées solidairement, doivent autant que possible être actionnées simultanément (cf. à ce sujet ce qui est dit ci-dessus, p. 32). On a relevé que cette réglementation pouvait, dans certains cas, entraver l'exercice du droit d'action du créancier dans une mesure insupportable pour lui. Pour tenir compte de cette objection, on pourrait formuler une réserve en complétant la deuxième phrase de la façon suivante: « à moins que l'exercice du droit du créancier n'en soit rendu difficile à l'excès ». (Concernant l'obligation d'accepter des paiements partiels, voir art. 504.)

Le 3^e alinéa règle le droit de recours des cautions entre elles, dont il était jusqu'ici question au 2^e alinéa. La caution qui a payé une somme quelconque peut recourir contre celles qui n'ont pas encore payé autant qu'elle. Le droit de recours existe donc après un simple paiement partiel, alors qu'en droit actuel il est admis seulement pour les paiements de la caution qui dépassent sa part. Cette nouvelle solution est conforme à l'idée générale que les cautions conjointes doivent toutes supporter le poids de la dette dans une mesure égale.

Le 4^e alinéa complète la réglementation actuelle dans le sens indiqué par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Au cas où une personne qui devait s'engager ne s'engage pas, il faut assimiler celui où une caution conjointe valablement engagée est libérée dans la suite. Dans ce cas également toutes les autres cautions doivent être libérées. On veut empêcher de cette façon que, pour encourager d'autres personnes à signer, on engage une personne solvable à signer la première tout en lui promettant de la libérer dans la suite. A la commission d'experts, on a relevé que dans

certain cas, la libération totale de toutes les cautions ne serait pas équitable. En tant que de besoin, on pourrait tenir compte de cette observation en rédigeant de la façon suivante la deuxième partie du 4^e alinéa: « ... elle est libérée si cette prévision ne se réalise pas ou si, dans la suite, le créancier décharge l'une ou l'autre de ces cautions de sa responsabilité, à moins que l'équité ne justifie une simple réduction de la responsabilité dans une mesure convenable ». Les premiers projets prévoyaient aussi la libération lorsque l'engagement d'une des cautions était déclaré nul et que l'autre caution n'avait ni connu, ni dû connaître la cause de cette nullité. La commission d'experts ayant émis l'idée que la libération de toutes les cautions pour cause de nullité de l'engagement d'une seule pouvait conduire à des injustices, nous avons renoncé à régler ce cas, afin de laisser au juge le soin de décider s'il donne lieu à libération totale ou seulement à une réduction de la responsabilité.

Le 5^e alinéa règle d'une façon nouvelle le rapport des cautions qui ont garanti la même dette indépendamment les unes des autres. On a proposé d'admettre la responsabilité de chacune d'elles pour le tout, avec droit de recours proportionnel contre les autres. Cette solution est certainement plus équitable que la limitation de la responsabilité à la part personnelle de chaque caution ou à l'admission d'un droit de recours contre les cautions qui se sont engagées les premières.

Art. 498.

Inchangé.

Art. 499.

Au 1^{er} alinéa nous avons rappelé que l'acte de cautionnement doit indiquer la somme maximum pour laquelle la caution s'engage (cf. p. 20 et art. 494, 1^{er} al.).

Le 2^e alinéa apporte une innovation importante, celle de l'amortissement obligatoire du cautionnement (cf. les considérations de principe, p. 35 s.).

Le 3^e alinéa détermine l'étendue de la créance cautionnée. Comme la somme indiquée dans l'acte de cautionnement (conformément au 1^{er} alinéa) représente le montant maximum de la responsabilité de la caution, celle-ci ne répond des créances indiquées aux chiffres 1 à 3 qu'autant que leur montant total ne dépasse pas la somme cautionnée. La caution peut, par exemple, assumer la responsabilité des intérêts pour cinq ans, si la somme cautionnée n'en est pas dépassée. Au surplus, nous avons repris la réglementation actuelle en la complétant sur certains points, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral. C'est dans ce sens qu'aux termes du chiffre 1, la caution ne répond ni du dommage résultant de l'invalidité du contrat, c'est-à-dire de l'intérêt négatif à l'exécution, ni d'une peine

conventionnelle. Le chiffre 2 mentionne spécialement les frais de poursuite, ainsi que les frais causés par la remise éventuelle des gages mobiliers et par le transfert des droits de gages immobiliers. Enfin le chiffre 3 mentionne les intérêts courants et les intérêts échus d'une année, pour le cas où de tels intérêts sont dus.

Si l'on devait écarter le principe du montant maximum de l'engagement, il faudrait alors tout au moins limiter, dans la loi elle-même, la responsabilité pour les intérêts (par ex. jusqu'à la moitié du montant de la dette principale). Une solution spéciale s'imposerait cependant pour le cautionnement d'une rente ou d'un compte-courant.

Le 4^e *alinéa* apporte une innovation qui se révélera certainement utile; il prévoit que, dans le doute, la caution ne répond que des engagements du débiteur principal qui sont postérieurs à la signature du cautionnement. Nous voulons empêcher ainsi que la caution ne s'engage dans l'idée de permettre au débiteur de se procurer un nouveau crédit, alors que son cautionnement servirait en réalité à couvrir une ancienne dette (par ex. à libérer une caution qui n'a plus confiance dans la situation financière du débiteur principal).

Art. 500.

Le 2^e *alinéa* accorde à la caution, même si elle est caution solidaire, un allègement important en lui permettant d'exiger, moyennant des sûretés, la suspension de la poursuite dirigée contre elle jusqu'à ce que tous les gages soient réalisés ou qu'un acte de défaut de biens définitif soit délivré contre le débiteur principal (éventuellement après la liquidation de la faillite) ou encore qu'un concordat soit conclu par le débiteur avec ses créanciers. On sait en effet qu'en droit actuel la caution, spécialement la caution solidaire, court un risque accru du fait qu'elle peut être obligée de payer pour un débiteur dont les moyens ne sont pas encore épuisés et qui au contraire pourraient suffire à payer entièrement la dette. La disposition projetée y doit parer par le moyen des sûretés. La caution n'a donc à payer que le découvert; on lui épargne ainsi l'obligation d'exercer contre le débiteur principal un recours que des raisons personnelles l'empêchent souvent de faire valoir. Ce n'est pas trop demander du créancier, car si sa créance perd en liquidité, elle reçoit en revanche des sûretés supplémentaires; or, finalement c'est bien là l'essentiel. Ces sûretés, qui s'ajoutent à la responsabilité personnelle de la caution, devaient, d'après le premier projet, être « convenables ». Dans les milieux bancaires, on a proposé d'exiger des « sûretés en espèces ou en titres pupillaires pour le montant total de la créance, en capital et intérêts » ou « des sûretés qui excluent toute perte pour le créancier ». La commission d'experts a trouvé qu'il suffisait de parler de « sûretés », comme le fait, par exemple, l'article 83 du code des obligations (« garantie ») et de laisser au juge le soin de statuer

(comme à l'article 85 de la loi sur la poursuite). C'est donc le juge qui dira, d'après son appréciation et en tenant compte de toutes les circonstances, si les sûretés offertes sont suffisantes, en nature et en nombre. Si elles ne le sont pas, le créancier pourra toujours demander au juge d'ordonner la production de sûretés complémentaires. La proposition a été faite de limiter la suspension de la poursuite au moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens provisoire; nous avons écarté cette proposition, qui limiterait décidément trop le but que nous cherchons.

Le 3^e *alinéa* réunit les alinéas 2 et 3 de l'actuel article 500, en y apportant des modifications de nature purement rédactionnelle. En particulier, le nouvel article dit clairement que la disposition est applicable, même lorsque la dénonciation émane du débiteur principal et qu'il ne s'agit que de la dénonciation entre créancier et débiteur, la caution étant simplement informée de ce fait. Les premiers projets réglementaient aussi la communication qui devait être faite au propriétaire du gage; nous ne l'avons pas reprise, car, de l'avis de la commission d'experts, elle concernait plutôt les droits réels.

Le 4^e *alinéa* a été inspiré par un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 60, II, 304 s.) posant en principe que la caution domiciliée en Suisse doit répondre de la dette si le débiteur principal est empêché de la payer par des défenses de transfert, prescriptions de clearing et autres semblables de la législation étrangère. Cet arrêt ayant été vivement critiqué, la division de justice proposa tout d'abord que la caution ne devrait se charger de tels risques d'inexécution résultant de la législation étrangère que si elle les avait assumés le sachant et le voulant. La commission d'experts a biffé cette disposition dans l'espoir qu'on allait assister à un revirement de la jurisprudence; dans un cas subséquent (ATF 63, II, 303 s. en particulier 311), le Tribunal fédéral avait, en effet, déjà émis des doutes sur la valeur de son précédent arrêt. Il nous paraît toutefois préférable que la question soit réglée par une disposition légale. Quant à savoir, en revanche, si ces interdictions de payer étrangères violent l'ordre public suisse, la question n'a certes pas sa place ici.

Art. 501.

Le 1^{er} *alinéa* s'efforce de traduire plus clairement le sens, un peu équivoque, des termes suivants de l'actuel article 506, 1^{er} alinéa: «sauf les cas dans lesquels elles sont exclues par la nature de son engagement». Le projet fait une distinction entre les exceptions que la caution peut invoquer. Il y a, d'une part, les exceptions fondées sur l'insolvabilité du débiteur; le concordat du débiteur principal ne peut, par exemple, décharger la caution lorsque le créancier remplit par ailleurs les conditions de l'article 303 de la loi sur la poursuite. Il y a d'autre part, les exceptions du débiteur principal fondées sur son incapacité contractuelle, sur un vice

du consentement ou sur la prescription; la caution peut invoquer ces exceptions, sauf si elle connaissait les motifs de nullité de la dette quand elle s'est engagée. Cette dernière idée eût pu être exprimée plus simplement par un renvoi à l'article 493, 3^e alinéa; toutefois, pour des raisons de technique législative, la solution à laquelle nous nous sommes arrêtés nous paraît préférable. Un élément nouveau est la mention des exceptions appartenant aux héritiers; le projet veut dire que la caution cesse d'être responsable lorsque le créancier du défunt a omis de produire sa créance à l'inventaire, conformément à l'article 590, 1^{er} alinéa, du code civil; elle est libérée parce que les héritiers eux-mêmes le sont.

Le 2^e alinéa dit que la renonciation du débiteur principal à une exception ne lie pas la caution. Ce n'est là que la généralisation d'un principe déjà posé à l'article 141, 2^e alinéa, du code des obligations, à propos de la prescription.

Le 3^e alinéa est inchangé, sauf une modification rédactionnelle découlant du déplacement du second alinéa.

Le 4^e alinéa donne à celui qui a cautionné une dette de jeu ou de pari irrécouvrable en justice le droit d'invoquer ce moyen même s'il connaissait la nature de la dette. Cette disposition est nécessaire, sinon l'interdiction d'actionner pour de telles dettes pourrait être facilement éludée. Au surplus, il est équitable que la responsabilité de la caution ne soit pas plus étendue que celle du débiteur principal.

Art. 502.

1^{er} alinéa. On sait que la question de la remise des sûretés constituées postérieurement au cautionnement a soulevé des difficultés. Jusqu'à la révision de 1911, la loi interdisait purement et simplement au créancier de diminuer les sûretés reçues, c'est-à-dire même les sûretés constituées postérieurement au cautionnement. Il en résulta des inconvénients spécialement en raison de la clause, usuelle dans les banques, selon laquelle le gage constitué pour une certaine dette répond également de tous les autres engagements du débiteur. Par conséquent, lorsqu'une banque avait accordé d'abord un crédit de cautionnement et ensuite un crédit lombard muni de ladite clause, elle ne pouvait, sans engager sa responsabilité, restituer les titres déposés aussi longtemps que subsistait le crédit de cautionnement. Cette clause était donc très désavantageuse pour le constituant du gage. Afin de remédier à cet état de choses, on introduisit en 1911 le passage: « pour la garantie exclusive de la créance cautionnée ». Dans la suite, on s'aperçut que ce nouveau texte n'offrait pas non plus une solution satisfaisante au cas où un gage avait été constitué expressément pour deux ou trois créances spécialement déterminées. En appliquant strictement le texte, un tel gage pouvait être retiré ou employé

ailleurs sans qu'une des créances cautionnées fut éteinte. Mais le Tribunal fédéral a décidé que ce passage, malgré son texte, devait être interprété comme s'il disait « spécialement pour la créance cautionnée » (ATF 48, II, 212 s.). Les premiers projets modifièrent en conséquence le texte de l'article dans ce sens. Cependant, la commission d'experts, après une longue discussion, décida à une grosse majorité (14 contre 3 voix) de supprimer non seulement cette modification, mais aussi l'innovation de 1911 et de revenir au texte antérieur. Nous croyons néanmoins devoir nous en tenir à la rédaction proposée, afin de ne pas apporter une trop sensible entrave au crédit de cautionnement.

Nouvelle est également la mention, contenue au 1^{er} alinéa, des droits de préférence; nous avons ainsi voulu préciser que le devoir de diligence du créancier s'applique à l'ensemble des sûretés garantissant cette créance. Ces rapports juridiques comprennent notamment les droits de saisie et de rétention (cf. jugement de la cour d'appel du canton de Berne, *Revue de la société des juristes bernois* 51, p. 142).

Toujours pour améliorer la situation de la caution, le 1^{er} alinéa ne parle plus de la responsabilité du créancier, mais prévoit simplement la réduction de l'obligation de la caution dans une mesure correspondant à la diminution des sûretés et droits de préférence; il est néanmoins loisible au créancier de faire la preuve que le dommage réel est moins élevé. La responsabilité de la caution ne diminuera que dans une faible mesure lorsque le dommage est moindre et elle ne bénéficiera d'aucune réduction s'il est prouvé qu'il n'y eut en réalité aucun dommage. Si la caution a déjà payé, elle pourra répéter ce qu'elle a payé en trop.

La question de l'aliénation de titres est réglée à l'article 503, 1^{er} alinéa.

Le 2^e alinéa a été adapté à la jurisprudence du Tribunal fédéral et complété par les mots: « ou la diligence qu'on pouvait attendre de lui ».

Le 3^e alinéa est nouveau et doit renforcer dans une sensible mesure l'efficacité de cette disposition. Certains en ont demandé la suppression, mais nous croyons au contraire qu'il doit être maintenu.

Art. 503.

Les innovations contenues dans cet article ont provoqué à la commission d'experts une longue discussion.

1^{er} alinéa. Il n'était pas contesté que le créancier doit, non seulement remettre à la caution les gages, mais aussi procéder aux actes nécessaires au transfert des droits de gage et lui donner tous renseignements utiles. Cela est notamment important pour le transfert des droits de gage immobiliers. On a proposé de mettre les frais de ces opérations à la charge de la caution; nous avons admis cette proposition et complété dans ce sens

l'article 499, chiffre 2. Il nous a paru plus rationnel de faire figurer la disposition à cet endroit-là afin de bien préciser que ces frais ne doivent pas dépasser la limite maximum assignée à la responsabilité de la caution. En outre, le créancier qui a un droit de gage postérieur sur une chose mobilière doit aviser le possesseur du gage qu'il ait, une fois payé, à rendre la chose à son propriétaire (art. 886 CC).

On s'est aussi demandé quels sont les gages que le créancier doit remettre ou transférer à la caution. D'après le droit actuel, ce sont « les gages dont il est nanti ». Mais cela va trop loin, car il n'y a pas de raison de conférer à la caution des droits sur des gages constitués par un tiers postérieurement au cautionnement. Il faut au contraire limiter de la même façon qu'à l'article 502, 1^{er} alinéa, les gages susceptibles d'être revendiqués par la caution. La même limitation s'impose pour le droit de recours (art. 507, 1^{er} al.).

On a beaucoup discuté à la commission d'experts pour savoir si le créancier doit remettre ou transférer les gages au moment où il est payé par la caution ou déjà lorsque le paiement lui est offert, et si ces opérations doivent se faire trait pour trait. Du côté des créanciers, on a fait de sérieuses objections à ces deux innovations; aussi les avons-nous abandonnées l'une et l'autre, pensant que les dispositions générales suffisent. En vertu de l'article 82 du code des obligations, le créancier qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit offrir d'exécuter sa propre obligation. Il est évident que la remise et le transfert des gages ne doivent se faire qu'après le paiement; mais, d'autre part, la caution peut exiger que le créancier procède immédiatement. La caution peut ainsi retenir sa prestation jusqu'au moment où le créancier se déclare prêt à exécuter la sienne. Il n'est donc pas nécessaire de régler, en plus de l'exécution, l'offre d'exécution et de dire comme on l'a suggéré: « Le créancier doit remettre à la caution qui lui offre et lui garantit le paiement de la dette, les gages ... ».

La disposition du 2^e alinéa, prescrivant la libération de la caution lorsque le créancier refuse de lui remettre les sûretés, est la reproduction de l'actuel article 510, 2^e alinéa. Systématiquement, elle a sa place ici; son sens se trouve cependant quelque peu élargi par cette transposition, du fait qu'elle ne se rapporte plus seulement au transfert des sûretés, mais aussi à la remise des preuves et des renseignements nécessaires; cette modification est parfaitement justifiée en fait. Nous avons cependant enlevé à cette disposition ce qu'elle pouvait avoir de trop dur en ajoutant le mot « indûment », ce qui établit la concordance avec l'article 91 du code des obligations. Nous avons en outre repris de l'article 509, 1^{er} alinéa, l'interdiction d'aliéner les preuves. Ici aussi, la disposition subit, dans son contenu, une petite modification en ce sens que ce fait n'engage plus la responsabilité du créancier, mais entraîne la libération de la caution et des dommages-intérêts.

Cette réglementation donne à la caution les possibilités suivantes: Elle peut retenir sa prestation jusqu'au moment où la remise des sûretés, preuves et renseignements, lui sera assurée. Si le créancier refuse indûment de lui donner cette assurance, elle sera libérée. Mais la caution peut aussi s'exécuter la première. Si elle a payé la dette entière, il ne lui reste plus qu'une action en dommages-intérêts; si elle n'a fait qu'un paiement partiel, elle peut, pour le solde, offrir de payer contre la promesse de remise des titres et sûretés. Si cette promesse lui est indûment refusée, elle se trouve libérée de ce qu'elle reste devoir et acquiert une action en dommages-intérêts pour ce qu'elle a déjà payé. Si la promesse est donnée mais non exécutée, c'est de nouveau l'action en dommages-intérêts que la caution peut faire valoir. Pour les preuves et gages mobiliers en premier rang, l'échange doit se faire trait pour trait; le transfert des gages immobiliers et autres sûretés ne peut pas présenter de grosses difficultés.

Art. 504.

Le 1^{er} alinéa veut dissiper des doutes en disant que le créancier doit accepter le paiement offert par la caution, même lorsque l'exigibilité de la dette principale est avancée par la faillite du débiteur; mais, inversement, dans la même éventualité, l'article 500, 1^{er} alinéa, prévoit que la caution ne peut être tenue de payer avant l'échéance.

Nous avons supprimé les mots: « ou de renoncer au cautionnement », étant donné que la libération de la caution se produit déjà, en vertu du 2^e alinéa, par le seul effet de la demeure du créancier.

Nous avons admis également, comme innovation, l'obligation pour le créancier d'accepter des paiements partiels lorsque ceux-ci représentent au moins la part de la caution qui les offre. Ce principe est une conséquence nécessaire de la nouvelle disposition de l'article 497, 2^e alinéa, selon laquelle les cautions conjointes qui peuvent être recherchées en Suisse doivent être actionnées simultanément, à moins qu'elles n'aient déjà payé leur part. Une telle disposition n'est certainement pas superflue si l'on pense à l'article 69 du code des obligations (cf. également art. 1029, 2^e al., CO).

Le 2^e alinéa ne parle plus que de l'acceptation du paiement, le transfert des sûretés étant désormais réglé par l'article 503. Ici aussi nous avons précisé que le refus d'accepter le paiement doit être « indû » pour provoquer la libération de la caution. Il fallait en outre prévoir le cas où, de plusieurs cautions conjointes, une seule était libérée par le refus du créancier d'accepter le paiement offert. Dans ce cas, la responsabilité des autres cautions se réduit du montant de la part de la caution libérée.

Le 3^e alinéa veut fixer dans la loi l'idée généralement admise que la caution peut désintéresser le créancier déjà avant l'exigibilité de la créance, sans perdre pour autant son droit de recours. Mais elle ne peut naturelle-

ment exercer ce droit avant l'exigibilité, sinon le créancier et la caution pourraient, en agissant ensemble, obliger le débiteur principal à payer avant l'échéance.

Art. 505.

Le 1^{er} *alinéa* contient une innovation importante: c'est la double obligation du créancier d'aviser la caution lorsque le débiteur principal est en retard dans ses paiements et de la renseigner, à sa demande, sur l'état de la dette principale. On veut ainsi permettre à la caution de se rendre compte à temps de l'état des engagements du débiteur principal et de ses prestations. Nous croyons en particulier que le devoir d'information imposé au créancier, tel qu'il est proposé par le postulat Schirmer et prévu, par exemple, par l'article 633 de la loi polonaise, pourrait rendre de précieux services. Le premier projet avait fixé à 30 jours le délai pendant lequel le créancier devait s'acquitter de ce devoir. Ce délai ayant été trouvé trop court par les auteurs de la plupart des mémoires qui nous sont parvenus, nous l'avons porté à six mois; c'est le délai usuel en matière hypothécaire.

En revanche, nous avons refusé d'imposer au créancier l'obligation d'aviser la caution en cas d'aggravation de la situation financière du débiteur principal. Une telle prescription serait d'une exécution malaisée, car l'aggravation d'une situation financière est souvent difficile à constater, et quand on s'en aperçoit c'est généralement trop tard.

Le 2^e *alinéa* apporte un complément nécessaire en mentionnant le concordat à côté de la faillite. Il prévoit aussi un élargissement assez important des obligations du créancier. Celui-ci devra à l'avenir, non seulement produire sa créance dans la faillite et en aviser la caution, mais encore « faire tout ce qui peut être exigé de lui pour la défense de ses droits ». Certains ont trouvé qu'on allait trop loin et qu'on ne peut exiger du créancier, par exemple, qu'il se charge des frais d'une action en modification d'état de collocation. Laissons à la jurisprudence le soin de préciser ce que le créancier doit faire à cet égard.

Contrairement à la législation actuelle, le 3^e *alinéa* donne à ces droits de la caution un caractère impératif. Il est vrai qu'en pratique les banques font rarement usage de la faculté, qui leur est réservée dans les formules de cautionnement, de se décharger de ces obligations sur la caution. Cette disposition pourra néanmoins être utile dans bien des cas.

Le 4^e *alinéa* a subi une modification d'ordre purement rédactionnel. Par contre, son contenu a été élargi du fait même de l'innovation contenue au 1^{er} *alinéa*. Les conséquences prévues au 4^e *alinéa* se produiront donc même en cas d'omission des formalités mentionnées au 1^{er} *alinéa*, ce qui est parfaitement équitable. Pour parer au danger que pourrait présenter cette disposition lorsque le créancier ne connaît pas l'adresse de la caution, il suffirait d'ajouter les mots « par sa faute ».

Art. 506.

L'obligation de fournir des sûretés a été étendue au cas où les sûretés existantes ont subi une dépréciation, ce qui pratiquement peut avoir une certaine importance. Il en est de même pour le cas où le débiteur transfère son domicile dans un autre Etat, quand ce changement de domicile rend l'exercice du droit du créancier notablement plus difficile. A la rigueur, cette dernière conséquence pourrait déjà être déduite du chiffre 3.

Si le principe de la limitation du cautionnement à vingt ans, tel qu'il est prévu à l'article 509, 3^e alinéa, ne devait pas être admis, il faudrait prévoir l'obligation de fournir des sûretés après un certain nombre d'années. En droit français (art. 2032, ch. 5, code civil français) ce délai est de dix ans pour les cautionnements de durée indéterminée; dans le projet franco-italien (art. 732, ch. 5) il est de cinq ans. Nous avons rejeté une autre proposition, qui voulait donner aux héritiers de la caution le droit d'exiger des sûretés à l'expiration du délai de trois ans dès la mort de la caution.

Art. 507.

Le 1^{er} alinéa contient, en plus d'une modification destinée à satisfaire à la logique, deux innovations importantes. Les articles 502 et 503 ayant limité le devoir de diligence et l'obligation de remise à ceux des gages, sûretés et droits de préférence, qui existaient déjà au moment de la signature du cautionnement ou qui ont été constitués dans la suite par le débiteur principal pour la garantie spéciale de la créance cautionnée, la même limitation s'impose ici. Il en résulte que les gages constitués par un tiers après le cautionnement, ainsi que les gages constitués par le débiteur principal, mais non pas spécialement pour la garantie de la créance cautionnée, ne doivent pas passer à la caution qui paie.

La deuxième innovation précise qu'en cas de paiement partiel de la dette et de transfert partiel du droit de gage à la caution, la partie du droit de gage restant au créancier est de rang préférable. Cela est parfaitement équitable.

Le 2^e alinéa contient une disposition nouvelle interdisant à la caution de renoncer à se prévaloir de ces droits immédiatement après leur exigibilité. Nous avons en vue l'interdiction, fréquemment imposée à la caution, d'exercer son droit de recours contre le débiteur principal tant et aussi longtemps que le créancier n'est pas entièrement payé. Une telle renonciation ne sera plus valable à l'avenir. La situation de la caution pourra souvent être utilement améliorée par le moyen du recours immédiat, spécialement quand le créancier néglige de poursuivre le débiteur principal. Les premiers projets contenaient une réserve en faveur des droits de gage; il ne nous a pas paru nécessaire de la maintenir, car cette réserve visait uniquement la convention prévue à l'article 496, 2^e alinéa.

Le 4^e *alinéa* règle le droit de recours du propriétaire du gage contre la caution; il est nouveau (cf. les explications à ce sujet p. 33 s.).

Le 5^e *alinéa* est également nouveau. L'article 493, 3^e *alinéa*, admettant à certaines conditions, le cautionnement de contrats imparfaits et de créances prescrites, il fallait régler le droit de recours pour ces cas. Le 5^e *alinéa* ne l'admet pas; s'il en était autrement, le débiteur principal pourrait être obligé, par le détour du cautionnement, de payer une dette qui ne le lie pas ou qui ne peut être l'objet d'une action en justice. Une exception est toutefois faite pour le cas où la caution a assumé la responsabilité d'une dette prescrite par mandat du débiteur principal. Dans ce cas, il est équitable de retenir tout au moins la responsabilité découlant du mandat.

Le 5^e *alinéa* s'applique, d'après son texte, à toutes les créances qui ne donnent pas lieu à une action en justice, soit aussi aux créances de jeu ou de pari. La question de savoir si de telles créances peuvent être valablement cautionnées n'est, à vrai dire, résolue expressément nulle part. Dans le premier projet, l'article 493, 3^e *alinéa*, admettait la validité d'un tel cautionnement si la caution connaissait la nature de la dette. On pouvait en conclure que le cautionnement n'était en revanche pas valable si la caution ne connaissait pas le vice affectant la créance. Cette réglementation ayant été critiquée, elle fut biffée. La question n'étant maintenant réglée nulle part, on peut déduire des principes généraux que le cautionnement d'une dette de jeu ou de pari crée pour la caution un engagement de même nature que pour le débiteur principal, soit une dette qui ne peut pas donner lieu à une action en justice. C'est pourquoi l'article 501, 4^e *alinéa*, dit que la caution peut invoquer les exceptions de jeu et de pari même si elle connaissait la nature de la dette. Le cautionnement d'une telle dette est ainsi valable mais il ne peut pas donner lieu à une action en justice et ne donne pas à la caution un droit de recours contre le débiteur principal.

Art. 508.

Dans l'ensemble, cet article correspond à l'actuel article 507.

Le 1^{er} *alinéa* exprime un principe qui jusqu'ici était admis tacitement: c'est obligation de la caution d'informer le débiteur principal de ses paiements. Nous en avons profité pour mentionner ici aussi les paiements partiels.

Le 2^e *alinéa* est complété par le passage suivant: « alors qu'il ne connaissait, ni ne devait connaître le paiement déjà opéré ». Matériellement, cela ne change rien au droit actuel.

Art. 509.

Sauf pour la première phrase, qui correspond à l'actuel article 501, cet article est nouveau.

Le 1^{er} alinéa a été complété par la disposition suivante: « Si la qualité de débiteur principal et celle de caution se trouvent réunies dans la même personne, le créancier conserve les avantages particuliers qui résultent pour lui du cautionnement. » Le cas le plus important est celui où le débiteur principal devient l'héritier de la caution ou inversement. Lorsque, en pareil cas, le cautionnement est appuyé par un gage, le créancier conserve son droit de gage (cf. art. 2035 code civil français).

Les avant-projets disposaient encore qu'en cas de reprise de dette, avec libération de l'ancien débiteur, le cautionnement devait s'éteindre si la caution n'avait pas consenti par écrit à la reprise de dette. Cette disposition entraînait en fait une modification de l'article 178, 2^e alinéa, du code des obligations, qui ne subordonne le consentement de la caution à aucune forme. Une telle modification serait sans doute fondée matériellement; elle aurait en outre tranché la question de savoir si l'article 178, 2^e alinéa, demeure inchangé ou si le consentement de la caution doit être donné par acte authentique. Nous y avons néanmoins renoncé afin que cette revision n'empiète pas sur les autres parties du code des obligations.

Le 2^e alinéa apporte une innovation importante et du reste vivement contestée, à savoir que tout cautionnement d'une personne physique s'éteint à l'expiration du délai de vingt ans dès sa constitution; toutefois il peut, dans les six mois qui précèdent son expiration, être prolongé pour une nouvelle période de dix ans au plus par une simple déclaration écrite. En outre, le cautionnement peut toujours être renouvelé pour une nouvelle période de vingt ans à condition que la forme authentique soit observée (cf. les explications ci-dessus, p. 35).

Si l'on veut que cette innovation soit efficace, il faut admettre l'extinction du cautionnement sans égard à la date d'exigibilité de la dette principale et du cautionnement lui-même. D'autre part, il est nécessaire de donner au créancier l'occasion d'actionner la caution pendant un certain délai avant l'extinction de sa responsabilité. Le projet fixe ce délai à six mois. La caution peut ainsi être recherchée, pendant les six mois qui précèdent l'expiration du délai de vingt ans, même si elle s'est engagée pour un temps plus long et si la dette principale n'est pas encore exigible. Mais cela ne suffit pas car, dans le cautionnement simple, la poursuite de la caution doit être précédée de celle du débiteur principal et, dans le cautionnement solidaire, elle doit, dans certains cas du moins, être précédée de la réalisation des gages sur les meubles et les créances. Mais si cela n'est pas possible parce que la dette principale n'est pas encore exigible? On ne saurait, en pareil cas, autoriser le créancier à poursuivre prématuré-

ment le débiteur principal et à réaliser prématurément aussi les gages. Cela constituerait une atteinte trop sensible au rapport de la dette. Il ne reste dès lors pas d'autre solution que de libérer le créancier de ces obligations de poursuites préalables. Le créancier pourra donc rechercher la caution, et même la caution simple, sans que celle-ci puisse invoquer le bénéfice de discussion ou demander la réalisation préalable des gages, mais cela seulement s'il n'a pas eu le temps de faire ces poursuites préalables depuis l'exigibilité de la dette principale. A cet effet, le projet propose un délai d'une année et demie. Donc, si la dette principale n'est pas exigible au moins un an et demi avant la fin du cautionnement, le créancier peut poursuivre la caution avant de s'adresser au débiteur principal et de réaliser les gages.

Cette disposition change peu de chose au cautionnement solidaire. Elle aggrave, par contre, la situation de la caution simple; il est donc à prévoir que celle-ci, pour éloigner la poursuite dirigée contre elle, consente à la prolongation du cautionnement pour vingt nouvelles années. L'efficacité de cette innovation se trouve ainsi bien limitée dans le cautionnement simple. Nous pensons toutefois qu'une limitation dans le temps est, même pour la caution simple, bien préférable à l'absence de limitation. En tout état de cause, il faudrait examiner si la limitation dans le temps ne devrait pas être introduite au moins pour le cautionnement solidaire.

On peut se demander si la caution actionnée avant l'exigibilité de la dette principale doit attendre l'exigibilité de celle-ci pour faire valoir son droit de recours. Pour des raisons d'équité, nous avons admis le recours immédiat. A vrai dire, cette solution est en opposition avec celle de l'article 504, 3^e alinéa. Il y a cependant cette différence essentielle que, dans ce dernier cas, le paiement anticipé est volontaire.

Art. 510.

Les premiers projets contenaient, *avant* cet article, une disposition sur le droit de révocation de la caution, lorsque le créancier n'a pas encore promis ou au moins n'a pas encore payé au débiteur principal la somme cautionnée. Dans le premier cas il fallait que la situation financière du débiteur principal eût sensiblement empiré entre temps, et, dans le second, qu'il fût devenu insolvable. Conformément aux décisions de la commission d'experts, nous avons de nouveau renoncé à ces innovations (cf. p. 37).

Le 1^{er} alinéa reproduit, sans changement, l'actuel article 502. Les deux autres alinéas sont nouveaux.

Les alinéas 2 et 3 disent comment le cautionnement doit prendre fin lorsque le temps pour lequel il a été assumé expire avant l'exigibilité de la dette principale. Dans ce cas, la caution peut, à son choix, ou bien se libérer en fournissant des sûretés, ou bien laisser subsister sa responsabilité comme si elle s'était engagée jusqu'à l'échéance de la dette principale.

Art. 511.

Le 1^{er} *alinéa* reproduit, dans sa première partie, l'actuel article 503, mais il en limite expressément l'application au cautionnement simple. On sait qu'actuellement la question est controversée de savoir si la caution solidaire a les mêmes droits, c'est-à-dire si elle peut aussi obliger le créancier à faire valoir sa créance. Cela n'avait pas de sens d'après la réglementation actuelle, puisque la caution solidaire pouvait être actionnée avant le débiteur principal et avant la réalisation des gages (cf. l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 3 novembre 1936 dans la cause Bonnard et consorts contre société de banque suisse). Mais l'article 496, 2^e *alinéa*, ayant innové en disant que, dans certains cas, la caution solidaire ne peut être actionnée qu'après la réalisation des gages sur les meubles et créances, il fallait pour ces éventualités-là prévoir une disposition correspondante. Elle consiste à donner à la caution solidaire le droit d'exiger que dans ces cas aussi la réalisation des gages se poursuive sans interruption notable.

Le 4^e *alinéa* déclare (avec le Tribunal fédéral, ATF 64, II, 380 s.) que tout cet article est de droit impératif.

Art. 512.

Les modifications apportées aux *alinéas* 2 et 3 sont de nature rédactionnelle.

Dispositions transitoires.

Les dispositions transitoires dépendent de la nature des innovations apportées au droit de cautionnement. Se conformant au droit transitoire du code civil (Tit. fin., art. 1^{er}), les *alinéas* 1 et 2 posent le principe de la non-rétroactivité. Le droit nouveau n'est donc en principe applicable qu'aux nouveaux cautionnements. Il n'est applicable aux anciens qu'autant qu'il s'agit de faits survenus postérieurement, et encore avec les restrictions nécessaires pour protéger les droits acquis. Par conséquent, les cautionnements contractés sous l'ancien droit, mais non en la forme authentique, continuent à être valables. Il n'est pas question de les transformer subséquemment en actes revêtus de la forme authentique. Le danger de voir les intéressés antidater les cautionnements à seule fin d'éluder la forme authentique n'est pas très grand, attendu que la caution pourrait faire valoir en tout temps ce vice de forme.

Ce n'est qu'apparemment qu'on s'écarte du principe de la non-rétroactivité en prescrivant l'application de quelques dispositions nouvelles à des faits qui se sont passés sous l'empire de l'ancien droit. Il s'agit simplement de dispositions destinées à exprimer plus clairement le contenu actuel de la loi (par ex. art. 495, 3^e al.).

L'application du droit nouveau aux cautionnements de l'ancien droit, dans la mesure où il s'agit de faits nouveaux, est prévue dans plusieurs

cas, notamment pour l'obligation de communiquer les retards d'exécution du débiteur (art. 505, 1^{er} al.), l'obligation du créancier de produire sa créance dans la faillite et le concordat (art. 505, 2^e al.), la sommation préalable (art. 496, 1^{er} al.) et la limitation de la durée du cautionnement (art. 509, 3^e al.). Il n'est guère possible, en revanche, d'appliquer la procédure d'amortissement obligatoire aux cautionnements de l'ancien droit. On peut toutefois se demander s'il ne faut pas aussi renoncer à appliquer la durée maximum aux nouveaux cautionnements. En outre, toutes les dispositions édictées pour le cas où rien d'autre n'a été convenu au moment de la conclusion du contrat sont inapplicables aux cautionnements de l'ancien droit.

III. CONSIDÉRATIONS FINALES

Dans sa forme actuelle, le projet est de nature à améliorer sensiblement la situation de la caution. Ce résultat peut être atteint sans qu'il soit nécessaire d'introduire un registre des cautionnements; nous avons écarté cette institution parce qu'elle eût constitué une trop lourde charge pour le crédit de cautionnement. La plus importante des innovations du projet est l'introduction de la forme authentique qui est désormais nécessaire pour tous les cautionnements de personnes physiques d'un montant de plus de 2000 francs (art. 494, 2^e al.). En outre, il faudra, pour tous les cautionnements, que le montant soit indiqué numériquement dans l'acte de cautionnement lui-même (art. 494, 1^{er} al.); il vaudra comme limite maximum de la responsabilité et ne pourra être dépassé ni par les intérêts, ni par les frais (art. 499, al. 1 et 3). Un allègement important pour la caution réside dans le droit qui lui est donné de demander, en fournissant des sûretés, que la poursuite dirigée contre elle soit suspendue jusqu'au moment où un acte de défaut de biens définitif aura été délivré contre le débiteur principal (art. 500, 2^e al.). En outre, le créancier doit aviser la caution chaque fois que le débiteur est en retard de plus de six mois dans l'exécution de ses prestations (art. 505, 1^{er} al.). Lorsqu'une dette est garantie en même temps par un cautionnement et un droit de gage, c'est, dans le doute, le propriétaire du gage qui doit supporter le dommage (art. 507, 4^e al.). Toute une série de dispositions édictées dans l'intérêt de la caution ont été déclarées de droit impératif (cf. 500, 2^e al., 501, 2^e al., 502, 3^e al., 505, 3^e al., 511, 4^e al.). La situation de la caution solidaire en particulier a été améliorée en ce sens qu'elle ne peut être recherchée qu'après que le débiteur principal a été sommé de s'acquitter et s'il est en retard dans le paiement de sa dette (art. 496, 1^{er} al.). En outre, dans certains cas, les droits de gage sur les meubles et créances doivent être réalisés préalablement (art. 496, 2^e al.). S'il existe plusieurs cautions solidaires, celles-ci doivent être actionnées simultanément quand elles peuvent l'être en Suisse (art. 497, 2^e al.). Mentionnons, parmi les autres innovations importantes,

l'amortissement obligatoire du cautionnement dans la mesure où se réduit la dette principale (art. 499, 2^e al.) et l'extinction du cautionnement après vingt ans, avec la possibilité toutefois de le prolonger pour dix nouvelles années par une simple déclaration écrite (art. 509, 2^e al.). Enfin, il faut rappeler que, sur de nombreux points, le droit actuel a été complété et précisé, généralement dans le sens indiqué par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

La plupart de ces innovations ont été suggérées par les expériences faites, notamment au cours des dernières années; c'est là leur justification. Elles tendent, dans l'ensemble, à renforcer la protection de la caution, mais cette tendance a ses limites dans l'intérêt qu'a l'économie nationale de posséder une institution de cautionnement capable d'être toujours employée comme moyen de crédit. C'est pourquoi, en procédant à cette revision, il faut empêcher, soit que la conclusion du contrat de cautionnement devienne trop difficile, soit que l'institution perde trop de son efficacité. Mais avant tout, il importe de ne pas porter atteinte à la sécurité juridique. Le principe que la parole donnée doit être tenue est l'idée directrice. Ce n'est qu'ainsi qu'on pourra toujours mettre à la disposition de l'économie nationale un cautionnement constituant un utile instrument de crédit, apte, même dans les temps les plus difficiles, à lui rendre les services qu'on attend de lui.

Nous vous recommandons d'accepter le projet ci-joint.

Veuillez agréer, Monsieur le Président et Messieurs, les assurances de notre haute considération.

Berne, le 20 décembre 1939.

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération,

ETTER.

Le chancelier de la Confédération,

G. BOVET.

(Projet.)

Loi fédérale

revisant

le titre vingtième du code fédéral des obligations
du 30 mars 1911 (Du cautionnement).

L'ASSEMBLÉE FÉDÉRALE DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE,

vu l'article 64 de la constitution fédérale;

vu le message du Conseil fédéral du 20 décembre 1939,

arrête :

I.

Les articles 492 à 512 du code fédéral des obligations du 30 mars 1911 sont abrogés et remplacés par les dispositions suivantes (*):

TITRE VINGTIÈME

DU CAUTIONNEMENT

Art. 492 (492).

Le cautionnement est un contrat par lequel une personne assume
envers une autre l'obligation de garantir le paiement de la dette
contractée par un tiers.

A. Conditions.
I. Définition.

Art. 493 (494).

Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.
Une obligation future ou conditionnelle peut être cautionnée
pour l'éventualité où elle sortirait effet.

II. Obligation
principale.

(*) Les modifications sont imprimées en italiques.

Quiconque déclare garantir la dette résultant d'un contrat qui, par suite d'erreur ou d'incapacité, n'oblige pas le débiteur, ou une dette prescrite, répond sous les conditions et d'après les principes applicables en matière de cautionnement s'il connaissait, au moment où il s'est engagé, le vice dont le contrat était entaché du chef du débiteur.

Art. 494 (493).

III. Forme.

La validité du cautionnement est subordonnée à l'observation de la forme écrite et à l'indication *numérique, dans l'acte même*, d'un montant déterminé jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue.

Lorsque le cautionnement dépasse la somme de deux mille francs et que la caution est une personne physique, le contrat doit en outre revêtir la forme authentique, selon les règles applicables au lieu où il est conclu. La même forme est nécessaire lorsqu'un cautionnement supérieur à deux mille francs est fractionné en sommes plus petites pour permettre d'éluder la présente disposition.

Sont soumis aux mêmes conditions de forme que le cautionnement, le pouvoir spécial de souscrire un cautionnement, la promesse de cautionner l'autre partie ou un tiers, le contrat de garantie et la reprise cumulative de dette. Les conventions accessoires et les modifications d'un contrat de cautionnement n'exigent la forme prévue pour ce contrat qu'autant qu'elles aggravent la situation de la caution. Les parties peuvent convenir, en observant la forme écrite, de limiter la responsabilité de la caution à la partie de la dette principale destinée à être amortie la première.

Celui qui paie un cautionnement nul en la forme, en ignorant le vice de forme, peut répéter ce qu'il a payé, selon les règles de l'enrichissement illégitime.

Le Conseil fédéral peut limiter le montant des émoluments dus pour l'acte authentique de cautionnement.

Art. 495 (495).

B. Objet.

I. Particularités des diverses espèces de cautionnement.

1. Cautionnement simple.

Le créancier peut seulement exiger le paiement de la caution simple s'il prouve qu'après qu'elle s'est engagée, le débiteur est tombé en faillite, a obtenu un sursis concordataire ou a été l'objet de poursuites ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif ou enfin ne peut plus être recherché en raison de son départ de l'Etat où il était primitivement domicilié de sorte que l'exercice du droit du créancier en est rendu notablement plus difficile.

Lorsque le créancier a été garanti par des gages avant le cautionnement ou en même temps, la caution simple peut exiger qu'il se paie d'abord sur eux, à moins que le débiteur ne soit en faillite.

Lorsque la caution s'est engagée seulement à rembourser au créancier le montant de sa perte, elle ne peut être recherchée que si un acte de défaut de biens définitif a été délivré contre le débiteur ou si celui-ci, en raison de son départ de l'Etat où il était primitivement domicilié, ne peut plus y être recherché de sorte que l'exercice du droit du créancier est rendu notablement plus difficile.

Art. 496 (496).

Si la caution s'oblige avec le débiteur principal en prenant la qualification de caution solidaire, de codébiteur solidaire, ou toute autre équivalente, le créancier peut la poursuivre avant de s'adresser au débiteur principal et de réaliser ses gages immobiliers, à condition que le débiteur ait été préalablement sommé de s'acquitter et qu'il soit en retard dans le paiement de sa dette.

2. Cautionnement solidaire.

Le créancier ne peut poursuivre la caution avant d'avoir réalisé ses gages mobiliers et sur des créances que dans la mesure où, suivant l'appréciation du juge, ces gages ne couvrent probablement plus la dette, ou s'il en a été ainsi convenu ou encore si le débiteur est en faillite.

Les dispositions du présent titre sont d'ailleurs applicables à ce cautionnement.

Art. 497 (497).

Lorsque plusieurs personnes ont cautionné conjointement une même dette divisible, chacune d'elles est obligée comme caution simple pour sa part et comme certificateur de caution pour la part des autres.

3. Cautionnement conjoint.

Si les cautions se sont expressément obligées comme cautions solidaires, soit avec le débiteur principal, soit entre elles, chacune d'elles répond de la dette entière. *Une caution peut cependant refuser de payer au delà de sa part, tant que toutes les cautions qui se sont engagées solidairement avec elle, avant ou en même temps, et qui peuvent être recherchées en Suisse pour cette dette n'ont pas déjà payé leur part ou n'ont pas été recherchées de ce chef.*

La caution qui a payé a un droit de recours proportionnel contre les autres dans la mesure où celles-ci n'ont pas payé autant qu'elle. Ce droit peut être exercé avant le recours contre le débiteur principal.

Lorsqu'une caution s'est engagée sous la condition, reconnaissable pour le créancier, que d'autres cautions s'obligeraient avec elle pour la même créance, elle est libérée si cette condition ne s'accomplit pas ou si, dans la suite, le créancier décharge l'une des cautions de sa responsabilité.

Lorsque plusieurs personnes ont, indépendamment les unes des autres, cautionné la même dette, chacune d'elles répond de la somme

entière. Celle qui paie a cependant un droit de recours contre les autres pour leurs parts et portions.

Art. 498 (498).

4. Certificateur de caution et arrière-caution.

Le certificateur de caution, qui garantit à l'égard du créancier l'engagement de la caution, est tenu, avec celle-ci, de la même manière qu'une caution simple avec le débiteur.

L'arrière-caution est garante envers la caution qui a payé du recours appartenant à celle-ci contre le débiteur.

Art. 499 (499).

II. Dispositions communes.

1. Rapports entre la caution et le créancier.

a. Etendue de la responsabilité.

La caution n'est, dans tous les cas, tenue qu'à concurrence de la somme indiquée dans l'acte de cautionnement.

En matière de cautionnements de personnes physiques, à l'exception des cautionnements d'officiers publics et d'employés, des cautionnements de douane, de transport et de garantie envers l'Etat, ainsi que des cautionnements de dettes à montant variable (comme les comptes-courants, les contrats de vente par livraisons successives) et des prestations revenant périodiquement, la somme cautionnée diminue chaque année, sauf dérogation convenue d'emblée ou subséquemment, de trois pour cent, mais s'il s'agit de créances garanties par gage immobilier, de un pour cent du capital initial. Quant à ces créances, ladite somme diminue dans tous les cas au moins dans la même proportion que le capital cautionné.

Jusqu'à concurrence du montant du cautionnement, la caution est tenue, sauf convention contraire :

1° Du montant de la dette principale, ainsi que des suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur, *mais non du dommage résultant de la caducité du contrat, ni d'une peine conventionnelle :*

2° Des frais des poursuites et des actions intentées contre le débiteur principal, *pourvu qu'elle ait été mise, en temps utile, à même de les prévenir en désintéressant le créancier, ainsi que, le cas échéant, des frais occasionnés par la remise de gages et le transfert de droits de gage :*

3° Des intérêts conventionnels jusqu'à concurrence des intérêts courants et des intérêts échus d'une année ou, le cas échéant, de l'annuité courante et d'une annuité échue.

A moins que le contraire ne résulte du contrat ou des circonstances, la caution ne répond que des engagements du débiteur principal qui sont postérieurs au cautionnement.

Art. 500 (500).

La caution ne peut être contrainte de payer avant le terme fixé pour le paiement de la dette principale, même si l'exigibilité en est avancée par suite de la faillite du débiteur.

b. *Poursuite de la caution.*

Quelle que soit la nature du cautionnement, la caution peut, en fournissant des sûretés, demander au juge de suspendre la poursuite dirigée contre elle jusqu'à ce que tous les gages aient été réalisés et qu'un acte de défaut de biens définitif ait été délivré contre le débiteur principal, ou qu'un concordat ait été conclu. La caution ne peut renoncer d'avance à ce droit.

Si l'exigibilité de la dette principale est subordonnée à un avertissement préalable de la part du créancier ou du débiteur, le délai ne commence cependant à courir, pour la caution, qu'à partir du jour où l'avertissement lui est signifié.

Si le débiteur principal est domicilié à l'étranger et se trouve dans l'impossibilité de s'acquitter ou ne puisse s'exécuter que partiellement en raison de prescriptions de la loi étrangère (par ex. en matière de trafic de compensation ou d'interdiction de transférer des devises), la caution domiciliée en Suisse peut également invoquer la loi étrangère, à moins qu'elle n'y ait renoncé.

Art. 501 (506).

La caution a le droit et l'obligation d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal ou à ses héritiers et qui ne résultent pas de l'insolvabilité du débiteur. Est réservé le cautionnement d'une dette qui n'oblige pas le débiteur principal par suite d'erreur ou d'incapacité de contracter, ou d'une dette prescrite.

c. *Exceptions.*

Si le débiteur principal renonce à une exception qui lui appartient, la caution peut néanmoins l'opposer au créancier.

La caution qui néglige d'opposer des exceptions appartenant au débiteur principal est déchue de son recours en tant qu'elles l'auraient dispensée de payer, si elle ne prouve qu'elle les ignorait sans qu'il y eût faute de sa part.

La caution qui s'est engagée à garantir une dette irrécouvrable en justice du fait qu'elle résulte d'un jeu ou d'un pari peut invoquer les mêmes exceptions que le débiteur principal, même si elle connaissait la nature de la dette.

Art. 502 (509).

Lorsque le créancier diminue au préjudice de la caution les sûretés et droits de préférence constitués lors du cautionnement ou obtenus plus tard pour la garantie spéciale de la créance cautionnée, la responsabilité de la caution se réduit d'une somme correspondante, à moins

d. *Devoir de diligence du créancier.*

qu'il ne soit prouvé que le dommage est moins élevé. Est réservée l'action en répétition du trop-perçu.

Le créancier est également responsable envers la caution, dans les cautionnements d'officiers publics et d'employés, lorsqu'il a négligé d'exercer sur l'employé la surveillance à laquelle il était tenu ou la diligence qu'on pouvait attendre de lui, et que la dette est née de ce chef ou a augmenté dans des proportions qu'elle n'eût pas atteinte.

La caution ne peut renoncer d'avance à ces droits.

Art. 503 (508).

e. Remise des gages et des titres.

Le créancier est tenu de remettre à la caution qui le paie les titres qui peuvent l'aider à exercer son recours et de lui donner les renseignements nécessaires. Il doit aussi lui remettre les gages et autres sûretés existant au moment du cautionnement ou constitués dans la suite par le débiteur principal spécialement pour la créance cautionnée ou remplir les formalités prescrites pour leur transfert. Sont réservés les droits de gage et de rétention, de rang préférable à ceux de la caution, qui appartiennent au créancier pour d'autres créances.

Si le créancier refuse indûment d'accomplir ces formalités ou s'il s'est dessaisi des preuves existantes, la caution est libérée de l'obligation de lui fournir d'autres prestations. Au surplus, le créancier est responsable envers la caution du dommage supplémentaire qu'elle pourrait subir.

Art. 504 (510).

f. Droit d'imposer le paiement.

Dès que la dette est exigible, même par suite de la faillite du débiteur, la caution peut contraindre en tout temps le créancier d'en accepter le paiement. Si la même dette est cautionnée par plusieurs personnes, le créancier est tenu d'accepter même un paiement partiel, pourvu que celui-ci représente au moins la part afférente à la caution qui l'offre.

Si le créancier refuse indûment d'accepter le paiement, la caution est libérée. Dans ce cas, la responsabilité des cautions solidaires se réduit du montant de leur part.

Si le créancier y consent, la caution peut le désintéresser même avant l'exigibilité de la dette principale. Elle ne peut cependant exercer son droit de recours contre le débiteur avant que la dette ne soit exigible.

Art. 505 (511).

g. Avis obligatoire du créancier et intervention dans la faillite du débiteur.

Le créancier doit aviser la caution lorsque le débiteur principal est en retard de plus de six mois dans le paiement du capital, des intérêts et des amortissements. Sur demande, il doit en tout temps la renseigner sur l'état de la dette principale.

Si le débiteur tombe 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 la défense de 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 caution ne peut renoncer d'avance à ces droits.

Si le créancier omet l'une de ces formalités, il perd ses droits contre la caution jusqu'à concurrence du préjudice résultant pour elle de cette omission.

Art. 506 (512).

La caution peut requérir des sûretés du débiteur et, si la dette est exigible, réclamer sa libération :

- 1° Lorsque le débiteur contrevient aux engagements qu'il a pris envers elle, notamment à sa promesse de la décharger dans un délai donné ;
- 2° Lorsqu'il est en demeure ou rend plus difficile la possibilité de le rechercher juridiquement en transférant son domicile dans un autre Etat ;
- 3° Lorsque, en raison des pertes qu'il a subies, ou de la dépréciation de sûretés, ou encore d'une faute par lui commise, la caution court des risques sensiblement plus élevés qu'au moment où elle s'est engagée.

2. Rapports entre la caution et le débiteur principal.

a. Droit pour la caution d'exiger des sûretés.

Art. 507 (505).

La caution est subrogée aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'elle lui a payé. Sauf convention contraire, elle n'acquiert cependant les droits de gage et autres sûretés garantissant la créance cautionnée que s'ils existaient au moment du cautionnement ou ont été constitués dans la suite par le débiteur spécialement pour cette créance. Si la caution, ne s'étant acquittée que partiellement, n'est subrogée qu'à une partie d'un droit de gage, la partie restant au créancier est de rang préférable à celle de la caution.

b. Droit de recours de la caution.

aa. En général.

La caution ne peut renoncer d'avance à ces droits, ni à la faculté de s'en prévaloir immédiatement après l'exigibilité.

Sont toutefois réservées les actions et exceptions qui dérivent des relations juridiques entre la caution et le débiteur principal.

Lorsqu'un gage garantissant une créance cautionnée est réalisé, le propriétaire ne peut exercer de recours contre la caution que s'il en a été ainsi convenu entre elle et lui ou si le gage a été constitué subséquent par un tiers.

La caution n'a aucun droit de recours contre le débiteur principal lorsqu'elle a payé une dette ne donnant lieu à aucune action en justice

ou ne liant pas le débiteur par suite d'erreur ou d'incapacité de contracter. Toutefois, si elle a garanti une dette prescrite par mandat du débiteur principal, celui-ci répond envers elle selon les règles du mandat.

Art. 508 (507).

bb. Avis du paiement opéré par la caution.

La caution qui paie la dette principale ou une partie de celle-ci doit en informer le débiteur.

La caution perd son recours si elle omet de faire cette communication et que le débiteur ait payé une seconde fois en ignorant et pouvant ignorer le paiement déjà opéré.

Est réservée l'action résultant de l'enrichissement illégitime du créancier.

Art. 509 (501).

C. Fin du cautionnement.

I. En vertu de la loi.

La caution est libérée dès que la dette principale est éteinte, pour quelque cause que ce soit. Si la qualité de débiteur principal et celle de caution se trouvent réunies dans la même personne, le créancier conserve les avantages particuliers qui résultent pour lui du cautionnement.

Tout cautionnement d'une personne physique s'éteint à l'expiration du délai de vingt ans dès sa constitution. Dans les six mois qui précèdent ce terme, la caution peut être recherchée même si elle s'est engagée pour un délai plus long, à moins que, par une déclaration écrite donnée au plus tôt six mois avant l'expiration du cautionnement, elle ne l'ait prolongé pour une période de dix ans au plus. Si la dette principale n'est pas exigible au moins une année et demie avant la fin du cautionnement et qu'elle n'ait pas non plus pu être dénoncée par le créancier pour ce terme, la caution ne peut pas exiger du créancier qu'il actionne d'abord le débiteur principal et qu'il réalise préalablement les gages. En revanche, elle peut exercer son droit de recours contre le débiteur principal avant l'exigibilité de la dette principale. Le renouvellement du cautionnement par acte authentique est admissible en tout temps. La caution ne peut pas renoncer d'avance à ses droits.

Art. 510 (502).

II. Cautionnement pour un temps déterminé.

La caution qui ne s'est engagée que pour un temps déterminé est libérée, si le créancier ne poursuit pas juridiquement l'exécution de ses droits dans les quatre semaines qui suivent l'expiration de ce temps et s'il ne continue pas ses poursuites sans interruption notable.

Si la dette n'est pas exigible à ce moment, la caution ne peut se libérer qu'en fournissant des sûretés.

Si elle ne le fait pas, le cautionnement subsiste, sous réserve des dispositions sur la durée maximum du cautionnement, comme s'il avait été convenu jusqu'à l'exigibilité de la dette principale.

Art. 511 (503).

Si le cautionnement a été donné pour un temps indéterminé, la caution simple peut, lorsque la dette principale devient exigible, réclamer du créancier qu'il poursuive juridiquement, dans le délai de quatre semaines, l'exécution de ses droits et qu'il continue ses poursuites sans interruption notable. *En tant que la caution solidaire ne peut être poursuivie qu'après la réalisation des droits de gage mobilier et sur les créances, elle peut, lorsque la dette principale devient exigible, réclamer du créancier qu'il poursuive la réalisation de ces gages sans interruption notable.*

III. Cautionnement pour un temps indéterminé.

S'il s'agit d'une dette dont l'exigibilité peut être déterminée par un avertissement du créancier, la caution a le droit, un an après qu'elle s'est engagée envers le créancier, de réclamer de lui qu'il donne cet avertissement et que, la dette étant devenue exigible, il poursuive juridiquement l'exécution de ses droits comme il est dit ci-dessus.

La caution est libérée si le créancier ne satisfait pas à cette sommation.

La caution ne peut renoncer d'avance à ces droits.

Art. 512 (504).

Le cautionnement d'un officier public peut, s'il est de durée indéterminée, être dénoncé au cours de chaque période de nomination, pour la fin de la période suivante.

IV. Cautionnement d'officiers publics et d'employés.

S'il s'agit d'un office public qui n'est pas conféré pour une période fixe, le cautionnement peut être dénoncé pour la fin de chaque période de quatre ans comptée à partir de l'entrée en fonctions, par avertissement donné une année à l'avance.

Dans les cautionnements d'employés souscrits pour une durée indéterminée, la caution a le même droit de dénonciation qu'en matière de cautionnement d'officiers publics de durée indéterminée.

II.

Dispositions transitoires.

Les dispositions du droit nouveau sont applicables à tous les cautionnements contractés après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Elles ne sont applicables aux cautionnements contractés antérieurement que pour les faits qui se sont produits depuis et avec les restrictions suivantes :

Les nouveaux articles 493, 3^e alinéa, 494, 496, 2^e alinéa, 499, 500, 4^e alinéa, 505, 3^e alinéa, 507, 2^e, 4^e et 5^e alinéas, et 511, 1^{er} et 4^e alinéas, ne sont pas applicables à ces cautionnements.

L'article 496, 1^{er} alinéa, leur est applicable en ce sens que la caution peut être recherchée non seulement avant le débiteur principal et avant la réalisation des gages immobiliers, mais aussi avant la réalisation des autres gages, pourvu que le débiteur principal ait été sommé de s'acquitter et soit en retard dans le paiement de sa dette.

Pour les cautionnements contractés antérieurement, l'avis de retard prévu à l'article 505, 1^{er} alinéa, doit être donné au plus tard six mois après l'entrée en vigueur de la loi.

L'article 505, 2^e alinéa, n'est applicable qu'aux faillites et sursis concordataires prononcés trois mois au moins après l'entrée en vigueur de la loi.

Le délai indiqué à l'article 509, 2^e alinéa, ne commence à courir, pour les cautionnements contractés sous l'empire de l'ancien droit, que le jour de l'entrée en vigueur de la loi.

La présente loi entre en vigueur le .

BIBLIOGRAPHIE SUISSE

I. Concernant spécialement la revision.

- Beck E.* : Die Revision des Bürgschaftsrechts; tirage à part de la *Nouvelle Gazette de Zurich*, février, mars et avril 1935.
- Die Bürgschaft im internationalen Privatrecht der Schweiz; *Revue de la société des juristes bernois* 1935, p. 514.
- Bureau fédéral de statistique* : Die gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften in der Schweiz, Berne 1932.
- Cavin P.* : La revision de la législation en matière de cautionnement; *Journal des tribunaux* 1938, p. 290.
- Domke M.* : Le projet suisse sur le conflit de lois en matière de cautionnement, Paris 1935.
- Egger F.* : Revision des Bürgschaftsrechts; dans « Der schweizerische Haus- und Grundeigentümer », 1938 n° 8.
- Hausbesitz, Wirtschaftskrisis, Hypothekarversicherung und Grundeigentümer, Soleure 1934.
- Fuchs M.* : Zur Revision des Bürgschaftsrechts, *Revue suisse de jurisprudence* 33, p. 337.
- G., Dr. W.* : Zur Revision des Bürgschaftsrechts, *Nouvelle Gazette de Zurich* du 19 mars 1935, feuille 5.
- Henry M.* : La revision de la législation en matière de cautionnement; *Zeitschrift für schw. Recht* 1935, p. 145 a.
- Karrer H.* : Gemeinnützige Bestrebungen bei der Revision des Bürgschaftsrechts; *Zeitschrift für Gemeinnützigkeit* 1938, p. 375.
- Oftringer K.* : Die Haftung des Bürgen für die gesetzlichen Folgen des Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners; *Festgabe für Fleiner* 1937, p. 175.
- Schürmer A.* : Entwicklung, Aufgabe und Zukunft der gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften; « *Schriften des Schweizerischen Gewerbeverbandes* » 1939, n° 9.
- Schweiz. Haus- und Grundeigentümer* : Die Revision des Bürgschaftsrechts 1935, n° 4.
- Bürgschaftsablösung durch den Staat? décembre 1934.
- Soldan* : Kritische Studien über gewerbliche Bürgschaftsgenossenschaften; *Schweizerische Gewerbezeitung* 1920.
- Stauffer W.* : Die Revision des Bürgschaftsrechts; *Zeitschrift für schw. Recht* 1935, p. 1 a.
- Wegelin* : Revision des Bürgschaftsrechts; *Nouvelle Gazette de Zurich* du 5 septembre 1935.

II. Concernant le droit de cautionnement en général.

- Benkler* : Der Schutz des Bürgen im schweizerischen Recht, thèse Bâle 1935.
- Gadmer* : Solidarschuldner und Bürge, thèse Zurich 1929.
- Gmür M.* : Bürgschaftsschulden des Erblassers, 1896.
- Guggenheim* : Der Garantievertrag, Aarau 1917.
- Hürlimann* : Die Bürgschaftsschulden des Erblassers, 1896.
- Keller E.* : Die Auslegung der neuen Vorschriften des Art. 493 OR betr. die Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung; *Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht* 1926, p. 14.
- Keller F.* : Ueber die Hypothekarbürgschaft, besonders im Zwangsvollstreckungsverfahren, thèse Zurich 1925.

- Kiefer E. A.* : Garantievertrag und Bürgschaft, thèse Bâle 1933.
- Lardelli A.* : Beiträge zum Bürgschaftsrecht; *Revue suisse de jurisprudence* 26, p. 93.
- Lauber* : Die Verbürgung von Verträgen; *Revue suisse de jurisprudence* 20, p. 317.
- Lerch u. Tuason* : Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, Zurich 1936.
- Margot* : Le cautionnement du compte de crédit, thèse Lausanne 1930.
- Meyer J. A.* : Die Dividenden- und Zinsgarantie bei Aktiengesellschaften; Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 1915.
- Meyer-Wegenstein* : Mitbürgschaft, thèse Zurich 1926.
- Müller* : Ueber das Amtsbürgschaftswesen in Bund und Kantonen, 1914.
- Priester H.* : Der Garantievertrag, thèse Berne 1935.
- Raaflaub* : Die Solidarbürgschaft im Bankenverkehr, thèse Berne 1932.
- Reichel H.* : Zum schweizerischen Bürgschaftsrecht; *Revue suisse de jurisprudence* 10, p. 47; 11, p. 101; 13, p. 211; 18, p. 265; 20, p. 173.
- Schuldmitübernahme, 1909.
- Rein* : Die Voraussetzungen der Bürgschaft im schweizerischen Recht, thèse Jena 1937.
- Reusser S.* : Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Versicherungsverträgen, thèse Berne 1938.
- Rutz A.* : Die Dividendengarantie, thèse Fribourg 1938.
- Schulthess* : Die Verpflichtung des Bürgen nach schweizerischem Recht; *Zeitschrift für schw. Recht*, nouv. série 46, p. 63.
- Seiler* : Der Regress des Bürgen, thèse Zurich 1924.
- Stooss* : Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers nach OR, insbesondere Art. 508; *Revue de la société des juristes bernois* 47, p. 473.
- Thalmann A.* : Das Wesen der Bürgschaft im schweizerischen OR, thèse Berne 1920.
- Tobler H.* : Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach schweizerischem Recht, thèse Berne 1926.
- Tschudi* : Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach dem deutschen BGB und dem schweizerischen OR, thèse Leipzig 1914.
- v. Tuhr A.* : Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht; *Revue suisse de jurisprudence* 19, p. 225, 245.
- Zum Regress des Bürgen; *Zeitschrift für schw. Recht*, nouv. série 42, p. 101.
- Vischer* : Der Rückgriff des Bürgen nach schweizerischem OR; *Zeitschrift für schw. Recht*, nouv. série 7, p. 1.
- Weber W.* : Schuldübernahme und Bürgschaft, thèse Bâle 1937.
- Weisflog* : Die Haftung des Erben für die Bürgschaftsschulden des Erblassers, 1896.
- Zimmermann* : Einiges über die Kreditgewährung durch Handelsbanken; *Revue suisse de jurisprudence* 17, p. 129, 145, 164; 19, p. 123, 210.
- Zoller* : Bürgen tut würgen; *Revue suisse de jurisprudence* 4, p. 93.

Renvoyons en outre aux commentaires du code des obligations, en particulier à ceux de Becker, Oser-Schönenberger et Fick, ainsi qu'aux exposés systématiques de Guhl, Rossel et v. Tuhr.

Parmi les auteurs étrangers, bornons-nous à citer les suivants, qui renvoient aux ouvrages spéciaux:

- Planiol et Ripert* : *Traité pratique de droit civil français*, vol. 11, p. 871, Paris 1932.
- Staudinger* : *Kommentar zum BGB*, Munich 1929.
- Staub's Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch*, 1926.
- Schwarz A. B.* : Dans le «*Handwörterbuch*» de Schlegelberger 3, p. 593, cf. sous Garantievertrag.

MESSAGE du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi revisant le titre vingtième du code des obligations du 30 mars 1911 (du cautionnement). (Du 20 décembre 1939.)

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1939
Année	
Anno	
Band	2
Volume	
Volume	
Heft	51
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	3975
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	20.12.1939
Date	
Data	
Seite	857-928
Page	
Pagina	
Ref. No	10 089 080

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les. Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.