

controverse sur la nature de l'exception de discussion. Beaucoup d'auteurs soutenaient qu'elle était péremptoire, et ils en concluaient qu'elle pouvait être opposée en tout état de cause; un arrêt du parlement de Toulouse l'avait jugé ainsi. Pothier, au contraire, enseignait que l'exception était dilatoire, puisqu'elle tendait à différer l'action du créancier contre la caution, et non à l'exclure entièrement. Dans cette opinion, l'on appliquait la règle générale qui veut que toute exception dilatoire soit opposée avant la contestation en cause (1).

Le projet de code civil portait simplement que le créancier n'est obligé de discuter le débiteur que lorsque la caution le requiert, ce qui semblait permettre à la caution d'opposer l'exception en tout état de cause. Cette rédaction a été changée sur la proposition du Tribunal; il importe de constater quel a été le but du changement. On lit dans les Observations de la section de législation : « La section propose d'ajouter ces mots : *sur les premières poursuites dirigées contre elle*. Si, en effet, différentes poursuites ont eu lieu contre la caution, sans qu'elle ait requis la discussion des biens du débiteur, *elle est censée avoir renoncé* à la faculté que la loi lui donne. Le créancier ne doit pas être le jouet du caprice de la caution; il doit pouvoir achever la route dans laquelle le silence de la caution l'a laissé avancer (2). » Le Tribunal ne dit pas que le bénéfice de discussion est une exception dilatoire; si la caution ne peut plus opposer le bénéfice après les premières poursuites, c'est parce que son silence implique une renonciation; il faut donc voir si réellement le silence de la caution a cette signification; partant, la question se résout en une difficulté de fait. C'est la remarque de Merlin : « Il ne résulte pas, dit-il, de l'addition proposée par le Tribunal, que le code civil refuse la discussion au fidéjusseur lorsqu'il ne l'a pas proposée à l'entrée de cause; on doit seulement en conclure qu'il ne peut pas en exciper lorsqu'il a élevé des contestations propres à faire présumer qu'il a renoncé à

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Caution*, § IV, n° 1 (t. III, p. 470). Pothier, *Des obligations*, n° 410. Pont, t. II, p. 89, n° 167.

(2) Observations du Tribunal, n° 5 (Loché, t. VII, p. 412).

cette exception. » Merlin ajoute que le texte du code n'implique pas que le bénéfice de discussion doive être opposé *in limine litis*; les mots *sur les premières poursuites* ne sont pas synonymes de l'expression *entrée de cause*. C'est donc une question de fait. Généralement il y aura renonciation au bénéfice si la caution intéressée à l'opposer de suite, ne le fait point. Toutefois il se peut qu'elle n'ait pas entendu renoncer à un bénéfice que, dans les circonstances de la cause, elle ne pouvait pas même faire valoir. Merlin donne cet exemple. La caution prétend que le cautionnement est nul, elle plaide et succombe. Peut-elle encore opposer l'exception de discussion? Merlin répond que cela n'est pas douteux. En effet, la caution qui soutient que le cautionnement est nul, se trouve dans l'impossibilité d'opposer le bénéfice de discussion, puisque en l'opposant elle reconnaîtrait qu'elle est caution, tandis qu'elle prétend qu'elle ne l'est point (1).

212. « La caution qui requiert la discussion doit avancer les deniers suffisants pour la faire » (art. 2023). Cette condition est une de celles qui ont été vivement attaquées au sein du Tribunal : assujettir la caution, disait le tribun Goupil-Préfeln, à faire l'avance des frais qu'exigera la discussion, c'est lui accorder d'une part un bénéfice, et de l'autre le lui enlever implicitement. Chabot lui répondit, et la réponse est péremptoire : « En faveur de qui est faite la discussion des biens du débiteur? Ce n'est pas en faveur du créancier, puisqu'elle le force à des poursuites désagréables et qu'elle éloigne le paiement de la dette lorsqu'il pourrait, à l'instant même, contraindre la caution au paiement. La discussion n'est donc faite que pour le fidéjusseur; elle n'a d'autre objet que de l'exempter du paiement; elle ne profite qu'à lui, puisqu'elle lui procure sa décharge, ou au moins un délai. N'est-il pas juste qu'il avance les fonds nécessaires pour une discussion qui n'est admise que dans son intérêt? »

On demande si la caution doit offrir d'avance les frais

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Caution*, § IV, n° 1. Duranton, t. XVIII, p. 347, n° 334. L'opinion de Merlin est suivie par tous les auteurs.

au moment où elle requiert la discussion? La cour de cassation s'est prononcée pour la négative, et nous croyons qu'elle a bien jugé. Il n'appartient pas à l'interprète de créer des formalités ni des conditions; et celles que la loi prescrit ne peuvent pas être étendues ni aggravées. Or, l'article 2023 ne parle que de l'offre des frais; cela est décisif. Telle est aussi la tradition. Il y a un arrêt contraire de la cour de Bordeaux, et l'on prétend que cette décision est dans l'esprit de la loi (1). C'est avouer que le texte garde le silence; or, l'esprit de la loi ne suffit point pour prescrire des conditions que la caution serait tenue de remplir sous peine de déchéance.

213. « La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal » (art. 2023). De quels biens s'agit-il? Puisque la loi parle des biens en général, il faut en conclure que la caution peut indiquer des biens meubles. C'est l'opinion générale et elle a une base inébranlable, celle du texte (2). Toutefois Zachariæ dit que la caution, d'après la nature des choses, ne peut ordinairement indiquer au créancier que des immeubles, car pour les autres biens il y a toujours doute s'ils suffisent pour le paiement. Le motif nous paraît aussi erroné que l'opinion à l'appui de laquelle on l'invoque. Où est-il dit que les biens indiqués par la caution doivent être suffisants pour le paiement intégral de la dette? C'est une condition que la loi ignore et que l'interprète n'a certes pas le droit de prescrire. Aussi Zachariæ a-t-il été abandonné sur ce point par ses traducteurs (3). On pourrait objecter que, dans l'opinion générale, le créancier recevra un paiement partiel et qu'il a droit à un paiement intégral. Notre réponse est dans le texte de la loi. En donnant le bénéfice de discussion à la caution, la loi autorise implicitement un paiement jusqu'à concurrence des biens du débiteur, donc un paiement partiel, si les biens sont insuffisants pour désintéresser le créancier. Mais ce paiement n'est partiel qu'en apparence, car à l'instant même où le

(1) Voyez les autorités, en divers sens, dans Pont, t. II, p. 94, n° 175.

(2) Duranton, t. XVIII, p. 355, n° 338, et tous les auteurs.

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 68, note 7.

créancier le reçoit, il peut demander que la caution le complète (1).

214. L'article 2023 porte que la caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal; donc *tous* les biens. C'est la doctrine de Pothier: l'indication des biens, dit-il, doit se faire en une fois; la caution doit y comprendre tous les biens qu'elle veut que le créancier discute; elle ne serait pas recevable, après la discussion de ceux qu'elle a indiqués, à en indiquer d'autres. Cette opinion est admise par les auteurs modernes. Toutefois il faut faire une restriction. La caution ne peut pas être tenue à l'impossible; quand la loi dit qu'elle doit indiquer les biens du débiteur, elle suppose qu'elle les connaît; si elle ne les connaît pas, ou si le débiteur acquiert de nouveaux biens, il ne peut être question d'obliger la caution de les indiquer: à l'impossible personne n'est tenu (2). Il y a plus, il nous paraît même difficile de décider, comme le fait Pothier, que la caution doit faire l'indication de tous les biens qu'elle connaît, sous peine de déchéance; la loi ne prononce pas la déchéance, elle ne dit pas même en termes positifs que l'indication doit comprendre tous les biens. Donc, tout ce que l'on pourrait conclure d'une indication incomplète, c'est que la caution serait, à la vérité, admise à indiquer des biens qui y étaient omis, mais qu'elle serait tenue des dommages-intérêts si cette indication tardive causait un préjudice au créancier. Cela est aussi fondé en raison: dans le système du bénéfice de discussion, on ne comprend pas que le créancier agisse contre le débiteur, alors que celui-ci possède des biens suffisants pour satisfaire à l'obligation du créancier; il faut donc que la discussion épuise son patrimoine; seulement cette discussion doit se concilier avec l'intérêt du créancier (3).

215. L'article 2023 énumère des biens du débiteur que la caution ne peut pas indiquer. D'abord elle ne peut indiquer des biens situés hors de l'arrondissement de la cour

(1) Duranton, t. XVIII, p. 355, n° 338.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 411.

(3) Comparez, en sens divers, Pont, t. II, p. 95, n° 179, et les autorités qu'il cite.

d'appel du lieu où le paiement doit être fait. Le législateur veut, comme le dit le rapporteur du Tribunat, que la discussion soit courte et facile; donc il a dû écarter la discussion de biens dont l'éloignement rendrait la réalisation difficile.

La loi ne permet pas non plus à la caution d'indiquer des biens litigieux; Chabot en donne la raison: le créancier ne peut pas être forcé à soutenir des procès qui peuvent être longs et incertains, lorsqu'il a dû compter sur l'exécution que lui a promise la caution. Il ne faudrait pas conclure de là que les biens ne sont litigieux que lorsqu'ils font déjà l'objet d'un procès (art. 1701); la loi ne définissant pas ce qu'elle entend dans l'article 2023 par biens litigieux, s'en rapporte par cela même à l'appréciation des tribunaux (n° 190). Il a été jugé que des biens échus par succession au débiteur, mais encore indivis, étaient des biens litigieux dans le sens de l'article 2023 (1); en effet, des biens indivis ne peuvent être expropriés, il faut avant tout demander le partage, ce qui peut conduire à une instance judiciaire (art. 2025).

Enfin la loi n'admet pas à la discussion des biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. Chabot donne pour motif qu'il pourrait y avoir un long débat avec les détenteurs de ces biens et avec les créanciers. Cette condition avait été critiquée au sein du Tribunat. Le rapporteur se borna à répondre que l'équité exige que la discussion ne soit ni longue ni difficile. On peut ajouter que la possession du tiers acquéreur est aussi favorable que l'exercice du bénéfice de discussion; voilà pourquoi le code civil accordait au tiers détenteur le bénéfice de discussion qui suspendait la vente de l'héritage (art. 2170) (2). La loi hypothécaire belge n'a pas maintenu ce bénéfice.

216. Pothier demande si celui qui a cautionné l'un des codébiteurs solidaires peut exiger que le créancier discute

(1) Toulouse, 9 mars 1819 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 196). Comparez jugement du tribunal de Bruges, 2 août 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 299).

(2) Duranton t XVIII, p. 356, n° 338.

les biens possédés par les autres codébiteurs. Il décide la question affirmativement, par une raison d'équité et par un motif de droit. Pothier insiste sur la raison d'humanité, comme il dit. Il est équitable qu'une dette soit payée par ceux qui en sont les véritables débiteurs et qui profitent du contrat, plutôt que par ceux qui en sont débiteurs pour autrui; le bénéfice de discussion n'a pas d'autre fondement. C'est pourquoi il est de l'humanité que le créancier, lorsque cela lui est à peu près indifférent, épargne ce désagrément à la caution, et se fasse payer par le véritable débiteur. Cette argumentation donne une idée de la manière de Pothier: il aime à décider en équité, plutôt que d'après la rigueur du droit. Mais ce que Pothier pouvait faire, en l'absence d'une loi, les interprètes du code civil ne le peuvent plus. Nous en avons fait plus d'une fois la remarque; les questions de droit ne se décident plus par l'équité, elles se décident par les textes et par les principes qui en découlent. Il s'agit de savoir, non s'il est équitable que le créancier discute les biens des codébiteurs solidaires qui ne sont pas cautionnés, mais si la caution peut l'y contraindre. Pothier, lui-même, ne se contente pas de l'équité, il cherche à l'appuyer sur le droit. On peut même dire, ajoute-t-il, que celui qui s'est rendu caution pour l'un des débiteurs solidaires, est aussi, *en quelque façon*, caution des autres; car l'obligation de tous les débiteurs solidaires n'étant qu'une même obligation, la caution, en accédant à l'obligation de l'un, accède à l'obligation de tous (1). Voilà une argumentation peu digne de Pothier; il n'ose pas décider que la caution de l'un des codébiteurs solidaires est caution des autres; il se contente d'un *en quelque façon*. C'est avouer que la caution de l'un n'est pas caution des autres; et comment le serait-elle? Est-ce que le cautionnement n'est pas un contrat intervenu entre le codébiteur cautionné et le fidéjusseur? et le fidéjusseur peut-il se prévaloir de ce que le débiteur qu'il a cautionné a des codébiteurs qui sont restés en dehors de la convention? Une convention peut-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 412, suivi par Troplong, Massé et Vergé, Taulier et Dalloz. En sens contraire, Bugnet sur Pothier, et Pont, t. II, p. 97, n° 183.

elle avoir un effet quelconque à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties? Sans doute, l'obligation de tous les codébiteurs n'est qu'une seule et même obligation, mais en quel sens et à l'égard de qui? A l'égard du créancier et pour le paiement de la dette principale; cela n'empêche pas qu'il y ait autant de liens particuliers qu'il y a de débiteurs, et que chacun des codébiteurs puisse être tenu différemment de l'autre (art. 1201); à plus forte raison le créancier peut-il stipuler des garanties de l'un, qu'il ne stipule pas des autres. La caution n'est donc liée qu'à l'égard du codébitéur qu'elle a cautionné : les autres lui sont étrangers; et l'on veut qu'elle puisse renvoyer le créancier à discuter leurs biens! Ce qui nous surprend encore plus que l'opinion de Pothier, c'est qu'elle ait trouvé des partisans sous l'empire du code civil, alors que l'article 2030 exige que le fidéjusseur ait cautionné tous les débiteurs solidaires pour avoir recours contre chacun pour la totalité. Donc la caution n'a pas de recours solidaire contre ceux qu'elle n'a point cautionnés. Voilà le vrai principe, et il est élémentaire : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.

217. Qu'arrivera-t-il si la caution a indiqué les biens du débiteur principal et que le créancier ne les discute pas? Le créancier aura-t-il action contre la caution si le débiteur devient insolvable? L'article 2024 décide la difficulté en ces termes : « Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par l'article précédent, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites. » Il y a eu sur ce point une longue discussion au conseil d'Etat; nous croyons inutile d'analyser le débat; le principe que le code a consacré a été exposé d'une manière claire et nette par Tronchet, il suffit de reproduire son explication, c'est le commentaire authentique de la loi (1).

(1) Séance du conseil d'Etat, du 23 frimaire an XII, n° 5 (Loché, t. VII, p. 408).

La caution doit payer pour le débiteur. Telle est la règle générale. Le bénéfice de discussion lui donne seulement la faculté de prouver que le débiteur peut payer, et alors l'équité exige que le créancier discute les biens du débiteur principal. Pour l'exercice de ce droit, la loi veut que la caution indique les biens et qu'elle avance les frais. Quand ces conditions sont remplies, le créancier doit faire les poursuites nécessaires. Tronchet dit que, dans ce cas, le créancier devient le mandataire de la caution et que, par suite, il est responsable de l'inexécution de son mandat. Ne serait-il pas plus vrai de dire que l'obligation de discuter est une obligation légale? La discussion étant un droit pour la caution, il en résulte une obligation pour le créancier; et le droit, de même que l'obligation corrélatrice, ont leur principe dans la loi. Si le créancier ne fait pas de poursuites, il manque à son obligation, et il en doit être responsable. Reste à préciser les conditions sous lesquelles cette obligation lui incombe et quelles sont les conséquences de son inexécution.

Les conditions sont celles que la loi exige pour le bénéfice de discussion, c'est-à-dire l'indication des biens à discuter et l'avance des frais. Sur ce dernier point il faut remarquer que la caution n'est pas tenue de faire l'offre des frais; mais si elle n'y est pas obligée, l'on voit qu'elle a grand intérêt à offrir spontanément l'avance. En effet, le créancier n'est légalement obligé à discuter les biens que si les frais lui ont été avancés, et il n'est responsable du défaut de poursuites que sous cette condition. Quand la caution a satisfait à la loi, le créancier est tenu de discuter les biens qui lui ont été indiqués. S'il y a des biens qui ne lui ont pas été indiqués, il n'est pas responsable pour ne les avoir pas discutés; de sorte que la caution a aussi intérêt à indiquer tous les biens du débiteur.

Quant à la responsabilité que le créancier encourt s'il ne fait pas les poursuites, l'article 2024 dit qu'il est responsable jusqu'à concurrence des biens indiqués, bien entendu de la valeur libre de ces biens, et déduction faite des frais que la poursuite aurait entraînés. La responsabilité est toujours limitée par le préjudice qui résulte de l'inexé-

cution de l'obligation; c'est à la caution de prouver quel est ce préjudice, c'est-à-dire ce que la discussion des biens aurait produit : elle reste tenue de l'excédant, s'il y en a. Il va sans dire que le bénéfice de discussion ne décharge pas la caution; Tronchet en a fait la remarque, et la chose est évidente; si les biens du débiteur ne suffisent pas à l'acquittement de la dette, la caution est forcée de compléter le paiement.

218. La cour de cassation a fait l'application de l'article 2024 dans une espèce qui présentait un léger doute; pour mieux dire, les lois sont claires, c'est la mauvaise interprétation qu'on leur donne qui a fait porter l'affaire jusque devant la cour de cassation. Dans l'espèce, la caution avait requis la discussion d'une maison grevée d'une hypothèque spéciale et de deux pièces de terre, non hypothéquées; le créancier ayant restreint la discussion à la maison, la cour de Pau le déclara responsable du défaut de poursuite. Devant la cour de cassation on soutint que l'arrêt attaqué avait violé l'article 2209, qui porte : « Le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués. » La cour répond que la question à résoudre était décidée, non par l'article 2209, mais par l'article 2024. En effet, il ne s'agissait pas d'un créancier hypothécaire qui exproprie son débiteur et qui se trouve en conflit avec des créanciers personnels : c'est là le cas de l'article 2209. Il s'agissait de l'obligation que la loi impose au créancier de discuter les biens du débiteur principal quand la caution en demande la discussion : c'est le cas de l'article 2024, et cet article veut que la caution indique tous les biens du débiteur, sans distinguer entre les biens hypothéqués et les biens non hypothéqués, et le créancier est obligé de discuter tous les biens dont la caution a fait l'indication. Le pourvoi, qui reprochait à la cour d'appel d'avoir violé l'article 2209, en faisait lui-même une fausse application.

(1) Rejet, 8 avril 1835 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 202).

§ II. *Du bénéfice de division.*

N° 1. LE PRINCIPE.

219. Plusieurs personnes se rendent cautions du même débiteur pour une même dette. L'obligation de payer la dette se divise-t-elle entre les cofidésseurs? L'article 2025 dispose que les cautions sont obligées chacune à toute la dette. Néanmoins, dit l'article 2026, chacune d'elles peut exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution. Ainsi la division de l'obligation entre les cofidésseurs ne se fait pas de plein droit, elle n'a lieu que sur la demande de la caution poursuivie par le créancier. La caution peut être actionnée pour le tout, mais elle a le droit d'exiger que le créancier divise son action; c'est ce qu'on appelle le bénéfice de division.

Les dispositions des articles 2025 et 2026 dérogent aux principes généraux qui régissent les obligations contractées par plusieurs personnes. Quand plusieurs débiteurs principaux s'obligent conjointement pour une dette, ils ne sont tenus chacun que pour sa part, à moins qu'il n'y ait stipulation de solidarité. La division entre les débiteurs d'une même dette se fait donc de plein droit, tandis que, entre cofidésseurs, la division est un bénéfice qui n'a lieu que si la caution le requiert. C'est le principe traditionnel. Pothier constate la différence que nous venons de signaler entre les codébiteurs et les cofidésseurs, et il en demande la raison. Il répond qu'il est de la nature du cautionnement que la caution s'oblige à tout ce que doit le débiteur principal; par conséquent chacune des cautions est censée contracter cet engagement, à moins qu'elle ne déclare expressément qu'elle ne s'oblige que pour partie. Il nous semble que c'est répondre à la question par la question. On demande pourquoi les cofidésseurs sont tenus chacun pour le tout, alors que les codébiteurs ne sont tenus que pour leur part et portion, et l'on répond que chaque caution est obligée pour le tout, parce que cela résulte de la nature