

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 codébitéur cautionné a contre ses codébiteurs, il faut dire que si les codébiteurs ont des exceptions à opposer au codébitéur 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 codébitéur 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.

lui accorde. La caution a un autre moyen de se mettre à l'abri du préjudice dont elle est menacée par la poursuite du créancier, c'est d'appeler le débiteur en cause (code de proc., art. 175). C'est une exception dilatoire qui a l'avantage d'arrêter les poursuites; et une fois le débiteur mis en cause, il sera condamné immédiatement à indemniser la caution (1).

253. En second lieu, la caution peut agir en indemnité contre le débiteur lorsque celui-ci a fait faillite ou est en déconfiture. On suppose que le créancier, trouvant une pleine garantie dans le cautionnement, ne se présente pas à la faillite pour être payé, ou ne poursuit pas le débiteur en déconfiture pour être colloqué avec les autres créanciers. Si le créancier se présente, il va sans dire que la caution ne peut pas se présenter; car la faillite ne peut pas admettre deux fois la même créance, ce serait vouloir que le débiteur paye deux fois, ce qui est absurde. La cour de Montpellier l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Une femme s'oblige solidairement avec son mari; aux termes de l'article 1431, elle n'est considérée, à l'égard de son mari, que comme caution; à ce titre, elle peut invoquer le bénéfice de l'article 2032; le mari étant tombé en faillite, elle se présente à l'ordre ouvert sur les immeubles appartenant à son mari, et se fait colloquer; mais les créanciers envers lesquels elle s'était obligée solidairement se présentent aussi. Il a été jugé que la femme ne pouvait pas être payée concurremment avec les créanciers. Ce n'est pas là le cas prévu par l'article 2032, la caution ne pouvant jamais réclamer d'indemnité alors que le créancier poursuit le paiement de ce qui lui est dû (2). C'est l'opinion générale (3).

Dans ce deuxième cas, la caution a le droit d'agir en son nom pour toucher la part du créancier dans la distribution des deniers. Nous disons que la caution sera colloquée à défaut du créancier. D'après le droit commun, il y aurait eu un motif de douter. La créance de la caution est évén-

(1) Chabot, Rapport, n° 22 (Loché, t. VII, p. 426). Pont, t. II, p. 147, nos 283 et 285.

(2) Paris, 2 juin 1853 (Dalloz, 1856, 2, 145).

(3) Duranton, t. XVIII, p. 383, n° 360, et tous les auteurs.

tuelle, puisqu'elle est subordonnée au paiement qu'elle fait de la dette; peut-elle toucher ce qui est dû au créancier avant d'avoir payé? Ce doute a entraîné la cour de Grenoble; elle a jugé que la caution ne peut pas réclamer une collocation actuelle dans un ordre ouvert sur le débiteur. C'est méconnaître la disposition de l'article 2032 qui, en donnant à la caution le droit d'agir, lui accorde par cela même une action efficace, donc le droit à être colloqué. Cette dérogation au droit commun se conçoit du reste. Quand le débiteur tombe en faillite ou en déconfiture, il est certain que la caution devra payer et qu'elle n'aura de recours que celui que lui offre la collocation au passif de la masse; il est donc juste de lui ouvrir ce recours immédiatement (1).

254. En troisième lieu, la caution peut agir contre le débiteur « lorsque celui-ci s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ». Si ce temps est expiré, la caution a le droit d'agir, parce qu'elle ne s'est obligée que sous la condition d'obtenir sa décharge dans le temps fixé par le contrat, et cette convention, comme toute autre, doit être exécutée (2).

255. En quatrième lieu, la caution peut agir contre le débiteur « lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ». Quand la dette est devenue exigible, le créancier a le droit de poursuivre la caution; s'il la poursuit, la caution peut agir contre le débiteur en vertu du n° 1 de l'article 2032. Alors même que le créancier ne fait pas de poursuites, la loi autorise la caution à agir, parce que la caution a intérêt à les prévenir, et que le débiteur peut devenir insolvable.

256. En cinquième lieu, la caution peut agir contre le débiteur « au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à être éteinte avant un temps déterminé ». La loi permet à la caution d'agir après un certain délai, qu'elle

(1) Grenoble, 3 août 1853 (Dalloz, 1855, 2, 70). En sens contraire, tous les auteurs (Pont, t. II, p. 148, note 4).

(2) Chabot, Rapport, n° 22 (Loché, t. VII, p. 426).

fixe à dix ans, parce qu'il ne faut pas que la caution reste indéfiniment engagée. C'est le motif donné par le rapporteur du Tribunat; il dit *perpétuellement*, ce qui n'existe que dans les rentes perpétuelles (1); encore ne sont-elles plus perpétuelles puisqu'elles sont rachetables. Si l'obligation du débiteur principal peut être perpétuelle en ce sens, pourquoi la loi ne permet-elle pas que le cautionnement ait la même durée? C'est encore une de ces dispositions qui supposent que la caution s'est obligée à titre gratuit; et l'équité exige que celui qui rend un service ne soit pas, pendant toute sa vie, sous les liens d'un engagement onéreux pour lui. Même ainsi limitée, la faculté que la loi accorde à la caution est contraire aux principes, puisqu'elle peut se dégager de ses obligations par la seule volonté. Le législateur a cherché à corriger ce que cette disposition a d'anormal, en ajoutant, comme condition, que la caution ne peut agir après dix ans que lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance; si elle est consentie pour un terme plus long, la caution a su, en s'engageant, quelle serait la durée de son engagement; il faut qu'elle le remplisse.

Il y a des obligations, comme celle du tuteur, qui, quoique n'ayant pas de terme fixe, sont de nature à ne pouvoir s'éteindre avant un temps déterminé, lequel, pour le tuteur, est régulièrement la majorité de son pupille; la caution pourrait-elle, en ce cas, demander sa décharge après dix ans? Non, car elle a connu, en contractant, la nature et la durée de l'obligation qu'elle cautionnait; quand il s'agit de l'obligation du tuteur, elle a dû savoir que son administration ne peut finir qu'avec la tutelle même. Par la même raison, dit Pothier, celui qui s'est rendu caution pour le mari de la restitution de la dot de la femme, ne peut demander au mari, tant que le mariage dure, à être déchargé de son cautionnement, parce que l'obligation de la restitution de la dot est de nature à ne pouvoir s'acquitter qu'après la dissolution du mariage (2). Il en serait

(1) Bruxelles, 1^{er} février 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 44).

(2) Chahot, Rapport, n^o 22 (Loché, t. VII, p. 426). Pothier, *Des obligations*, n^o 442. Duranton, t. XVIII, p. 393, n^o 364.

de même du cautionnement d'une rente viagère ou d'un droit d'usufruit.

257. Tels sont les cas dans lesquels, d'après l'article 2032, la caution peut agir contre le débiteur avant d'avoir payé. On demande si cette disposition peut être étendue à des cas analogues. La question ne devrait pas être posée. Tout le monde reconnaît que c'est par dérogation aux principes et par des considérations d'équité que la loi permet à la caution d'agir, alors qu'elle n'a pas encore payé; or, les dispositions exceptionnelles ne s'étendent pas, même par voie d'analogie. Cela est décisif (1).

258. Quel est l'objet de l'action que la loi accorde à la caution? L'article 2032 dit que la caution peut *agir*, c'est-à-dire introduire une demande en justice contre le débiteur pour être par lui *indemnisée*. A quoi tend cette action en indemnité? Régulièrement à décharger la caution de son engagement; mais le débiteur peut se trouver dans l'impossibilité d'apporter cette décharge, car le créancier ne la consentira que si le débiteur paye ou s'il lui donne de nouvelles garanties. Si le débiteur ne procure pas la décharge à la caution, celle-ci peut réclamer une indemnité. La loi ne dit pas en quoi consistera cette indemnité. Il n'y a qu'un moyen de donner à la caution une indemnité réelle, c'est de consigner une somme d'argent égale au montant de l'obligation cautionnée. On a dit que le juge pourrait se contenter de donner des garanties à la caution, un gage, une hypothèque ou un nouveau cautionnement. Il nous semble que c'est s'écarter du texte de la loi, ainsi que de son esprit. La loi veut que la caution soit *indemnisée*, or, une garantie n'est pas une indemnité.

En disant que la caution peut *agir* avant d'avoir payé, l'article 2032 indique quel est le but de l'action. Quand elle a payé, la caution a un recours dont l'objet est de l'indemniser complètement. L'action anticipative que la caution peut exercer dans les cas prévus par la loi est une indemnité de même nature; seulement, comme la caution n'a pas

(1) Pont. t. II, p. 152, n^o 297, et les auteurs qu'il cite.

encore payé, le montant de l'indemnité doit être consigné (1).

259. On demande si la caution pourrait procéder par voie de saisie. La cour de Bordeaux a très-bien jugé que la caution n'avait pas ce droit. D'après l'article 2032, la caution peut *agir* pour être *indemnisée*. Agir signifie intenter une action en justice, et l'*action* est le droit de poursuivre devant les tribunaux ce qui nous est dû, ou la réparation d'un tort qui nous est fait. Or, il n'est rien dû à la caution tant qu'elle n'a point payé; tout ce qu'elle peut demander, c'est une indemnité qui la mette à l'abri des poursuites du créancier et du danger de l'insolvabilité du débiteur. Le juge seul peut déterminer en quoi consiste cette indemnité et quel en sera le montant. Donc, d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi, il faut une action judiciaire. La saisie ne peut être pratiquée, aux termes du code de procédure (art. 551), qu'en vertu d'un titre exécutoire, et pour choses liquides et certaines. Or, la caution ne peut pas avoir de titre exécutoire, et son droit n'est ni liquide ni certain (2).

260. La caution, qui a droit d'agir en vertu de l'article 2032, peut-elle, au lieu de réclamer une indemnité, rembourser la dette et exercer ensuite son recours contre le débiteur? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Pour qu'il y ait lieu à doute, il faut supposer que la dette n'est pas exigible; car si elle l'est, la caution a le droit de payer, et en payant elle a l'action personnelle et l'action subrogatoire. Si la dette n'est pas exigible, telle qu'une rente constituée, la caution peut, après dix ans, agir contre le débiteur; celui-ci ne lui procure pas sa décharge: est-ce que, dans ce cas, la caution pourra rembourser le capital de la rente et exercer ensuite son recours contre le débiteur? A notre avis, le texte décide la question; l'article 2032 dit que la caution peut agir contre le débiteur avant d'avoir payé, afin d'être indemnisée; la cau-

(1) Duranton, t. XVIII, p. 380, n° 359. En sens contraire, Pont, t. II, p. 154, n° 300; Aubry et Rau, t. IV, p. 691, note 21, § 427. Comparez Troplong, n° 394, et Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 76, note 13.
(2) Bordeaux, 22 février 1832 (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 261).

tion a donc deux droits: elle peut payer, c'est le droit commun; et elle peut, dans certains cas, agir avant d'avoir payé. Or, nous supposons que la caution ne peut pas payer, puisque la dette n'est pas exigible; le seul droit qu'elle ait, dans ce cas, c'est d'agir en indemnité. On objecte que la caution, ayant le droit d'exiger sa décharge, peut, par cela même, rembourser la dette, puisqu'elle ne fait que ce que le débiteur serait obligé de faire pour obtenir la décharge de la caution. L'objection suppose que le débiteur n'a d'autre moyen d'obtenir sa décharge que de payer; cela n'est pas exact: le créancier peut lui accorder la décharge de la caution si le débiteur lui fournit de nouvelles garanties, et le débiteur peut être très-intéressé à donner des sûretés, au lieu de rembourser le capital, parce que la plupart des vieilles rentes sont constituées à un taux très-bas. Cela prouve que la caution n'a pas le droit de rembourser malgré le débiteur, car en remboursant, elle agirait contre l'intérêt du débiteur dont elle est le mandataire ou le gérant, ce qui est contraire au principe du mandat et de la gestion d'affaires. La caution ne pouvant pas payer, il ne lui reste que son action en indemnité (1).

261. On a soutenu que la caution avait le droit, en vertu de l'article 2032, d'exercer les actions du créancier contre le débiteur. C'est une de ces opinions étranges qui tendent à faire un nouveau code civil. Elle n'a pas trouvé faveur; la cour de cassation répond, et la réponse est péremptoire, qu'il n'existe pas, en droit français, de subrogation anticipée, ni totale ni partielle, le payement réalisé étant toujours la condition première d'une subrogation quelle qu'elle soit. Aussi n'y a-t-il pas un mot dans l'article 2032 qui ait trait à une action subrogatoire. La loi donne seulement à la caution le droit d'agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée; la caution exerce ce recours en son nom personnel, en vertu d'un droit qui lui est propre, et nullement pour le compte du créancier, ni en vertu d'une action qu'elle emprunterait par anticipation à celui-ci. En

(1) Voyez, en sens divers, Merlin, *Questions de droit*, au mot *Caution*, § IV; Ponsot, p. 314, n° 272; Pont, t. II, p. 154, n° 301.

définitive, il n'y a pas une ombre de subrogation dans l'espèce (1).

262. L'article 2032 dit que *la caution*, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur. Faut-il conclure des termes généraux de la loi que toute caution peut user du droit que cet article consacre? La question est controversée. D'abord en ce qui concerne la caution qui s'est engagée à l'insu du débiteur. Nous croyons, avec la plupart des auteurs, que l'article 2032 est applicable à la caution qui s'est engagée comme gérant d'affaires, aussi bien qu'à celle qui a contracté en vertu d'un mandat du débiteur. Le texte du code ne laisse aucun doute, à notre avis. L'article 2032 est une suite de l'article 2028. La loi détermine les droits que la caution a contre le débiteur : elle distingue, à cet effet, le cas où la caution a payé et le cas où elle n'a pas payé. A-t-elle payé, elle a un recours contre le débiteur principal, *soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur*. N'a-t-elle pas payé, elle a une action en indemnité, dans les cas déterminés par l'article 2032. De quelle caution s'agit-il dans cet article? De celle dont il est parlé dans l'article 2028, c'est-à-dire de la caution mandataire ou gérant d'affaires. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. C'est par des motifs d'équité et de faveur que l'article 2032 déroge au droit commun; or, qui mérite plus de faveur, la caution qui rend un service spontanément, sans être sollicitée, ou celle qui s'engage à la prière du débiteur (2)?

Nous en disons autant de la caution solidaire : elle est engagée par un lien plus strict et plus onéreux, elle mérite donc plus de faveur encore que la caution simple. On objecte que, d'après l'article 2021, l'engagement de la caution solidaire se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. Nous avons déjà fait la remarque que l'on donne à cette disposition un sens qu'elle n'a point. La loi n'a pas entendu assimiler la caution solidaire à un codébiteur solidaire, elle a voulu seulement décider que la

(1) Cassation, 19 décembre 1872 (Dalloz, 1873, 1. 38)

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 691, note 20, § 427, et les auteurs cités. En sens contraire, Pon. t. II, p. 155, n° 303.

caution solidaire ne jouit pas du bénéfice de discussion. En s'obligeant solidairement, la caution peut être poursuivie pour le total de la dette, comme si elle était débiteur principal; voilà ce que dit l'article 2021. Mais, dans l'espèce, il n'est pas question des rapports qui existent entre la caution solidaire et le créancier, il s'agit des droits de la caution solidaire contre le débiteur; or, à l'égard du débiteur, la caution, quoique solidaire, reste caution. Donc elle doit avoir tous les droits que la loi accorde à la caution (1).

SECTION III. — De l'effet du cautionnement entre les cofidésjuseurs.

263. « 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 » (art. 2033). Ce principe a été emprunté à Pothier, qui l'explique comme suit. Une caution a-t-elle action contre ses cofidésjuseurs? En droit strict, non, à moins qu'en payant la dette, elle ne se soit fait subroger aux droits du créancier. Telle était la doctrine romaine : les cautions, disaient les jurisconsultes, qui cautionnent un même débiteur ne contractent entre elles aucune obligation, chacune d'elles n'a d'autre intention que de rendre service au débiteur principal, chacune ne se propose de faire l'affaire que du débiteur, et non celle de ses cofidésjuseurs. Ce principe est évident, dit Pothier, mais la conséquence que les jurisconsultes romains en ont tirée est trop dure. Pothier ne dit pas qu'elle n'est pas logique; elle blesse l'équité, qui est l'âme du droit coutumier; aussi la jurisprudence française n'a-t-elle jamais admis la doctrine romaine en ce point, elle a toujours accordé à la caution un recours contre ses cofidésjuseurs pour répéter de chacun d'eux sa part virile dans la dette. Cette action, dit Pothier, ne naît point du cautionnement, puisque le fait de caution-

1) Ponsot, p. 320, n° 276, et tous les auteurs