

vant opposer le bénéfice de division, peut à plus forte raison opposer le bénéfice de l'article 1285, et elle conserverait ce droit quand même elle aurait renoncé au bénéfice de division; car il est toujours vrai de dire qu'il est de l'essence du cautionnement que chaque caution ne soit tenue que de sa part dans la dette (1).

On admet une exception pour le cas où la caution déchargée ne s'est engagée qu'après les autres. Il est vrai que, dans ce cas, les autres cautions n'ont pas pu compter sur un recours contre cette caution. Néanmoins nous préférons maintenir le principe que chaque caution n'est tenue que de sa part dans la dette. Le créancier, en faisant remise à l'une d'elles, ne peut pas aggraver la charge des autres, à quelque époque qu'elles se soient engagées (art. 2037). L'opinion contraire est cependant généralement suivie, et elle a pour appui l'autorité de Pothier (2).

**374.** « Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharger de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions » (art. 1288). Cette disposition est universellement critiquée. Elle s'écarte de la tradition et elle est contraire aux principes. Dumoulin disait très-bien que la convention par laquelle le créancier décharge l'une des cautions, moyennant le paiement d'une certaine somme, est un contrat aléatoire. Le créancier prend sur lui le risque de l'insolvabilité du débiteur principal et des autres cautions, et, de son côté, la caution est déchargée de ce risque qui l'obligerait à supporter toute la dette. Ce que le créancier stipule de la caution déchargée, il le reçoit donc à titre onéreux; partant il n'y a aucune raison pour l'imputer sur la dette. C'est enlever au créancier le bénéfice de son contrat, tout en laissant à sa charge le risque de l'insolvabilité (3). A ces conditions-là, le créancier n'accordera jamais la décharge à une caution.

Que répond-on à ces objections? On dit que cela sup-

(1) Mourlon, t. II, p. 751, n° 1435, et tous les auteurs.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 617.

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 618, et la note de Bugnet. Duranton, t. XII, p. 484, n° 379, et tous les auteurs.

pose que l'insolvabilité du débiteur principal était à craindre; mais comment prouver qu'il y avait des risques d'insolvabilité(1)? Nous répondons que par cela même que plusieurs cautions se sont obligées pour le débiteur principal, la solvabilité de celui-ci doit être plus ou moins douteuse. Et il faut bien supposer qu'il y a un risque quelconque, sinon le traité entre la caution et le créancier ne se conçoit pas. S'il n'y a absolument aucun risque, où est la caution qui consentira à payer quoi que ce soit au créancier pour être déchargée de son cautionnement?

L'orateur du Tribunal fait une autre réponse à Dumoulin; elle est singulièrement naïve. « Si, dit-il, le créancier recevait de la caution toute la dette, il n'aurait plus rien à demander à personne; pourquoi donc, quand il reçoit une partie, fût-ce en vue de l'insolvabilité apparente, n'en tiendrait-on pas également compte (2)? » Sans doute le créancier à qui il est dû 10,000 francs et qui reçoit ces 10,000 francs de l'une des cautions, ne peut plus rien demander à personne, par l'excellente raison que la dette est éteinte par le paiement. Mais s'il reçoit 1,000 francs pour décharger l'une des cautions, il ne reçoit rien sur sa dette; les 1,000 francs que lui donne la caution sont une compensation du risque dont elle était chargée et qu'elle met sur le compte du créancier.

N° 2. DE LA REMISE TACITE DES ARTICLES 1282 ET 1283.

**375.** La remise tacite qui résulte des articles 1282 et 1283 est réelle de son essence, elle ne saurait être personnelle. Quand le créancier remet son titre au débiteur ou à un coobligé, il est dans l'impossibilité absolue d'agir, en ce sens qu'il n'a plus de preuve littérale de sa créance. Se mettre dans l'impossibilité d'agir, c'est manifester la volonté de ne pas agir et de n'agir contre personne, puisqu'on n'a plus de preuve contre personne. Donc la remise de la dette est absolue ou réelle. On ne conçoit même

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 159 (Loché, t. VI, p. 175).

(2) Mouricault, *Rapport*, n° 40 (Loché, t. VI, p. 252).

pas qu'elle soit personnelle. Elle ne pourrait être personnelle qu'en vertu d'une réserve, c'est-à-dire d'une volonté expresse, et une manifestation de volonté expresse exclut la remise tacite.

**376.** Le code consacre une conséquence de ce principe dans l'article 1284. « La remise du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre à l'un des débiteurs solidaires a le même effet au profit de ses codébiteurs. » En remettant son titre à l'un des débiteurs solidaires, le créancier se trouve dans l'impossibilité de poursuivre non-seulement le débiteur à qui il a fait cette remise, mais tous ses codébiteurs; puisque par sa volonté il se désarme à l'égard de tous, sa volonté doit être de les libérer tous. Voilà ce que l'on peut dire pour justifier la décision de la loi (1). Ne faut-il pas ajouter une condition? La remise tacite est une convention aussi bien que la remise expresse, au moins quand elle constitue une libéralité, et toute convention exige un concours de consentement. Le débiteur doit accepter l'offre de libération que lui fait le créancier: cette acceptation, de même que l'offre, peut être tacite.

Le débiteur conjoint mais non solidaire pourrait-il invoquer le bénéfice de l'article 1284? On admet l'affirmative parce qu'il y a même raison de décider. Si les codébiteurs solidaires sont libérés, ce n'est pas parce qu'ils sont solidaires, c'est parce que le créancier s'est mis dans l'impossibilité de les poursuivre; or, cette même impossibilité existe quand les débiteurs sont simplement conjoints (2).

**377.** Par la même raison, les cautions sont libérées quand le créancier remet son titre au débiteur principal. La remise conventionnelle, c'est-à-dire expresse, est réelle à l'égard de la caution; à plus forte raison, la remise tacite doit-elle être réelle.

Quand la remise du titre a été faite à la caution, le débiteur principal est libéré. Nous avons dit que la remise

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 439, n° 233 bis II.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 207, note 31, § 323.

expresse faite à la caution pouvait être réelle si telle était la volonté du créancier. Dans l'espèce, telle est nécessairement sa volonté, puisque volontairement il se met dans l'impossibilité de poursuivre le débiteur principal, en remettant son titre à la caution. Si son intention était de libérer seulement la caution, il ferait une décharge expresse; en faisant une remise tacite, tous les obligés en doivent profiter, parce que tous sont à l'abri des poursuites du créancier, en ce sens qu'il s'est dépouillé de son titre à l'égard de tous (1). Toutefois, à notre avis, il faudrait l'acceptation du débiteur (n° 376).

**378.** Le codébiteur ou la caution à qui remise du titre a été faite a-t-il un recours contre les codébiteurs ou le débiteur principal? Ici reparait la difficulté que nous avons examinée plus haut (n° 350, suiv.). La remise du titre fait présumer la libération: est-ce la libération en suite d'un paiement, ou est-ce la libération gratuite? Dans le dernier cas, il ne peut pas s'agir d'un recours, tandis que le recours est de droit quand le codébiteur et la caution ont payé. Que faut-il présumer? Le paiement ou la libéralité? A notre avis, ni l'un ni l'autre. C'est à celui qui prétend qu'il a un recours en vertu d'un paiement à en faire la preuve, parce que la loi n'établit pas de présomption en sa faveur. Sur ce point, tout le monde est d'accord (2).

#### SECTION V. — De la compensation (3).

##### § 1<sup>er</sup>. Notions générales.

**379.** L'Exposé des motifs définit la compensation en ces termes: « C'est la libération respective de deux personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre. » Je vous dois 1,000 francs; vous devenez mon débiteur de

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 440, n° 233 bis III.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 440, n° 233 bis IV.

(3) Lair, *De la compensation dans le droit romain et le droit français* (Paris, 1862, 1 vol. in-8°). Desjardins, *De la compensation dans le droit romain et le droit français* (Paris, 1864, 1 vol. in-8°).