

lorsqu'il y a plusieurs cautions d'une même dette; nous y reviendrons au titre du *Cautionnement*.

III. *Effet de la subrogation à l'égard des cautions et des tiers détenteurs tenus hypothécairement de la dette cautionnée.*

123. La dette est garantie par un cautionnement et par une hypothèque. Si la caution la paye, elle est subrogée à tous les droits du créancier en vertu de l'art. 1251, n° 3; donc elle sera subrogée contre le tiers détenteur. Si le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette la paye, il est également subrogé par le même article aux droits du créancier; donc il sera subrogé contre la caution. Mais la caution et le tiers détenteur peuvent-ils être subrogés l'un contre l'autre? Si l'on s'en tenait à l'article 1251, il faudrait répondre affirmativement et décider que la caution qui paye la dette aura son recours contre le tiers détenteur; dans ce cas, le fardeau de la dette retomberait tout entier sur celui-ci, en ce sens qu'il n'aurait de recours que contre le débiteur qui le plus souvent sera insolvable, puisque le créancier, au lieu d'agir contre lui, s'est adressé à la caution, et que celle-ci a payé alors qu'elle pouvait demander la discussion des biens du débiteur. Dira-t-on que le tiers détenteur peut agir contre la caution? Alors il y aura un conflit de recours, d'où l'on ne pourrait sortir qu'en répartissant la dette entre la caution et le tiers détenteur, ce qui aboutirait à cette conséquence que l'on ne donnerait de recours à la caution qui a payé que déduction faite de la part qu'elle doit supporter dans la dette. La même difficulté se présente dans le cas où c'est le tiers détenteur qui paye la dette et qui exerce son recours contre la caution.

Le code ne décide pas formellement la question. Controversée dans l'ancien droit, elle l'est encore en droit moderne. Nous croyons qu'elle est tranchée par l'article 2037, lequel est ainsi conçu : « 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. » Il résulte

de cette disposition que la loi veut assurer à la caution les effets de la subrogation lorsque la créance est garantie par une hypothèque; or, quels sont les effets de la subrogation en ce qui concerne les hypothèques? Le créancier hypothécaire a un droit de préférence, et il exerce ce droit contre le tiers détenteur en vertu de son droit de suite. Donc la caution subrogée a une action récursoire contre le détenteur de l'immeuble hypothéqué, soit débiteur, soit tiers acquéreur; ce recours est considéré par la loi comme la condition de son cautionnement, en ce sens que la caution, en s'obligeant, a dû compter sur les garanties hypothécaires attachées à la créance qu'elle cautionne; de là la conséquence consacrée par l'article 2037 : le créancier ne peut pas la priver de ce recours hypothécaire. C'est dire que le créancier ne peut pas renoncer à l'hypothèque ni à l'inscription hypothécaire au préjudice de la caution. C'est dire encore que la caution ne perd pas son recours lorsque le débiteur aliène l'immeuble hypothéqué; le recours hypothécaire reste toujours la condition sous laquelle la caution s'est obligée; et si le créancier, par son fait, ne peut la priver de ce recours, à plus forte raison le débiteur ne le peut-il pas en aliénant l'immeuble hypothéqué. Notre conclusion est que la caution doit toujours avoir son recours contre le tiers détenteur de l'immeuble, donc c'est sur celui-ci que retombe le fardeau de la dette. En d'autres termes, le tiers détenteur ne peut jamais faire valoir la subrogation contre la caution; dans le conflit entre le tiers détenteur et la caution, la loi donne la préférence à la caution.

L'article 2037, ainsi interprété, consacre une exception aux effets de la subrogation : le tiers détenteur n'est point subrogé contre la caution. Cette préférence est-elle fondée sur un principe de droit? Nous croyons que la préférence que la loi accorde à la caution sur le tiers détenteur se justifie par la position de la caution. C'est le débiteur qui a consenti l'hypothèque, c'est donc lui qui est tenu personnellement et hypothécairement de la dette; la caution ne s'oblige que si cette obligation personnelle et réelle se trouve insuffisante. Tant que le débiteur possède

l'immeuble hypothéqué, cela n'est pas douteux, puisque l'action hypothécaire n'est, en ce cas, que l'accessoire de l'action personnelle. Quand le débiteur aliène, peut-il, par cette aliénation, modifier, altérer les droits de la caution? Non, certes. Reste à voir si le droit du tiers acquéreur ne doit pas contre-balancer le droit de la caution. Il achète un immeuble hypothéqué; la loi lui donne un moyen de s'affranchir de l'hypothèque, c'est la purge. S'il ne purge pas, il sait qu'il sera soumis à l'action du créancier ou à l'action subrogatoire de la caution. La publicité des hypothèques et des actes translatifs de propriété donne à l'acquéreur une connaissance complète de sa situation; détenteur d'un immeuble hypothéqué, il sait qu'il peut être évincé s'il ne purge pas; c'est donc par son propre fait qu'il reste soumis à l'action hypothécaire du créancier ou de la caution subrogée, il doit subir les conséquences de son fait. Ainsi la loi ne sacrifie pas le tiers détenteur à la caution, elle maintient à celle-ci ses droits. Il y aurait injustice à enlever à la caution le recours que la loi lui donne, parce que le tiers détenteur a négligé de se mettre à l'abri de ce recours (1).

A l'appui de l'interprétation que nous donnons à l'article 2037, nous invoquerons l'autorité de Pothier. Il est vrai que ce grand jurisconsulte a enseigné le pour et le contre sur la question que nous discutons. Dans son *Introduction à la Coutume d'Orléans* (titre XX, n° 37), il dit que le tiers détenteur peut renvoyer le créancier à la discussion préalable des biens de la caution. Dans son *Traité sur les Obligations* (n° 557), il donne à la caution la préférence sur le tiers détenteur, et c'est là la source de l'article 2037; ce n'est qu'en passant et sans discuter la question que Pothier décide le contraire dans son *Commentaire sur la coutume d'Orléans*; tandis qu'il discute longuement la question, dans son *Traité des obligations*, en équité et en droit, selon son habitude. Toutefois cette variation, ou cette contradiction chez un auteur aussi exact,

(1) Gautnier, p. 485, nos 445 et 446. Demolombe, t. XXVII, p. 589, n° 651. Colmet de Santerre, t. V, p. 383, n° 197 bis X.

prouve combien la question est difficile; le législateur aurait dû la trancher, au lieu de perpétuer la controverse par son silence.

124. Les objections contre l'opinion générale que nous avons adoptée ne manquent point, et on les puise dans les textes mêmes du code. Aux termes de l'article 2021, la caution jouit du bénéfice de discussion, elle ne doit payer qu'à défaut du débiteur, lequel doit être préalablement discuté dans ses biens. Quels sont les biens qui doivent être discutés? La caution doit les indiquer et, d'après l'article 2023, elle ne peut pas indiquer des biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. Cela paraît trancher la question. En réalité, l'objection est insignifiante. L'article 2023 concerne uniquement le bénéfice de discussion, la loi ne veut pas que l'action du créancier contre la caution soit entravée par une discussion difficile; voilà pourquoi elle exige que les biens soient situés dans l'arrondissement de la cour d'appel où le paiement doit se faire, et elle ne veut pas que la caution indique des biens litigieux, ni des biens possédés par des tiers détenteurs; cela ne regarde que les rapports du créancier et de la caution; cela est étranger aux droits de la caution quand elle a payé et qu'elle est subrogée au créancier. En effet, le créancier a le droit incontestable d'agir contre le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à sa créance; donc la caution qui lui est subrogée a le même droit.

125. On puise encore dans l'article 2170 une objection qui ne nous paraît pas plus sérieuse. Cet article donne aussi le bénéfice de discussion au tiers détenteur. Notre loi hypothécaire n'a pas maintenu ce bénéfice; mais la question doit être examinée et décidée au point de vue du code civil, puisqu'il s'agit d'interpréter le code. L'article 2170 porte que le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des *principaux obligés*, et en requérir la discussion préalable. Que faut-il entendre par *principaux*

obligés ? Troplong prétend que cette expression comprend les cautions, ce qui trancherait, au profit des tiers détenteurs, la difficulté que nous examinons. « Le fidéjusseur, dit-il, est, par rapport au tiers détenteur, un obligé principal, parce que le lien personnel, qui est le lien principal, l'enchaîne invinciblement, tandis que le tiers détenteur, n'étant pas obligé personnel, n'est jamais tenu qu'à titre d'accessoire. » Nous avons reproché parfois aux auteurs modernes de faire un nouveau code civil. Troplong crée un nouveau langage en même temps qu'il enseigne un nouveau droit. A l'entendre, la caution serait un *principal obligé*, c'est-à-dire un *débiteur principal*, tandis que le tiers détenteur serait un obligé *accessoire*. On a répondu à Troplong en l'accablant de textes. Quoi ! la caution est un *débiteur principal*, alors que l'article 2023 dit que la caution qui requiert la discussion doit indiquer les biens du *débiteur principal* ; alors que l'article 2039 dispose que la simple prorogation de terme accordée au *débiteur principal* ne décharge pas la *caution*. Quoi ! la caution n'est pas un obligé *accessoire*, parce qu'elle est obligée personnellement, comme si l'on ne pouvait pas s'obliger accessoirement tout en étant personnellement tenu. Il n'y a pas un article du titre du *Cautionnement* qui ne prouve que le cautionnement est une obligation accessoire à la dette principale. La définition même du cautionnement, qui ouvre le titre, dit que la caution s'oblige si le débiteur ne satisfait pas à son obligation, donc elle s'oblige accessoirement (art. 2011) ; voilà pourquoi l'article 2012 décide que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ; puis vient l'article 2013 qui dispose que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur. Nous nous arrêtons, parce que nous devrions transcrire le titre du cautionnement pour prouver une chose tellement élémentaire, qu'on a honte de la rappeler à un premier président de la cour de cassation. Troplong aime l'histoire et l'érudition ; il va chercher ses témoignages dans les interprètes du droit romain. Huberus place la caution parmi les obligés principaux lorsqu'ils se trouvent en présence du tiers détenteur. Si, au lieu de consulter

Huberus, Troplong avait ouvert Pothier, il y aurait lu, ce que l'on apprend aux élèves, que l'obligation des fidéjusseurs est une obligation *accessoire* à celle du débiteur *principal* ; et est-ce qu'un débiteur accessoire peut jamais devenir un débiteur principal (1) ?

Troplong insiste et dit que la caution est tenue personnellement, tandis que le tiers détenteur n'est tenu qu'hypothécairement, et que les obligés personnels sont liés plus étroitement que ceux qui ne sont tenus qu'à raison de la chose qu'ils détiennent. Cela est élémentaire, mais qu'est-ce que cela prouve ? Troplong est à côté de la question ; il s'agit de savoir si un bien que le débiteur avait hypothéqué à la dette, bien sur lequel la caution comptait pour sa garantie, cesse d'être une garantie pour la caution parce que le débiteur l'aliène. Qu'importe que la caution soit tenue personnellement ? Elle n'est aussi tenue qu'accessoirement ; il est juste que les biens hypothéqués par le débiteur répondent de la dette avant que l'on attaque la caution ; et si la caution doit payer, il est juste qu'elle ait son recours contre le tiers détenteur des biens que le débiteur avait affectés à la garantie de la créance. C'est l'opinion générale : la doctrine de Troplong n'a pas trouvé de partisans (2).

126. Faut-il appliquer les mêmes principes au cas où l'hypothèque a été consentie par un tiers sur son immeuble ? L'opinion générale assimile, dans ce cas, le tiers détenteur à une caution ; il est vrai qu'il n'est pas obligé personnellement, il ne s'est obligé qu'hypothécairement. Toujours est-il que sa situation est analogue à celle d'un fidéjusseur, c'est une caution réelle. Il faut donc appliquer l'article 2033 qui porte : « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. »

(1) Gauthier réfute péremptoirement tout ce que dit Troplong, p. 490, n° 452.

(2) Mourlon, p. 84 et suiv. Aubry et Rau, t. IV, p. 188, notes 84 et 85, § 321. Comparez Troplong, *des Hypothèques*, t. III, n° 796 ; *du Cautionnement*, n° 427.

Le principe même est très-contestable, du moins au point de vue des textes. Or, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit de déroger à la règle générale qui régit l'effet de la subrogation. Peut-on y apporter une exception sans un texte qui l'autorise? Nous avons admis une exception dans le cas prévu par le n° 2 de l'article 1251, mais c'est en prenant appui sur la tradition et sur les principes généraux de droit. Dans l'espèce, la tradition fait défaut. La difficulté consiste à savoir si l'on peut appliquer l'article 2033 à celui qui a hypothéqué son immeuble pour la dette d'un tiers. On dit que c'est une caution réelle; c'est la doctrine qui lui donne ce nom, la loi ne connaît qu'une caution, celle qui s'oblige personnellement; c'est de ces fidejusseurs que parle l'article 2033. Le tiers détenteur n'y est donc pas compris. Reste à savoir si l'article 2033 peut être étendu au tiers détenteur par voie d'analogie. En matière exceptionnelle, l'argumentation analogique n'est pas admise, parce qu'elle aboutirait à faire la loi. En veut-on la preuve dans la question même que nous discutons? D'après l'article 2033, la dette devrait se diviser entre la caution personnelle et le tiers détenteur, caution réelle, à raison de *leur part et portion*, c'est-à-dire par part virile, donc par moitié. Les auteurs n'admettent pas cette interprétation. La caution, disent-ils, s'est obligée pour toute la dette, tandis que le tiers détenteur n'est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble. Soit; il faut donc établir une proportion entre ces deux cautions inégalement tenues. Une dette de 25,000 francs est cautionnée par Pierre et garantie hypothécairement par Paul sur un immeuble qui vaut 12,500 fr. La proportion sera de 2 à 1, de sorte que la caution supportera les deux tiers de la dette et le tiers détenteur un tiers. Ainsi les auteurs s'écartent de l'article 2033 quand il s'agit de fixer la part contributive de la caution personnelle et de la caution réelle, et cependant l'article 2033 est le seul texte sur lequel on puisse se fonder pour déroger au principe de la subrogation (1).

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 385, n° 197 bis XI. Demolombe, t. XXV p. 593, n° 654.

Avouons-le, il y a une lacune dans la loi. La solution que nous combattons est très-juridique, mais elle est à l'adresse du législateur, à qui nous la recommandons; l'interprète ne peut l'accepter. Mais que fera le juge? Il devra maintenir ou le principe général de la subrogation, en subrogeant pour le tout celle des deux cautions qui aura payé la dette, de sorte que l'autre en sera seule tenue; ou il devra donner la préférence à la caution en vertu de l'article 2037, en la subrogeant contre l'acquéreur, tandis que le tiers détenteur ne serait pas subrogé contre la caution. Ce dernier système n'est guère admissible, puisque les motifs qui justifient la préférence donnée à la caution sur le tiers détenteur n'existent pas quand ce tiers détenteur est une caution réelle. Il faudra donc s'en tenir au principe de la subrogation qui, appliqué à l'espèce, est également injuste, car il n'y a aucune raison pour décharger celle des cautions qui paye la première aux dépens de l'autre.

Il y a encore le système de Troplong qui se prononce en faveur du tiers détenteur contre la caution. Nous croyons inutile de le discuter. Mourlon l'a réfuté de manière à lui enlever tout crédit, en supposant qu'il en ait jamais eu (1).

IV. Effet de la subrogation entre les tiers détenteurs.

127. Le débiteur constitue hypothèque sur plusieurs immeubles : il les vend à divers acquéreurs. L'un des tiers détenteurs, poursuivi hypothécairement, paye toute la dette. Sera-t-il subrogé? Oui, cela n'est pas douteux, l'article 1251, n° 3, le dit. Quels seront les effets de cette subrogation? En théorie, la question n'est pas douteuse; nous y avons répondu d'avance en enseignant, et c'est l'opinion générale, que le subrogé peut agir contre les tiers détenteurs des immeubles hypothéqués à la dette. Reste à savoir si un tiers détenteur peut exercer ce droit

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n° 427. Mourlon, *De la subrogation*, p. 426 433; Aubry et Rau, t. IV, p. 189, note 86, § 321.