

dette (1). Or, dans le système du code, la compensation ne doit pas être opposée par le débiteur devenu créancier ; la compensation s'opère par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs (art. 1290). Les deux dettes sont éteintes, du moment qu'elles coexistent. Pourquoi le code déroge-t-il à ce principe quand l'une des dettes est solidaire ?

C'est sur la proposition du Tribunal que l'on ajouta à l'article 1294 la disposition dont nous demandons le motif. Elle est motivée comme suit dans les observations de la section de législation : « Si l'on pouvait opposer la compensation de ce qui serait dû à un autre qu'à soi-même, quoique cet autre fût un codébiteur solidaire, ce serait donner lieu à des difficultés sans nombre. Ce tiers se trouverait engagé dans des procès désagréables. Il faudrait examiner avec lui si la dette existe, jusqu'à quel point elle existe, si elle est susceptible de compensation, et il est naturel que la compensation n'ait lieu entre deux personnes que pour ce qu'elles se doivent directement l'une à l'autre (2). » Ces motifs n'ont pas paru satisfaisants aux auteurs, tous en donnent d'autres. En effet, si réellement la compensation soulevait toutes les difficultés que le Tribunal signale, il en résulterait qu'il n'y aurait pas lieu à compensation. L'une des conditions requises pour la compensation n'est-elle pas que les dettes soient liquides ? et une des dettes est-elle liquide quand on ne sait si elle existe ou si elle n'existe point ? Les difficultés que le Tribunal craignait ne peuvent donc pas se présenter, car les codébiteurs ne peuvent pas l'opposer au créancier, si, comme on le suppose, l'existence même de la dette est douteuse.

Chaque auteur a son explication : nous croyons inutile de discuter toutes les opinions (3). Le législateur n'a eu

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 26, note 20, § 298 *ter*, et tous les auteurs. Rejet, 24 décembre 1834 (Daloz, n° 2705). Rouen, 30 juin 1810 (Daloz, n° 2691).

(2) Observations du Tribunal, n° 57 (Loché, t. VI, p. 134).

(3) Mourlon, t. II, p. 567. Aubry et Rau, t. IV, p. 25, note 18. Demolombe, t. XXVI, p. 335, n° 399. Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 230, n° 142 *bis* III.

d'autres motifs que ceux que nous venons de transcrire. Il faut donc s'y tenir et conclure que l'article 1294 est contraire à la rigueur des principes qui régissent la solidarité et la compensation.

339. Le codébiteur de celui qui est devenu créancier pourrait-il opposer la compensation pour la part que celui-ci doit supporter dans la dette ? La question est très-controversée. Il nous semble que la négative résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 1294 est absolu, il ne permet aucune distinction. Et le motif que le Tribunal a donné pour justifier la disposition qu'il a proposée ne comporte pas non plus de distinction ; le Tribunal voulait prévenir les difficultés ; or, les difficultés se présenteraient, s'il y en avait, pour la part du débiteur dans la dette, c'est-à-dire pour une fraction de la créance aussi bien que pour la créance entière. C'est aussi en ce sens que l'orateur du Tribunal s'est exprimé ; il dit en termes absolus que les codébiteurs ne peuvent opposer la compensation des créances qui leur sont étrangères. Domat et Pothier enseignaient, il est vrai, le contraire ; mais, dit Mouricault, les motifs qu'ils donnaient n'étaient pas concluants, au témoignage de Pothier lui-même ; il conclut que c'est avec raison que le code a rejeté leur opinion (1).

5. REMISE DE LA DETTE.

340. Aux termes de l'article 1285, « la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. » Le code oppose la *décharge conventionnelle* à la remise tacite dont parlent les articles 1282-1284. Nous dirons plus loin que la remise tacite profite par sa nature même à tous les intéressés : le créancier qui se dévouille

(1) Mouricault, Discours, n° 33 (Loché, t. VI, p. 248). Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 26, note 19, § 298 *ter*. Il faut ajouter, en faveur de notre opinion, Mourlon, t. II, p. 568, et Demolombe, t. XXVI, p. 339, n° 401, et un arrêt de rejet, 13 juin 1872, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicristie*, 1872, I, 289).

de la seule preuve qu'il a contre ses débiteurs renonce par cela même à exiger sa créance contre eux. Il n'en est pas de même, en principe, de la décharge conventionnelle. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Pourquoi la convention qui intervient entre le créancier et l'un des débiteurs a-t-elle effet à l'égard des autres? Il est difficile de justifier cette disposition. On objecte que le débiteur à qui le créancier fait la remise est débiteur du total de la dette, et considéré même comme s'il était seul et unique débiteur. Mais cet effet de la solidarité n'est établi qu'en faveur du créancier, et ne peut-il pas dire qu'il a encore d'autres débiteurs auxquels il n'a pas fait de remise? Tous les modes d'extinction des obligations ne peuvent pas être invoqués par tous les codébiteurs; il faut voir s'ils n'ont pas quelque chose de personnel. Or, la remise est à bien des égards un fait personnel. C'est une renonciation et les renonciations ne sont-elles pas de stricte interprétation? Quand la remise se fait à titre gratuit, il y a un motif de plus d'en limiter l'effet au débiteur à qui elle est faite (1).

341. Dans le système du code, il faut une réserve expresse du créancier pour qu'il conserve ses droits contre les autres débiteurs solidaires. Quel sera l'effet de cette réserve? L'article 1285 répond que le créancier ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. Pourquoi les autres débiteurs ne peuvent-ils pas être poursuivis pour le total? Parce que le créancier par la remise qu'il fait au débiteur prive ses codébiteurs du recours qu'ils ont contre lui. Que si les codébiteurs conservaient un recours, la remise ne serait que partielle, tandis que dans l'intention du créancier, elle doit être totale; or, elle ne peut l'être que par l'extinction partielle de la dette à l'égard des codébiteurs contre lesquels le créancier se réserve ses droits.

Quelle est la part dont les codébiteurs sont déchargés? Quand les débiteurs sont tenus chacun de sa part virile,

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 238, n° 144 bis I. Mourlon, t. II, p. 569. Demolombe, t. XXVI, p. 330, n° 396.

il n'y a pas de question; mais on suppose que la part réelle du débiteur libéré n'est point la part virile. Quelle est, en ce cas, la part que le créancier est censé remettre aux autres codébiteurs? En principe, c'est la part que les codébiteurs auraient pu réclamer contre le débiteur libéré, car ce n'est qu'à raison de ce recours qu'ils sont déchargés de la part pour laquelle ils auraient eu action contre lui. Il y aurait exception dans le cas peu probable où la part réelle est plus forte que la part virile, en supposant que le créancier ignore le fait; sa volonté sera alors de ne renoncer à sa créance, à l'égard des autres codébiteurs que pour la part virile du débiteur qu'il a déchargé, et c'est la volonté du créancier qui fait la loi, au moins lorsque la remise est gratuite. Si elle se faisait à titre onéreux, il faudrait rechercher, d'après la commune intention des parties contractantes, quelle est la part, réelle ou virile, que le créancier doit déduire de la créance (1).

342. L'article 2037 porte : « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. » On demande si les débiteurs solidaires peuvent invoquer ce bénéfice. La question est très-controversée; les auteurs tiennent presque tous l'affirmative, tandis que la jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion contraire. Nous n'hésitons pas à nous ranger à ce dernier avis. La jurisprudence a un fondement inébranlable, c'est le texte et l'esprit de la loi. En traitant de la solidarité, le code dit quels sont les droits qui appartiennent aux débiteurs solidaires; il ne leur donne pas le droit que l'article 2037 accorde à la caution. On ne pourrait donc le leur reconnaître que s'il y avait identité de motifs, c'est-à-dire si la position des débiteurs solidaires était la même que celle des cautions. Or, grande est la différence entre le cautionnement et la solidarité. La caution s'oblige uniquement dans l'intérêt du créancier pour rendre service au débiteur; elle ne

(1) Mourlon, t. II, p. 569. Demolombe, t. XXVI, p. 332, n° 397.

CAPITULAIRE
BIBLIOTHÈQUE

retire aucun avantage personnel du contrat. On conçoit donc qu'elle ne s'oblige qu'accessoirement pour le cas où le créancier n'aurait aucun moyen d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation contre le débiteur. Si le débiteur a accordé des garanties au créancier, telles que des hypothèques, ou si un privilège est attaché à la créance, la caution doit naturellement compter que ces garanties suffiront et qu'elle ne sera recherchée que si elles sont insuffisantes. C'est sous cette condition qu'elle s'oblige; elle doit encore compter sur ces garanties accessoires de la créance, si elle paye la dette, car elle est subrogée et la subrogation la désintéressera, puisqu'elle pourra exercer tous les droits, privilèges et hypothèques qui appartiennent au créancier. Si celui-ci renonce à ces garanties, ou ne les conserve pas en négligeant de remplir les formalités prescrites par la loi pour leur conservation, il manque à la loi du contrat; il viole la condition sous laquelle la caution s'était engagée. Voilà pourquoi la caution est déchargée; la loi résout le cautionnement, parce que le créancier de son côté a rompu le contrat. Peut-on en dire autant des débiteurs solidaires? Non; chacun d'eux est débiteur principal, comme s'il avait seul contracté l'engagement, parce qu'il a un intérêt personnel dans l'obligation, intérêt qui est la cause de l'obligation qu'il a contractée. Il compte, sans doute, dans le cas où il payera la dette, sur les garanties que la loi lui donne contre ses codébiteurs, car il est subrogé, comme l'est la caution; mais cette subrogation n'est pas la condition de son engagement, il peut être poursuivi comme seul et unique débiteur. La seule condition de son engagement, c'est qu'il ait le recours que la loi lui assure et que le créancier ne l'en prive pas par son fait (art. 1285). Quand cette condition est remplie, il est tenu.

On objecte que l'article 2037 est une conséquence de l'article 1251 qui subroge aux droits du créancier les débiteurs solidaires aussi bien que la caution. Cette subrogation est un élément du recours; si le recours ne peut pas être enlevé au débiteur, le créancier ne doit pas non plus avoir le droit de lui enlever les garanties qui rendent

le recours efficace; à quoi bon le recours s'il devient illusoire par le fait du créancier? En théorie, l'objection est très-forte, et le législateur aurait dû en tenir compte. Mais la question est de savoir s'il l'a fait, c'est-à-dire si, dans sa pensée, la subrogation aux droits des créanciers est un élément essentiel du recours; or, le contraire résulte des articles 2033 et 2037. L'article 2033 donne à la caution qui a payé la dette un recours contre les codébiteurs; si l'article 2037 était la conséquence forcée de l'article 2033, la disposition serait inutile; donc, dans l'esprit de la loi, le recours et la subrogation sont choses différentes; ce qui décide la question. La caution et le débiteur solidaires ont deux droits, le recours et la subrogation. S'agit-il du recours, le créancier n'en peut priver le débiteur solidaire pas plus que la caution. Quant à la subrogation, la loi dit bien que le créancier n'en peut priver la caution; elle ne le dit pas pour le débiteur solidaire, donc l'article 2037 ne peut être invoqué par lui (1).

343. On admet cependant qu'il y a des cas dans lesquels le créancier qui détruit les garanties qu'il avait contre l'un des débiteurs est responsable de son fait, en ce sens qu'il ne peut exiger des autres codébiteurs le paiement de la dette que déduction faite de la part pour laquelle le débiteur était tenu. D'abord quand c'est par son dol qu'il a privé les codébiteurs des sûretés sur lesquelles ils devaient compter. Le dol fait toujours exception; celui qui s'en rend coupable répond du dommage qu'il cause par sa déloyauté. Le code consacre cette maxime traditionnelle en disposant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (art. 1134); et si le débiteur répond de sa faute, à plus forte raison est-il responsable de son dol. Il est vrai que le créancier n'est pas obligé, en principe, de conserver les sûretés attachées à sa créance; aussi son obligation ne naît-elle pas de l'inexécu-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 35, note 47, § 298 *ter*, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Massé et Vergé sur Zachariae, t. III, p. 359, note 15, et Demolombe, t. XXVI, p. 427, n° 497. Comparez les arrêts cités par Aubry et Rau. L'opinion contraire était enseignée dans l'ancien droit par Dumoulin et Pothier, et elle est suivie par Merlin, Toullier, Duranton, Mourlon et Rodière.

tion de ses engagements, elle naît directement du dol (1).

On admet encore une seconde exception, sur laquelle il y a plus de doute. Les débiteurs solidaires peuvent stipuler que le créancier perdra son droit contre eux pour la part du débiteur à qui il fait remise des sûretés ou quand il laisse périr ces sûretés par son fait. Cette convention pourrait-elle aussi être tacite? On enseigne qu'elle peut résulter des circonstances de la cause (2). Cela nous paraît douteux. Il est vrai que les conventions peuvent être tacites, mais ce principe n'est plus applicable lorsque la convention consacre une exception au droit commun; les exceptions doivent, par leur nature, être stipulées formellement, une volonté tacite ne suffit point pour les admettre. Or, dans l'espèce, il y a dérogation au droit commun, puisqu'on pose en principe que l'article 2037 n'est pas applicable aux codébiteurs solidaires; pour qu'il le soit, il faut une stipulation expresse.

N° 3. DE LA REMISE DE LA SOLIDARITÉ.

344. Le créancier qui peut renoncer à sa créance par la remise qu'il en fait en tout ou en partie, peut à plus forte raison renoncer à la solidarité, puisque chacun peut renoncer aux droits qui sont établis en sa faveur. On suppose naturellement qu'il a la capacité d'aliéner, car toute renonciation est un acte de disposition. La renonciation peut être absolue ou relative. Elle est absolue quand le créancier fait remise de la solidarité à tous les codébiteurs. La loi ne prévoit pas cette hypothèse, d'abord parce qu'elle ne se présentera guère: on ne stipule pas des droits utiles pour y renoncer ensuite. Puis l'effet d'une remise pareille est si simple, qu'il ne valait pas la peine de le formuler; si les codébiteurs sont déchargés de la solidarité, ils deviennent des débiteurs conjoints, c'est-à-dire qu'on leur applique le droit commun que nous avons exposé plus haut. La renonciation du créancier est rela-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 36 et suiv., § 298 *ter*. Demolombe, t. XXVI, p. 433, n° 499.

(2) Demolombe, t. XXVI, p. 434, n° 500.

tive quand il décharge seulement l'un de ses débiteurs de la solidarité; celle-là se conçoit, c'est un service qu'il rend au débiteur à qui il remet la solidarité, et ce service peut ne pas compromettre les intérêts du créancier si les codébiteurs qui restent tenus sont solvables ou ont donné des garanties.

La renonciation peut être expresse ou tacite. C'est le droit commun. On applique aussi le droit commun en ce qui concerne la renonciation, elle est de rigoureuse interprétation; car on n'admet pas facilement qu'un créancier renonce aux droits qu'il a stipulés, et surtout à la solidarité, qui est la condition sous laquelle il a contracté.

I. De la remise expresse.

345. Quand y a-t-il remise expresse? Cette question ne mériterait certes pas d'être posée, si ce n'était l'article 1210, dont le sens est vivement controversé. Une clause est expresse quand elle est stipulée en termes exprès. La remise de la solidarité est donc expresse quand le créancier déclare remettre la solidarité ou décharger de la solidarité tel débiteur. Peu importent les termes, puisqu'il n'y a jamais de termes sacramentels, mais il faut des termes quelconques. C'est ce que nous avons dit bien des fois quand la loi exige qu'une convention ou une clause soit expresse. Inutile d'y insister.

346. Quel est l'effet de la remise expresse de la solidarité? Ici nous entrons dans une série de difficultés. Il s'agit de savoir si l'article 1210 prévoit le cas d'une remise que le créancier fait de la solidarité. C'est notre avis. L'article 1210 est ainsi conçu: « Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité. » L'effet de la remise est donc celui-ci: le débiteur déchargé de la solidarité reste débiteur, mais il cesse d'être débiteur solidaire, il n'est plus débiteur que de sa part dans la dette. Toutefois, comme nous le dirons plus loin en expliquant l'article 1215, le débiteur, quoique