

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

du cautionnement. Sans doute, quand il n'y a qu'une caution, elle répond de toute la dette, de même que le débiteur unique doit payer la dette entière; mais lorsqu'il y a plusieurs cautions, pourquoi l'obligation de payer une dette divisible ne se divise-t-elle pas entre elles, comme elle se divise entre les débiteurs principaux? Il est certain que la raison que Pothier emprunte à Vinnius ne répond pas à la question. Domat dit aussi que si plusieurs se rendent caution d'une même dette, chacun répond du tout, parce que chacun promet la sûreté de toute la dette; c'est dire que chaque cofidésuséur est tenu du tout, parce qu'il est tenu du tout. Domat ajoute que l'obligation des cofidésuséurs est naturellement *solidaire* entre eux (1). C'est trop dire; il n'y a pas de véritable solidarité entre cautions, comme nous le dirons plus loin. Et si l'on admet la solidarité, il en résulte une nouvelle anomalie. Le premier effet de la solidarité est que le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, *sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division*. Cela est de l'essence de la solidarité (art. 1203), tandis que les cofidésuséurs ont le bénéfice de division. L'obligation des cofidésuséurs n'est donc pas solidaire; si chacun d'eux est tenu pour le tout, chacun aussi peut demander la division. Ainsi l'obligation des cofidésuséurs ne diffère qu'en un point de l'obligation des codébiteurs: entre les débiteurs la division est de droit, et entre les cofidésuséurs elle se fait sur la demande de la caution. Nous demandons la raison de cette différence.

Au conseil d'Etat le principe traditionnel fut adopté sans discussion. Le Tribunal, moins enchaîné à la tradition, se partagea (2); au sein de la section de législation, on demanda que l'on appliquât aux cofidésuséurs le principe qui régit les codébiteurs, c'est-à-dire la division de l'obligation de plein droit. A l'appui de cette proposition on dit que les cautions ne doivent pas être traitées avec moins de faveur que les débiteurs principaux. Or, chaque obligé est censé

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 415. Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. II, n° 6.

(2) Observations du Tribunal, n° 7 (Loché, t. VII, p. 413).

ne s'être engagé que pour sa part, sauf stipulation de solidarité. N'en doit-il pas être de même de chaque caution? Le projet admettait cette division si les cautions la demandent; on la trouvait donc juste; et si elle est juste, n'est-il pas plus simple de l'établir de plein droit? Si la caution peut obtenir la division quand elle la demande, on ne voit pas pourquoi elle ne l'aurait pas sans la demander; si, au contraire, il répugne que la division ait lieu de plein droit, parce que chaque caution s'est obligée pour le tout, cette raison devrait également empêcher qu'en aucun cas le bénéfice de division ne fût accordé.

Cette argumentation nous paraît irréfutable et, en réalité, on n'y a pas répondu. Que dit-on au Tribunal pour l'opinion que le code a consacrée? C'est la tradition. Soit, mais le principe traditionnel est-il fondé en droit et en raison? En droit, on répond que les cofidésuséurs diffèrent des débiteurs; quand ceux-ci s'obligent conjointement, ils ne sont censés s'obliger que pour leur part virile, donc divisément; tandis qu'il est de la nature du cautionnement que chaque cofidésuséur s'oblige pour toute la dette, la définition de l'article 2011 le dit. Non, la loi ne dit pas ce qu'on lui fait dire; elle suppose qu'il n'y a qu'une caution, s'il y en a plusieurs, elles garantissent aussi le paiement de toute la dette, mais cette garantie se divise entre eux. Quant au bénéfice de division, dit-on, ce n'est qu'une grâce; on ne peut pas l'invoquer contre le principe. Notre réponse est toujours la même: pourquoi la division n'est-elle qu'une grâce? Nous demandons un motif juridique qui justifie la tradition, et on nous répond par la tradition (1). La question ayant été mise aux voix, il y eut partage, ce qui entraîna le maintien du principe traditionnel.

220. Il reste un doute sur la nature de l'obligation des cofidésuséurs: sont-ils débiteurs solidaires? Domat les qualifiait ainsi (n° 219); et l'article 2025 semble reproduire la doctrine traditionnelle, en disant que les cautions sont tenues chacune à toute la dette. Néanmoins il faut décider que les cofidésuséurs ne sont pas tenus solidairement. En

(1) Comparez Delvincourt, t. III, p. 257, note 2.

effet, la définition que l'article 1200 donne de la solidarité ne s'applique pas à l'obligation des cofidėjusseurs. Pour qu'il y ait solidarité, il faut que chaque débiteur puisse être contraint pour la totalité; or, les cofidėjusseurs ne peuvent pas être contraints à payer toute la dette, puisqu'ils ont le droit d'exiger que le créancier divise son action (art. 2026); tandis que, en cas de solidarité, le débiteur actionné par le créancier ne peut pas lui opposer le bénéfice de division (art. 1203).

La situation des cofidėjusseurs est tout à fait anormale. Ils sont obligés chacun à toute la dette, et ils ne peuvent pas être contraints à payer toute la dette. En quel sens sont-ils donc obligés à toute la dette? Pothier répond que chaque fidėjusseur est véritablement débiteur du total de la dette avant que la division ait été prononcée par le juge sur l'exception opposée par la caution; il en résulte que si l'un des fidėjusseurs a payé toute la dette, il n'a aucune répétition à exercer contre le créancier pour les parts de ses cofidėjusseurs, car il a payé ce qu'il devait (1).

Mais l'obligation des cofidėjusseurs ne produit pas les véritables effets de la solidarité. L'article 1203, qui ne permet pas aux codébiteurs solidaires d'opposer le bénéfice de division, n'est pas applicable aux cofidėjusseurs, puisqu'ils jouissent du bénéfice de division. Par suite, les articles 1205, 1206 et 1207 ne sont pas non plus applicables aux cofidėjusseurs; car ces dispositions supposent que chaque débiteur est réellement tenu de toute la dette, tandis que les cautions ne peuvent être contraintes qu'au paiement de leur part virile. C'est l'opinion générale (2). Troplong enseigne que les cofidėjusseurs sont tenus *in solidum*; le mot, dit-il, est légal. Et quelle est la loi qui déclare les cofidėjusseurs solidaires? Ce sont les Institutes. Nous croyions que le code civil était notre seule loi. Après cela, Troplong avoue que les cofidėjusseurs ne sont pas de véritables débiteurs solidaires, et que le bénéfice de division leur donne quelque chose de mixte et d'anormal. Puis il ajoute qu'ils

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 426.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 685, note 20, § 426, et les auteurs qu'ils citent.

appartiennent à la classe des débiteurs solidaires, plutôt qu'à la classe des débiteurs ordinaires (1). Que sont-ils en définitive? On ne le sait. Il faut ajouter que le vrai coupable c'est le législateur.

221. L'article 2026 définit le bénéfice de division: chaque cofidėjusseur peut exiger que le créancier divise son action, et la division se fait, comme entre les codébiteurs, pour la part et portion de chaque caution. Comment concilier ce bénéfice avec le principe établi par l'article 2025, d'après lequel chaque caution est obligée à toute la dette? Les orateurs chargés d'expliquer les motifs de la loi sont très-embarrassés quand il s'agit de justifier le bénéfice de division. Treilhard dit, dans l'Exposé des motifs: « Les cautions, sans contredit, sont tenues de toute la dette. Il suit bien de là que si, parmi plusieurs cautions, une seule se trouvait solvable, elle supporterait la totalité de la charge; mais, si plusieurs cautions sont en état de payer, pourquoi le créancier ne demanderait-il pas sa part à chacune? Il a voulu assurer son paiement, il ne court aucun risque quand plusieurs des cautions sont solvables; la division de l'action ne lui porte, dans ce cas, aucun préjudice, et on a pu l'admettre sans blesser l'objet du cautionnement (2). » L'orateur du gouvernement se place sur le terrain de l'intérêt pour expliquer une règle de droit; cela n'est pas logique. C'est aux parties contractantes de veiller à leurs intérêts; la loi doit déterminer les conséquences qui résultent de la nature des conventions. A ce point de vue, la division de l'obligation entre les fidėjusseurs est plus qu'un bénéfice, c'est le droit commun. Ainsi considérée, la division s'explique d'elle-même; tandis que, dans le système du code, la division est une exception, et l'exception est une anomalie inexplicable. Chabot se borne à dire, dans son rapport au Tribunal, que le bénéfice de division ne cause aucun préjudice au créancier. Cela est vrai, mais la conséquence logique devait être de la consacrer comme droit commun, sauf au créancier à stipuler la solidarité si le droit commun ne lui offrait pas une suffisante garantie.

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n° 290.

(2) Treilhard, Exposé des motifs, n° 15 (Loché, t. VII, p. 418).

N^o 2. CONDITIONS DU BÉNÉFICE DE DIVISION.

222. La division est un bénéfice, donc une exception que la caution doit opposer au créancier. Celui-ci a le droit d'agir pour le tout contre chaque caution en vertu du principe que les cautions sont obligées chacune à toute la dette (art. 2025), sauf à la caution actionnée d'opposer l'exception de division. Tant que le créancier n'agit point, les cautions restent sous l'empire de ce principe. Donc, avant l'action et avant l'exception opposée à l'action, chaque caution est débitrice de toute la dette. Le rapporteur du Tribunal le dit, et cela est d'évidence. Il suit de là que la caution ne serait pas admise, avant toute poursuite judiciaire, d'offrir le paiement de sa part dans la dette; le créancier pourrait refuser des offres partielles; en effet, celui qui fait des offres doit offrir ce qu'il doit (art. 1258, 3^o), et la caution doit toute la dette (1). Il suit du même principe que si l'une des cautions devient insolvable avant que le bénéfice de division ait été opposé, la perte résultant de l'insolvabilité retombe sur les cautions solvables; c'est ce que dit le deuxième alinéa de l'article 2026; il n'en est pas de même si l'insolvabilité survient après la division, car la division a pour effet que la caution n'est plus débitrice que de sa part virile dans la dette.

223. Quelles sont les conditions requises pour que la caution jouisse du bénéfice de division? L'article 2026 n'en prescrit qu'une seule, c'est que la caution exige que le créancier divise son action. La loi ne dit pas, comme elle le fait pour le bénéfice de discussion, que la caution doit opposer le bénéfice sur les premières poursuites dirigées contre elle. Pothier donne la raison de cette différence; l'exception de division, dit-il, tient plus des exceptions péremptoires que des exceptions dilatoires, puisqu'elle tend à exclure entièrement l'action du créancier contre celui qui l'oppose pour les parts de ses cofidésseurs. La caution

(1) Chabot, Rapport, n^o 18 (Loché, t. VII, p. 425. Pont, t. II, p. 105, n^o 195).

peut demander la division jusqu'à ce qu'elle ait été condamnée. Mais elle ne peut plus l'exiger, une fois que la sentence est prononcée. En se laissant condamner pour le tout, sans se prévaloir du bénéfice de division, la caution y renonce implicitement; en effet, elle doit exiger la division pour jouir du bénéfice; si elle ne l'exige pas, elle reste, ce qu'elle est de droit, débitrice du total, et, condamnée en cette qualité, elle doit payer. Cela suppose que le jugement est passé en force de chose jugée. Si la caution interjette appel, le jugement est anéanti, et, par suite, les droits de la caution restent entiers; elle pourra donc, en appel, opposer le bénéfice de division, comme elle peut opposer toute exception péremptoire. C'est l'opinion commune (1).

Que faut-il décider si le créancier agit contre la caution, en vertu d'un titre exécutoire, sans recourir à la justice? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Les uns disent que la caution peut se prévaloir du bénéfice de division tant qu'elle n'a pas payé toute la dette. D'autres ajoutent une restriction; d'après eux, la caution ne serait plus recevable à opposer la division après la vente de ses biens (2). Il nous semble que les deux décisions sont trop absolues. Pourquoi admet-on que la caution poursuivie par le créancier peut opposer le bénéfice de division jusqu'à la sentence du juge? C'est parce que l'on suppose que la caution maintient tous ses droits en se défendant contre l'action du créancier. Mais la caution peut renoncer à un droit qui n'est qu'une faveur; elle peut renoncer, en principe, jusqu'à ce qu'elle ait payé ou qu'elle ait été condamnée à payer; toutefois avec une restriction, c'est que sa défense n'implique pas une renonciation. En ce sens, la question de renonciation est de fait plutôt que de droit; le juge décidera d'après les agissements de la caution. Seulement il y a une limite à laquelle la renonciation devient impossible, c'est celle du paiement ou de la condamnation passée en force de chose jugée.

(1) Pothier, *Des obligations*, n^o 425. Duranton, t. XVIII, p. 367, n^o 348. Pont, t. II, p. 106, n^{os} 198 et 200.

(2) Voyez, en sens divers, Ponsot, p. 244, n^o 222. Duranton, t. XVIII, p. 368, n^o 348, et Pont, t. II, p. 108, n^o 201.

224. La loi n'exige pas que la caution qui oppose le bénéfice de division fasse l'avance des frais que le créancier devra faire en agissant contre les autres fidéjusseurs. Quelle est la raison de la différence que la loi fait, sous ce rapport, entre l'exception de division et le bénéfice de discussion? Elle tient à la nature des deux exceptions. La dernière est une exception dilatoire; elle a lieu uniquement dans l'intérêt de la caution, et elle déroge au droit strict du créancier; il est donc juste que la caution fasse l'avance des frais. L'exception de division, au contraire, est péremptoire, le créancier n'a plus d'action contre le fidéjusseur qui la lui oppose que pour sa part virile; à vrai dire, c'est un droit pour la caution plutôt qu'un bénéfice; il eût été injuste d'obliger la caution à avancer les frais d'une poursuite qui lui est tout à fait étrangère (1).

225. L'article 2026 porte que la caution peut opposer le bénéfice de division, à moins qu'elle n'ait renoncé à ce bénéfice. Elle y peut renoncer, puisque c'est une faveur que la loi lui accorde. La renonciation expresse est usuelle dans les actes de cautionnement. Elle peut aussi être tacite. C'est le droit commun (n° 206). Quand les cautions s'obligent solidairement, elles renoncent par cela même au bénéfice de division (art. 1203). Cela prouve que les cofidéjusseurs ne sont pas solidaires par le fait seul du cautionnement.

226. Le créancier, de son côté, peut renoncer à l'action pour le tout qu'il a contre les cautions. Cette renonciation, comme toute renonciation, peut être expresse ou tacite. L'article 2027 prévoit un cas de renonciation tacite: « Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division. » Le créancier avait le droit d'agir pour le tout; s'il agit contre le cofidéjusseur pour sa part virile, par cela même il renonce à son action pour le total. Il ne faut pas confondre le cas prévu par l'article 2027 avec la renonciation à la solidarité dont il est question dans l'article 1211. Quand il y a solidarité, la loi ne se contente pas d'une action divisée pour

(1) Pont, t. II, p. 106, n° 197, et les auteurs qu'il cite.

admettre la renonciation; elle exige un acquiescement du débiteur, ou un jugement de condamnation; tandis qu'à l'égard des cofidéjusseurs l'action divisée du créancier suffit pour emporter renonciation. La raison de cette différence tient à ce que les cofidéjusseurs ne sont pas des débiteurs solidaires; et, étant des débiteurs non solidaires, ils devraient, d'après le droit commun, être des débiteurs divisés; en divisant son action, le créancier revient donc à la division de droit qui devrait exister entre cofidéjusseurs; il ne fait que prévenir l'exception que le fidéjusseur n'aurait pas manqué de lui opposer. Le législateur devait admettre facilement la renonciation du créancier à un droit qui, en réalité, n'en est pas un, puisque la caution peut le mettre à néant en opposant son bénéfice. Il en est tout autrement lorsque le créancier a stipulé la solidarité; il ne l'a pas stipulée pour y renoncer; la loi devait donc admettre difficilement sa renonciation à un droit qui est un élément essentiel du contrat.

Si les cofidéjusseurs étaient réellement débiteurs solidaires, comme le dit Domat, suivi par Troplong (n° 220), l'article 2027 serait une anomalie inexplicable. Dans l'opinion commune, l'apparente contradiction disparaît; l'article 2027 et l'article 1211 prévoyant des hypothèses diverses, il est naturel que la solution soit différente. Si les cautions s'obligeaient solidairement, elles ne pourraient plus se prévaloir de l'article 2027; l'article 1211 leur serait applicable, puisque, d'après l'article 2021, l'engagement solidaire des cautions se règle par les principes que le code a établis pour les dettes solidaires. Le créancier ne serait donc pas censé renoncer à son action solidaire, par cela seul qu'il aurait formé une demande contre l'un des cofidéjusseurs *pour sa part*; il faudrait de plus que le défendeur eût acquiescé à la demande, ou qu'il fût intervenu un jugement de condamnation (1).

N° 3. EFFET DE LA DIVISION.

227. Pothier détermine l'effet de l'exception de division

(1) Duranton, t. XVIII, p. 365, n° 347. Aubry et Rau, t. IV, p. 685, note 12, § 426. Pont, t. II, p. 115, n° 218-220.

en ces termes : « Le juge divisera la dette entre les fidéjusseurs qui sont solvables, et restreindra à la part du fidéjusseur qui a opposé la division la demande qui a été donnée contre lui. » Le bénéfice de division a donc une grande importance en ce qui concerne le risque de l'insolvabilité. Avant que l'exception ait été opposée, chacun des cofidéjusseurs est débiteur du total de la dette; si l'un d'eux devient insolvable, les autres restent tenus de l'insolvabilité. L'article 2026 reproduit la doctrine de Pothier. Il importe donc de fixer le moment précis jusqu'auquel les cautions supportent le risque de l'insolvabilité de l'une d'elles. L'article 2026 le dit : c'est le moment où la division est *prononcée* par le juge. Ainsi, jusqu'à la sentence, les cautions solvables sont tenues de l'insolvabilité. A partir de la sentence, les cautions ne peuvent plus être recherchées à raison des insolvabilités survenues depuis la division. C'est une conséquence du principe qui régit l'exception de division. La division n'existe pas de droit; de là suit que, jusqu'au jugement qui la prononce, les cautions sont tenues chacune pour le tout. C'est là l'avantage qui résulte, pour le créancier, du principe établi par l'article 2025. A partir de la sentence qui divise la dette, la caution n'est plus débitrice que de sa part virile, et, s'il y a lieu, de la part qu'elle doit supporter dans les insolvabilités antérieures; quant aux insolvabilités qui surviendraient, le créancier les supporte, puisqu'il a autant de débiteurs distincts qu'il y a de cautions (1).

228. Quand c'est le créancier qui divise volontairement son action, l'article 2027 dispose qu'il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a consentie, des cautions insolubles. Il résulte de là qu'il y a une différence importante entre l'effet du *bénéfice de division* opposé par la caution et l'effet de la *division qui résulte de la volonté* du créancier. Le bénéfice de division ne décharge les cautions du risque de l'insolvabilité qu'à partir de la sentence qui l'a prononcée; tandis que la division volontaire met toutes les insolvabi-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 426. Pont, t. II, p. 113, n° 211.

lités, même antérieures à la demande, à charge du créancier. Quelle est la raison de cette différence? Le créancier qui divise son action spontanément, alors qu'il y a une caution insoluble, renonce au droit que lui donne cette insolvabilité. C'est en ce sens que l'article 2027 dit : « Si le créancier a divisé *volontairement* son action. » Le mot *volontairement* implique que le créancier agit en connaissance de cause, sachant qu'il y a une insolvabilité; dès lors on ne peut donner d'autre sens à son action divisée que l'intention de renoncer à l'action pour le tout qui lui appartient; les cautions ne sont donc plus que des débiteurs divisés, tenus chacun de sa part virile (1). Si le créancier n'avait pas connaissance de l'insolvabilité, il faudrait dire qu'il conserve le droit de réclamer contre les cautions la part de l'insolvable; car il n'y a pas de renonciation sans volonté de renoncer, et cette volonté ne se comprend que si le créancier sait qu'il y a des insolubles.

229. La division se fait-elle entre tous ceux qui sont cautions? En principe, oui, pourvu que, comme le dit l'article 2025, elles soient cautions du même débiteur et de la même dette. De là suit que la division n'a lieu qu'entre les cautions principales. Le fidéjusseur poursuivi par le créancier ne pourrait pas demander que l'action fût divisée entre lui et son certificateur, car il est lui-même un débiteur principal à l'égard de son certificateur; celui-ci est caution de la caution, il n'est pas caution du débiteur principal (2).

Deux débiteurs d'une dette solidaire donnent chacun une caution différente; la caution de l'un d'eux ne peut pas demander que l'action soit divisée entre elle et la caution de l'autre débiteur solidaire (3). Les deux cautions ont, à la vérité, cautionné la même dette, puisque la dette de l'un des codébiteurs solidaires est la dette de l'autre; mais elles n'ont pas cautionné le même débiteur, puisque les deux débiteurs solidaires sont des personnes différentes, et tenus en vertu d'un lien différent. Vainement dit-on que tous les

(1) Pont, t. II, p. 116, n° 222.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 418.

(3) Pont, t. II, p. 111, n° 209, d'après Pothier, *Des obligations*, n° 419. En sens contraire, Troplong, n° 306 et 307.

débiteurs solidaires ne sont considérés que comme un seul et même débiteur; cela est vrai, en un certain sens, à l'égard du créancier, mais cela n'est pas vrai en ce qui concerne les rapports des codébiteurs entre eux, ni en ce qui concerne leurs rapports avec les cautions.

230. La division se fait-elle à l'égard de la caution dont le cautionnement est nul? Il faut distinguer si le cautionnement est nul, c'est-à-dire annulable, ou s'il est nul de plein droit, c'est-à-dire inexistant. Dans cette dernière hypothèse, il n'y a aucune difficulté. Quand le cautionnement n'existe pas aux yeux de la loi, pour absence de consentement par exemple, il n'y a pas de caution, et il ne peut être question de diviser l'action à l'égard de celui qui n'a pas cautionné la dette. Le cautionnement nul, au contraire, existe; la division peut donc se faire; mais si, sur l'action du créancier, la caution opposait la nullité de son engagement, le créancier aurait un recours contre les autres cautions; en effet, le cautionnement annulé est considéré comme n'ayant jamais existé; or, la division n'a lieu qu'entre cautions qui répondent chacune de la dette; donc on ne peut pas tenir compte de la caution dont l'engagement a été annulé (1).

SECTION II. — De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

§ I^{er}. De l'action personnelle de la caution contre le débiteur.

231. Aux termes de l'article 2028, « la caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur. » Quand c'est au su du débiteur que le fidéjusseur l'a cautionné, le consentement du débiteur et de la caution ont formé le contrat de mandat, soit que le consentement ait été exprès ou tacite. C'est l'application des principes qui régissent le mandat : il peut être tacite, et il l'est quand,

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 424. Pont, t. II, p. 109, n° 208.

au moment où la caution s'engage pour le débiteur, celui-ci sait qu'elle s'engage et ne s'y oppose pas; le code dit *au su* du débiteur; Pothier dit *au su et au gré*, ce qui est plus exact; c'est la traduction de la règle romaine : *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*.

Si la caution s'engage à l'insu du débiteur, il n'y a plus de mandat, puisqu'il n'y a plus de concours de consentement. Il se forme, dans ce cas, un quasi-contrat de gestion d'affaires; la caution gère volontairement l'affaire du débiteur, elle doit donc avoir contre lui l'action de gestion d'affaires (1). Il y a des différences entre le mandat et la gestion d'affaires; nous les avons signalées ailleurs (t. XX, n°s 310-319). En ce qui concerne le recours de la caution contre le débiteur, il n'y a pas de différence entre l'action de mandat et l'action de gestion d'affaires; l'article 2028 met les deux actions sur la même ligne; elles produisent donc le même effet. Chabot en fait la remarque dans son rapport au Tribunal. Le cautionnement, dit-il, est, de la part de la caution envers le débiteur, un acte de bienfaisance; le débiteur doit donc indemnité entière à la caution, lors même que le cautionnement a été donné à son insu (2). Il faudrait dire que la gestion d'affaires est plus favorable encore que le mandat; dans le cas de mandat, la caution intervient sur la demande et à la sollicitation du débiteur; tandis qu'elle prend l'initiative en agissant spontanément; le service étant plus grand, il est juste que le débiteur lui en tienne compte, en l'indemnisant complètement, comme si un contrat était intervenu entre les parties. Il est vrai que le cautionnement peut n'être pas gratuit; le débiteur peut payer le service qu'on lui rend, ce qui suppose un contrat, le mandat salarié; quant à la gestion d'affaires, elle est régulièrement gratuite. L'article 2028 ne distingue pas entre le cautionnement gratuit et le cautionnement qui se donne à titre onéreux. Il faut donc décider que, dans toute hypothèse, la caution a droit à une indemnité complète.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 429.

(2) Chabot, Rapport, n° 19 (Loché, t. VII, p. 426). Pont, t. II, p. 119, n° 227.