

§ II. De l'action subrogatoire.

242. « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur » (art. 2029). Cette disposition est une application du principe établi par l'article 1251, n° 3 : « La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. » La caution est tenue pour le débiteur principal; non-seulement elle a intérêt à payer la dette, elle peut y être contrainte, et elle doit la payer. Nous avons dit, au titre des *Obligations*, que c'est Dumoulin qui, le premier, a proposé cette subrogation légale; mais quelque grande que fût son autorité, cette opinion ne pouvait pas l'emporter dans l'ancien droit, car il n'appartient pas à l'interprète de créer des cas où la subrogation a lieu de plein droit. Les auteurs du code civil ont donné la sanction de la loi à la doctrine du grand jurisconsulte (t. XVIII, nos 95 et 96). Il faut donc appliquer à la subrogation de la caution ce que nous avons dit de la subrogation de l'article 1251, n° 3, et de ses effets.

243. La caution a deux actions, une action personnelle, née du mandat ou de la gestion d'affaires, et l'action subrogatoire. Celle-ci est généralement plus favorable, puisqu'elle donne à la caution les garanties qui assurent le paiement de la créance, notamment les privilèges et les hypothèques. Toutefois l'action personnelle peut être plus avantageuse que l'action subrogatoire. Si la dette ne produit pas d'intérêts, la caution ne pourra pas les réclamer en vertu de l'action subrogatoire, puisque cette action ne lui donne d'autres droits que ceux qui appartiennent au créancier; tandis que, comme mandataire et, dans l'opinion commune, comme gérant d'affaires, la caution a droit aux intérêts du jour de ses avances. Dans ce cas, l'action personnelle est plus avantageuse, en supposant que le débiteur soit solvable (1).

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 456, n° 1156.

La caution aurait encore intérêt à agir par l'action personnelle, si l'action du créancier était prescrite, et elle se prescrira toujours avant l'action de mandat ou de gestion d'affaires, puisque celle-ci ne prend naissance que du jour où la caution a payé, et elle dure trente ans à partir du paiement.

Enfin la caution qui exerce l'action hypothécaire du créancier est soumise, en cas de paiement partiel, à la disposition de l'article 1252, tandis que le créancier ne peut pas la lui opposer lorsque la caution agit en vertu de l'action personnelle (1). Nous reviendrons sur ce point.

D'un autre côté, il ne faut pas confondre les conditions requises pour que la caution ait l'action personnelle, et celle qui est requise pour être subrogée. Elle n'a l'action personnelle que lorsqu'elle paye comme mandataire ou gérant d'affaires; dans notre opinion, elle n'a pas d'action quand elle a cautionné malgré le débiteur. Pour l'action subrogatoire, il suffit que la caution se trouve dans les termes des articles 2029 et 1251, n° 3; par cela seul qu'elle est tenue pour le débiteur principal, elle est subrogée au créancier quand elle paye la dette. Pour la subrogation il n'y a pas à considérer les rapports personnels qui existent entre la caution et le débiteur, il suffit qu'elle ait cautionné la dette et qu'elle la paye (2). Il faut entendre par paiement l'extinction de la dette, peu importe le mode d'extinction, pourvu que le créancier reçoive ce qui lui est dû et que le débiteur soit libéré (n° 237).

244. L'article 2029 dit que la caution est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. Les termes absolus de la loi tranchent une difficulté qui avait arrêté Dumoulin; d'après lui la caution ne pouvait exercer que les droits qui appartenaient au créancier lors du cautionnement, parce que la caution ne pouvait avoir en vue que les sûretés à raison desquelles elle avait consenti à cautionner la dette. Le code n'entre pas dans ces considérations d'intention toujours si difficiles à apprécier : la su-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 689, note 9, § 427.

(2) Pont, t. II, p. 138, note 1; Aubry et Rau, t. IV, p. 686, note 1, § 427.

brogation met la caution à la place du créancier, elle doit donc exercer tous ses droits (1).

Il y a un de ces droits pour lequel il y a controverse. On demande si la caution subrogée peut exercer le droit de résolution qui appartient au créancier : nous avons examiné la question, au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 111).

245. Il y a une autre question qui est très-controversee : quel est l'effet de la subrogation quand il y a conflit entre la caution subrogée et le tiers détenteur tenu hypothécairement à la dette cautionnée? Nous l'avons également examinée au titre qui est le siège de la matière (t. XVIII, n°s 123-126).

246. Que comprend l'action subrogatoire? La subrogation, dans la théorie du code empruntée à Pothier, est une cession fictive de la créance; or, le créancier ne peut céder que les droits qu'il a; la créance passe donc, telle que le créancier la possédait, sur la tête du subrogé. Ce principe décide une question qui est controversée. On demande si la caution peut réclamer, moyennant l'action subrogatoire, les frais des poursuites que le créancier a exercées contre elle, et les dommages-intérêts auxquels elle a droit. Quant aux dommages-intérêts, il n'y a aucun doute, à notre avis; ce n'est pas un droit du créancier, il n'est donc pas compris dans la cession qu'il est censé faire à la caution; ce droit est personnel à la caution, il a son principe dans le mandat ou la gestion d'affaires; donc la caution ne peut l'exercer que comme mandataire ou gérant. Quant aux frais que le créancier fait contre le débiteur, on doit les considérer comme un accessoire de la créance garanti par les sûretés qui y sont attachées, puisque la créance ne peut être exercée qu'en agissant contre le débiteur. En est-il de même des frais que le créancier fait contre la caution? Sur ce point il y a controverse. Il nous semble qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les frais que le créancier fait, soit contre le débiteur, soit contre la caution; il a une action directe contre l'un et contre l'autre, et

(1) Troplong, n° 376. Ponsot, p. 294, n° 259. Pont, t. II, p. 138, n° 272.

il doit agir pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû; la caution lui rembourse ces frais, donc ils sont un accessoire de la créance et, par suite, ils sont compris dans la créance que le créancier est censé céder à la caution qui le paye (1).

247. La caution fait un paiement partiel, soit qu'elle n'ait cautionné qu'une partie de la dette, soit que le créancier ait consenti à recevoir un paiement divisé. On doit appliquer, dans ce cas, à la caution subrogée, le principe que la subrogation ne nuit pas au créancier, principe dont l'article 1252 consacre une conséquence. Par suite, le créancier sera payé, pour ce qui lui reste dû, de préférence à la caution. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations*; l'application à la caution n'en est pas douteuse. Mais pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 1252, il faut que la caution agisse par l'action subrogatoire et qu'elle se trouve en conflit avec le créancier, l'un et l'autre exerçant leur droit hypothécaire sur le même immeuble, hypothéqué pour sûreté de la créance. S'il n'y a pas de garanties réelles, le créancier n'a pas le droit de préférence sur les deniers qui sont distribués entre lui et la caution; il n'y a donc pas lieu d'exercer le droit de préférence que l'article 1252 réserve au créancier. Ce droit de préférence est fondé sur ce que la subrogation ne peut pas être invoquée par le subrogé contre le subrogeant; or, dans l'espèce, la caution n'agit pas en vertu de la subrogation, elle agit en vertu de son action personnelle, de même que le créancier; dès lors leurs droits respectifs sont régis, non par l'article 1252, mais par l'article 2093 (loi hyp., art. 8), aux termes duquel les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution (2).

248. L'article 2030 prévoit le cas où le fidéjusseur a cautionné les débiteurs solidaires d'une même dette; s'il paye la dette, il aura contre chacun d'eux la répétition du

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. IV, p. 686, note 3, § 427, et Pont, t. II, p. 140, n° 274.

(2) Rejet, 1^{er} août 1860 (Dalloz, 1860, 1, 502). Voyez mon tome XVIII, n° 135.

total de ce qu'il a payé. C'est l'application des principes qui régissent la solidarité et la subrogation. Chacun des codébiteurs solidaires est tenu de toute la dette, comme s'il était seul et unique débiteur; donc celui qui cautionne tous les codébiteurs est tenu pour chacun d'eux, comme s'il était seul débiteur du total de la dette, et par conséquent il est subrogé au créancier pour le total contre chacun d'eux (art. 1200 et 1251, 2°).

249. L'article 2030 soulève une question difficile, et sur laquelle il y a doute. On suppose que le fidéjusseur ne cautionne que l'un des débiteurs solidaires : il sera subrogé au droit du créancier contre ce débiteur et pourra, par conséquent, l'actionner pour toute la dette, en faisant valoir les garanties qui y sont attachées. C'est l'application directe de l'article 1251, 3°. La caution qui paye toute la dette a-t-elle aussi un recours contre les autres codébiteurs, et quel est ce recours? Il y a un point qui nous paraît certain, quoiqu'il soit controversé : c'est que la caution n'est point subrogée aux droits du créancier contre les autres codébiteurs pour le total de la créance. Cela résulte des termes de l'article 2030, lequel accorde à la caution un recours pour le total lorsqu'elle a cautionné tous les codébiteurs; donc lorsqu'elle n'en a cautionné qu'un seul, elle n'a pas ce recours pour le tout. Il est vrai que cet argument est tiré du silence de la loi, et les arguments dits *a contrario* ont peu de valeur, toutefois il est difficile de donner un autre sens à la loi; car si l'on admet que la caution a un recours pour le tout contre les autres débiteurs solidaires, on efface de l'article 2031 les mots « qui les a tous cautionnés »; pour que ces mots aient un sens, il faut nécessairement en induire que la décision de la loi n'est pas applicable au cas où le fidéjusseur n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires. La cour de cassation l'a jugé ainsi (1).

Si la caution qui paye la dette pour le débiteur solidaire qu'elle a cautionné n'a pas de recours pour le total contre

(1) Rejet, 10 juin 1861 (Dalloz, 1861, 1, 361). Comparez Rejet, 29 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 293).

les autres codébiteurs, a-t-elle au moins un recours partiel et quel est le principe de ce recours? La jurisprudence lui donne un recours contre les autres codébiteurs pour la part qu'ils doivent supporter dans la dette entre eux; mais elle n'est pas d'accord sur le principe d'où résulte cette action récursoire. Il y a sur cette question deux arrêts de la chambre des requêtes qui partent d'un principe tout à fait différent. Le premier décide que la caution est subrogée à l'action du débiteur dont elle paye la dette contre ses codébiteurs, et l'on sait que cette action se divise entre les codébiteurs, de sorte que chacun n'est tenu que pour sa part et portion. Le second décide que la caution est subrogée au créancier, mais qu'elle ne peut exercer les droits du créancier que par une action divisée (1). L'une et l'autre solution présentent des difficultés. L'article 2029, qui établit le principe de la subrogation, porte que la caution qui paye est subrogée aux droits du créancier contre le débiteur; cela résulte d'ailleurs de l'essence de la subrogation, c'est une cession fictive; or, le créancier seul peut céder les droits qui lui appartiennent; donc la caution qui paye ne peut être subrogée qu'aux droits du créancier contre les débiteurs; il ne peut être question d'une subrogation aux droits du codébiteur contre ses codébiteurs: car cette action récursoire est étrangère au créancier, elle résulte de la subrogation de l'article 1251, 3°, modifiée en ce qui concerne les codébiteurs solidaires par l'article 1213. La subrogation admise par le premier arrêt de la chambre des requêtes n'est donc fondée sur aucun texte : c'est dire qu'on doit l'écarter, car il s'agit d'une subrogation légale, et il ne saurait y avoir de subrogation légale qu'en vertu d'une loi formelle. Il faut donc s'en tenir au dernier arrêt de la cour de cassation, et décider la question d'après les articles 1251, 3°, et 2029. Mais ici surgit une nouvelle difficulté. Le créancier a une action pour le total contre chacun des codébiteurs solidaires; si la caution qui paye est subrogée à tous les droits du créancier, comme le dit l'article 2029, il faut en conclure que la caution aurait un

(1) Voyez les arrêts cités p. 258, note.

recours pour le total contre chacun des codébiteurs. Mais l'article 2030 ne permet pas d'admettre cette conclusion; la chambre des requêtes l'avoue : la caution étant subrogée aux droits du créancier, mais ne pouvant, d'après l'article 2030, exercer ces droits pour le tout contre chacun des débiteurs, on arrive à cette conclusion, que la caution n'a d'action contre les codébiteurs non cautionnés par elle que pour leur part seulement dans la dette solidaire. Ainsi le second arrêt arrive à la même solution que le premier, mais il repousse formellement le motif de décider que le premier arrêt avait invoqué. En définitive, l'article 2030 modifie le principe de la subrogation légale; la modification est implicite, de là la difficulté. Les auteurs s'en tiennent, les uns au dernier arrêt, les autres au premier (1).

250. Quoique les deux arrêts aboutissent à la même solution, il s'en faut de beaucoup que les motifs de décider soient indifférents. Ils conduisent à des conséquences différentes. Dans le système qui rattache la subrogation de la caution au recours que le codébiteur cautionné a contre ses codébiteurs, il faut dire que si les codébiteurs ont des exceptions à opposer au codébiteur cautionné, ces exceptions peuvent aussi être opposées à la caution; tandis que si le recours de la caution procède du créancier, aucune exception ne peut lui être opposée du chef des débiteurs solidaires. De même s'il y a des codébiteurs solidaires qui sont étrangers à la dette, la caution ne peut pas agir contre eux, parce que le codébiteur à qui elle est subrogée n'aurait pas eu d'action, toujours dans le système du premier arrêt; dans le système du second arrêt, au contraire, la caution aurait une action, car le créancier à qui elle est subrogée, peut agir solidairement contre tous ceux qui se sont obligés envers lui comme débiteurs solidaires, sans distinguer s'ils sont personnellement intéressés à la dette ou non (2).

251. Si la caution stipule la subrogation du créancier qu'elle paye, il y a de nouvelles difficultés. En principe, la

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 687, notes 4 et 5, § 427. Pont, t. II, p. 143, n° 278, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 687 et suiv., note 6, § 427.

subrogation conventionnelle n'a pas plus d'effet que la subrogation légale; ainsi le débiteur solidaire qui se fait subroger aux droits du créancier n'a qu'un recours divisé contre ses codébiteurs, comme il l'a en vertu de la loi. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur l'article 1215. En est-il de même de la subrogation que la caution stipulerait? Si l'on admet, comme nous l'avons dit (n° 249), que la caution est subrogée au créancier, en vertu de la loi, mais sous la modification qui résulte de l'article 2030, il faut appliquer le principe que nous venons de rappeler; la subrogation conventionnelle n'aura pas plus d'effet que la subrogation légale modifiée. Si, au contraire, on décide que les droits de la caution ne procèdent pas du créancier, alors il n'y a pas de subrogation légale; d'où il faut conclure que rien n'empêche la caution de stipuler la subrogation, et la subrogation conventionnelle aura, en ce cas, les effets que la loi attache à la subrogation en général (1).

§ III. De l'action en indemnité de l'article 2032.

252. Il y a des cas où la loi donne une action à la caution contre le débiteur avant qu'elle ait payé, pour être indemnisée par lui. L'article 2032 énumère ces cas. D'abord la caution a une action lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement de la dette. Chabot, dans son rapport au Tribunat, en donne comme raison que la caution ne s'est pas obligée envers le débiteur à payer pour lui, ni à supporter des frais, ni à fournir les fonds nécessaires pour la discussion; la caution ne s'est obligée qu'envers le créancier; lors donc qu'elle est menacée de devoir payer, de supporter des frais ou de fournir les frais nécessaires pour la discussion des biens du débiteur, le cautionnement lui cause un préjudice actuel, quoiqu'elle n'ait pas encore payé; or, il est de principe que la caution ne peut jamais être en perte; de là l'action en indemnité que la loi

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. IV, p. 688, note 7, § 427, et Pont, t. II, p. 144, n° 279.