

commentaire de cet article (1). Nous verrons les opinions varier sur cette question et les arrêts s'arrêter à des motifs qui sont loin de satisfaire la raison des jurisconsultes. Mais n'anticipons pas sur ce sujet, et hâtons-nous d'arriver à l'art. 2030 du C. c., qui traite du recours de la caution contre plusieurs débiteurs solidaires.

ARTICLE 2030.

Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé.

SOMMAIRE.

377. La caution de plusieurs débiteurs solidaires a contre chacun d'eux une action pour le total.
 378. Mais si les débiteurs n'étaient pas solidaires, le fidéjusseur n'aurait pas l'action *mandati contraria* pour le tout; il n'aurait pas non plus la subrogation pour le tout dans les droits du créancier.
 379. Du recours du fidéjusseur qui n'a cautionné qu'un des débiteurs solidaires et qui a payé le tout au créancier.

COMMENTAIRE.

377. Nous avons vu par l'art. 2002 du C. c., au titre du mandat, que lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

(1) *Infrà*, n° 570.

L'art. 2030 étend le bénéfice de cette règle au fidéjusseur qui a payé la dette de plusieurs débiteurs principaux solidaires qu'il avait cautionnés. Il y a ici même raison de décider que dans le cas de mandat. D'une part, le cautionnement n'est bien souvent de la part du fidéjusseur que l'accomplissement d'un mandat qu'il tient du débiteur. D'autre part, l'affaire pour laquelle il a prêté son cautionnement est commune, au premier chef, entre tous les débiteurs, puisqu'ils sont solidaires. Chacun de ces débiteurs est censé avoir donné l'ordre de faire pour soi et pour le tout la chose promise par le cautionnement. Ils ont reçu un service commun à tous. Ils doivent chacun le reconnaître pour le tout (1).

378. Si les débiteurs n'étaient pas solidaires, l'affaire ne serait pas commune, dans le sens de l'art. 2002; car il y aurait autant de dettes distinctes que de débiteurs partiels.

D'un autre côté, si, laissant à l'écart l'action *mandati*, l'on se rejetait sur la subrogation dans les droits du créancier, on arriverait à un résultat identique. Le créancier n'ayant d'action contre les débiteurs que pour leur part et portion, la subrogation dans ses droits ne pourrait nécessairement avoir lieu que pour ces parts et portions.

379. Lorsque le fidéjusseur n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires et n'a pas cautionné les autres, on demande si le paiement qu'il a fait au créancier pour le total lui donne le droit d'agir

(1) Voyez mon commentaire du *Mandat*, nos 685 et suiv.

pour le total contre les débiteurs qu'il n'a pas couverts par son cautionnement.

Cette question se résout facilement par les observations suivantes.

Si le débiteur cautionné avait payé lui-même, aurait-il un recours pour le total contre ses codébiteurs solidaires? Non! D'après l'art. 1214 du C. c., il ne pourrait répéter que sa part et portion. Donc le fidéjusseur qui a payé à sa place et qui exercera ses droits n'aura qu'un recours limité et partiel.

D'autre part, le fidéjusseur ne pourrait se placer dans l'hypothèse d'un mandat (art. 2002 du C. c.). Il n'a agi que pour un seul des débiteurs, il n'a pas reçu mandat des autres.

Se présentera-t-il comme *negotiorum gestor* des débiteurs non cautionnés? Ce serait faire violence à la vérité. Il a payé, non comme *negotiorum gestor* des débiteurs non cautionnés, mais uniquement comme fidéjusseur du débiteur solidaire pour lequel il avait répondu.

Enfin, argumenterait-il d'une subrogation légale dans les droits du créancier? Cette ressource ne serait pas moins vaine. Qu'arriverait-il, en effet, si le fidéjusseur se présentait pour exercer les droits du créancier? Celui des codébiteurs à qui il s'adresserait lui dirait: « Vous voulez que je vous paie le total? Mais ne voyez-vous pas que vous vous embarrassez dans un circuit d'actions (1)? Car si je vous paie, je serai subrogé à mon tour

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 281. *Infrà*, n° 422.

» dans les droits du créancier, confondus avec les
 » vôtres; et puisque vous êtes caution, c'est-à-dire
 » débiteur, je vous sommerai, au nom du créan-
 » cier, de me payer tout ce qui excédera la part
 » dont je suis tenu. Ne dites pas, au reste, que,
 » puisque vous avez payé, vous n'êtes plus débi-
 » teur (1); car vous n'avez payé qu'avec subroga-
 » tion, c'est-à-dire avec la réserve de faire passer
 » sur votre tête et d'exercer les droits du créancier,
 » tels que celui-ci les avait contre les autres codé-
 » biteurs. Or, si le créancier avait lui-même fait
 » valoir ses droits contre moi, il aurait dû me sub-
 » roger contre vous, et s'il ne l'avait pas fait ou
 » pu faire, je me serais défendu par l'exception *ce-
 » dendarum actionum*. Vous ne pouvez donc être de
 » meilleure condition que lui, ni vous dispenser
 » de subir mon recours (2); sinon je vous oppose
 l'art. 2037 du C. c. »

Resterait le remède de la subrogation conventionnelle. Mais il ne vaut pas mieux que la subrogation légale. Vainement M. Duranton, qui voit en lui une efficacité que nous lui refusons, donne-t-il pour raison de décider, que l'on ne saurait dénier à la caution un recours solidaire que l'on est obligé d'accorder au tiers qui, ayant payé la dette d'autrui, s'est fait subroger conventionnellement (3). Il y a une grande différence entre le fidéjusseur et un tiers. Un tiers n'a pas contracté d'obligation qu'on puisse rétorquer contre lui; le fidéjusseur en

(1) Pothier, n° 281.

(2) Bartole, cité *infrà*, n° 424.

(3) T. 18, n° 355.

a contracté une, et celui qui est subrogé aux droits du créancier originaire peut la lui opposer. D'ailleurs, ne serait-il pas inadmissible de prétendre que la subrogation émanée de la simple volonté de l'homme a plus d'énergie que la subrogation qui découle de la puissance de la loi (1)?

Tout ceci se corrobore du texte même de notre article, qui ne donne au fidéjusseur de recours pour le total contre les débiteurs solidaires qu'autant qu'il les a tous cautionnés; d'où il suit, par un argument à *contrario* dont a été frappé M. Zacchariæ (2), qu'il n'a qu'un recours partiel contre ceux qu'il n'a pas cautionnés.

ARTICLE 2031.

La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait; sauf son action en répétition contre le créancier.

Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte; sauf son action en répétition contre le créancier.

(1) *Infrà*, n° 437.

Junge M. Ponsot, n° 261.

(2) T. 3, p. 162.

SOMMAIRE.

380. Le recours du fidéjusseur qui a payé le créancier est subordonné à la condition d'avoir bien géré l'affaire du débiteur.
381. Premier cas où le fidéjusseur a manqué de prudence. Ce cas se vérifie quand le fidéjusseur paie sans en instruire le débiteur, lequel, se trouvant dans l'ignorance, paie une seconde fois.
382. Réciproquement, le débiteur qui paie le créancier sans informer le fidéjusseur est responsable envers ce dernier de ce qu'il a pu payer par ignorance.
383. Le fidéjusseur n'est pas non plus reprochable si, poursuivi par le créancier, il le paie sur-le-champ, ignorant que le débiteur avait quelque exception à opposer.
384. Il en serait autrement si le fidéjusseur payait spontanément et sans être poursuivi.
385. Suite.
386. Suite.
Conciliation de l'art. 1640 avec la doctrine exposée aux n° 383 et 384.

COMMENTAIRE.

380. Quelque favorable que soit le recours du fidéjusseur contre le débiteur (1), il est cependant subordonné à la condition que le premier aura utilement géré l'affaire du second (2). Notre article prévoit deux cas où le fidéjusseur a manqué de prudence et failli à cette condition. Il lui refuse alors l'action *mandati contraria*.

381. Le premier cas se réalise lorsque le fidéjusseur a payé le créancier sans en donner avis au

(1) *Suprà*, n° 331.

(2) *Suprà*, n° 338.

débiteur principal, qui, dans l'ignorance de ce qui s'est passé, paie une seconde fois. Le fidéjusseur a agi avec légèreté; disons mieux, avec Ulpien: il a commis une faute lourde et voisine du dol. « *Dolo enim proximum est, si, post solutionem, non nuntiaverit debitori* (1). » Il aurait dû informer le débiteur que la créance était éteinte. Le débiteur qui, de son côté, a payé ce qu'il devait, n'est redevable de rien au fidéjusseur. C'est à ce dernier à exercer contre le créancier qui s'est fait payer deux fois une action en répétition (2).

Nous retrouvons ici les principes du mandat qui éclairent de leur lumière la matière du cautionnement. Le mandataire qui a exécuté le mandat en doit donner avis au mandant, sinon il est responsable des suites de ce défaut d'avertissement (3). Le fidéjusseur, qui n'est si souvent qu'un mandataire, est assujéti au même devoir; nous remarquerons même que c'est en traitant du mandat qu'Ulpien a posé la règle dont le premier alinéa de notre article n'est que l'écho.

382. Réciproquement (4), le débiteur principal qui a payé, et qui par défaut d'avertissement a laissé le fidéjusseur payer une seconde fois, sur les poursuites du créancier de mauvaise foi, cette

(1) L. 29, § 3, D., *Mandati*.

(2) Ulp., *loc. cit.*
Pothier, n° 439.

(3) Voy. mon com. du *Mandat*, n° 396.
Casaregis, *disc.* 26, n° 4.

(4) *Infrà*, n° 467.

dette déjà acquittée, doit à ce même fidéjusseur une indemnité du préjudice que son silence lui a causé.

C'est ce que décide Ulpien dans les lois 8, § 7, et 29, § 2, D., *Mandati*. Le fidéjusseur n'a pu deviner que le débiteur principal avait éteint la dette; il faut imputer à ce dernier de n'avoir pas éclairé sur l'état de l'affaire celui qui avait associé son intérêt au sien (1). « *Ignoscendum est enim, dit Ulpien, si non divinavit debitorem solvisse. Debitor enim debuit notum facere fidejussori jam se solvisse, ne forte creditor obrepat et ignorantiam ejus circumveniat, et excutiat ei summam in quam fidejussit.* »

On pourra objecter que le fidéjusseur, en payant une dette déjà acquittée, n'a pas fait l'affaire du débiteur; que dès lors celui-ci ne lui doit rien; qu'il suffit de réserver au fidéjusseur la condition *indebiti*.

Mais la raison de décider est que le fidéjusseur doit être indemnisé de tout ce qu'il a perdu sans sa faute, par suite de son cautionnement (2), surtout quand cette perte peut être attribuée à la faute du débiteur principal qui, par un avis opportun, pouvait prévenir l'erreur du fidéjusseur. Il faut donc décider avec Ulpien: « *Puto cum mandati habere actionem* (3). »

(1) V. Favre, *Ration.*, sur ces lois.

(2) Paul, l. 15 et 20, D., *Mandati*.

Africain, l. 61, § 5, D., *De furtis*.

(3) Junge Favre, Code, VIII, t. 28, *def.* 27.

Pothier, n° 438.

383. Il en est de même lorsqu'actionné et poursuivi le fidéjusseur paie sur-le-champ le créancier, ignorant que le débiteur avait quelque exception péremptoire à faire valoir (1). L'ignorance des faits d'autrui est toujours excusable (2). N'était-ce pas au débiteur à éclairer le fidéjusseur sur les moyens de défense dont il avait seul connaissance? Ne devait-il pas penser que le fidéjusseur ne pouvait les deviner (3)? Quel reproche peut-on faire d'ailleurs au fidéjusseur qui n'a fait que remplir son obligation, et qui, sommé de payer, s'est empressé d'obtempérer pour prévenir une exécution ou une saisie de ses biens (4)? Dira-t-on qu'il devait avertir le débiteur principal des poursuites dont il était l'objet (5), et se renseigner auprès de lui? Sans doute il doit donner avis au débiteur quand il en a le temps et que le créancier ne le presse pas trop vivement pour payer. Mais nous sommes ici dans un cas où il est poursuivi personnellement et où ses hésitations seront considérées comme un refus de payer. A quoi auraient abouti, dans ce cas, ses communications avec le débiteur absent ou éloigné? La poursuite n'aurait-elle pas marché? Le fidéjusseur n'aurait-il pas été, pendant ces pourparlers, pressé, saisi dans ses biens, incarcéré peut-être? Fallait-il s'exposer à ces fâcheuses extré-

(1) Ulp., l. 29, D., *Mandati*.

(2) L. 5, § 1, D., *Pro suo* (Neratius).

(3) Favre, *Ration.*, sur la loi 29, § 2, D., *Mandati*.

(4) Domat, III, IV, 3, § 7.

(5) Arg. de l'art. 2028.

mités pour un débiteur qui oublie que son fidéjusseur fait cause commune avec lui, et qui garde avec lui un silence qui est une faute?

384. Il en serait autrement si le fidéjusseur payait spontanément et sans être poursuivi. Dans ce cas, comme rien ne l'empêche de s'aboucher avec le débiteur principal, il ne doit pas aller au devant du créancier sans avertir le débiteur qu'il veut se libérer et sans se concerter avec lui. Quand il néglige cette précaution, il est responsable du paiement fait sans cause; il est privé de toute action en recours s'il vient à être établi, soit que le débiteur principal avait déjà payé, soit qu'il avait un moyen triomphant de faire déclarer la dette éteinte. On suppose la collusion entre le créancier et le fidéjusseur. On laisse ce dernier se démêler avec le premier par la répétition de l'indu exercée à ses risques et périls. Telle est la disposition du deuxième alinéa de notre article. Il faut l'entendre sainement, et n'en pas méconnaître la portée restreinte, ainsi que je l'ai vu faire quelquefois. Je le répète : le deuxième alinéa de l'article 2031 n'exige la nécessité d'un avis au débiteur principal que lorsque le fidéjusseur veut prévenir les poursuites et se libérer par un paiement spontané; mais il est tout-à-fait inapplicable dans le cas où le fidéjusseur est sommé, actionné, poursuivi.

385. C'est ce que n'a pas aperçu M. Delvincourt (1), dont l'erreur, toute manifeste qu'elle est, a cepen-

(1) T. 3, p. 145 (notes).

dant été suivie par MM. Duranton (1) et Zacchariæ (2). M. Delvincourt veut que la nécessité de l'avertissement soit absolue, de telle sorte que le fidéjusseur soit responsable de l'avoir omise, alors même qu'il est poursuivi ! Mais où M. Delvincourt a-t-il puisé cette doctrine ? Est-ce dans notre article ? Non ! Car le texte dit le contraire, et, pour priver le fidéjusseur de l'action *mandati contraria*, il exige le concours de deux circonstances : le défaut de poursuites et le défaut d'avis. Aussi, dans le système de M. Delvincourt, en est-on réduit à dire que la rédaction de cet article *est inexacte* !

Est-ce l'ancien droit qui autorise M. Delvincourt à s'écarter du texte ? Pas davantage. Les lois romaines, dans lesquelles l'article 2031 a été puisé, loin de vouloir que le fidéjusseur poursuivi donne avis au débiteur principal, supposent au contraire que c'est le débiteur principal qui aurait dû avertir le fidéjusseur que la dette était, par lui, éteinte, ou qu'il avait un moyen tranchant de faire échouer le créancier ; et Pothier ne manque pas d'insister sur ce que le débiteur principal est en faute de n'avoir pas averti la caution (3). De plus, Domat donne à cette doctrine le dernier coup de pinceau en insistant sur la faveur que mérite le fidéjusseur qui, sommé de payer, n'a acquitté la dette de bonne foi que pour prévenir une exécution ou la saisie de ses biens !!

(1) T. 18, n° 357.

(2) T. 3, p. 163, et note (7).

(3) N° 438.

386. Quel peut donc être, encore une fois, le soutien de l'opinion de M. Delvincourt ? C'est un argument tiré de l'article 1640 du C. c. Parce que l'article 1640 fait cesser la garantie pour cause d'éviction quand l'acquéreur s'est laissé condamner sans appeler le vendeur qui avait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande, notre auteur veut à toute force, contre le texte même de l'article 2031, que l'action *mandati contraria* cesse lorsque le fidéjusseur poursuivi a payé sans avertir le débiteur principal qui avait moyen de faire repousser l'action. Mais la parité me paraît manquer entièrement entre ces deux cas (1). Dans l'art. 1640, c'est un acheteur qui plaide ; dans l'art. 2031, c'est un fidéjusseur qui paie. Or, celui qui plaide a le temps d'appeler son garant ; il est en faute s'il ne le fait pas ; au contraire, celui qui paie ce qu'il doit afin d'éviter une saisie, une exécution, une incarcération, est poussé par l'urgence ; le temps lui manque pour se consulter avec le débiteur principal, souvent éloigné de lui.

Sans doute, si le fidéjusseur, au lieu de payer, avait plaidé, et qu'il n'eût pas appelé en cause le débiteur qui avait moyen de faire rejeter la demande, ce dernier pourrait lui refuser l'indemnité de la condamnation par lui supportée (2) ; car il n'avait pas mandat pour représenter le débiteur dans un procès ; et puisqu'il avait des doutes assez graves pour conduire les choses jusqu'à cette ex-

(1) *Junge* M. Ponsot, n° 249.

(2) *Infrà*, n° 455.

trémité, il devait se concerter avec le débiteur, et ne pas prendre imprudemment la charge d'un débat dont les moyens de défense lui étaient inconnus. Mais il en est autrement quand le fidéjusseur paie de bonne foi et avec une juste ignorance des faits du débiteur. Il a mandat pour payer, et c'est au débiteur, qui a des motifs suffisants pour que ce paiement ne se fasse pas, à révoquer ce mandat et à faire connaître au fidéjusseur le véritable état des choses.

L'art. 1640 est ici entièrement inapplicable. L'art. 1640 a craint avec raison la collusion de l'acheteur qui a quelquefois intérêt à être évincé (1). La collusion est beaucoup moins à craindre de la part du fidéjusseur qui a plutôt intérêt à ne pas payer.

L'art. 1640 s'occupe d'un acquéreur, c'est-à-dire d'une personne munie d'un titre qui lui donne le droit de garder la chose, et qui lui impose le devoir de la défendre par tous les moyens légitimes.

L'art. 2031 s'occupe d'un fidéjusseur, c'est-à-dire de celui dont le titre l'oblige à payer quand il en est requis, et qui, en payant, obéit à la bonne foi, remplit sa promesse, est fidèle à ses engagements (2). Dans le premier cas, le vendeur a dû compter sur la résistance de l'acquéreur. Dans le second, le débiteur principal a dû s'attendre à

(1) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 540.

Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 822.

(2) *Solvendo fidem implet fidejussor* (Favre, *Code*, 8, 28, 1).

l'obéissance du fidéjusseur. Le vendeur, se confiant à l'énergie du sentiment de la propriété, était bien sûr que l'acheteur épuiserait tous les moyens de défense; que, par conséquent, lui, vendeur, serait mis en cause, et qu'alors il serait temps de produire ses exceptions contre la demande originaire. Le débiteur principal, au contraire, devait prévoir que le paiement était la conséquence nécessaire de l'obligation du fidéjusseur; et, puisque la bonne foi s'opposait à ce que le paiement fût retardé, il était de son devoir de venir au devant du fidéjusseur, et de lui fournir, ne fût-ce que par humanité, les exceptions de nature à faire cesser ses embarras.

Enfin, dans le cas de l'art. 2031, l'action du fidéjusseur est une action de mandat, et l'on sait que la bonne foi y doit être exubérante, afin que le mandataire ne soit pas victime de son office (1). Le mandataire, surtout quand il a rendu un service aussi important que l'est un cautionnement, ne doit pas être traité avec amertume. Tant de subtilité de la part du débiteur dégènerait en ingratitude et en mauvaise foi.

ARTICLE 2032.

La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée,

(1) L. 61, § *Quod verum*, D., *De furtis*.