

SECTION III.

De l'effet du cautionnement entre les cofidėjusseurs.

ARTICLE 2033.

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.

Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent.

SOMMAIRE.

417. Transition. Des effets du cautionnement entre plusieurs cofidėjusseurs.
418. L'ancien droit romain établissait une société de plein droit entre les *sponsores* et les *fidepromissores*.
Mais, dans la *fidejussio*, le fidėjusseur qui avait payé le total, n'avait de recours contre les autres fidėjusseurs qu'autant qu'il s'était fait subroger.
Raison de cet état de choses.
419. Suite.
420. L'ancien droit français admet la subrogation de plein droit.
421. Le Code civil a imité ce droit équitable, et le recours du fidėjusseur est fondé autant sur une subrogation de plein droit que sur une utile gestion d'affaires.
422. Mais le fidėjusseur ne saurait agir contre ses cofidėjusseurs qu'à la condition d'avoir payé.

423. Le recours organisé par l'art. 2033 ne saurait être rattaché à l'existence d'une société entre cofidėjusseurs.
424. Si le fidėjusseur est poursuivi, ne pourra-t-il pas agir contre ses cofidėjusseurs ?
425. Le recours du fidėjusseur contre ses cofidėjusseurs est encore subordonné à la condition d'avoir payé en ayant juste sujet de le faire.
Combinaison de l'art. 2033 avec l'art. 2032.
426. Le recours s'exerce contre tous les cofidėjusseurs, alors même que les cautionnements auraient été donnés par actes successifs.
427. Mais le fidėjusseur aura-t-il son recours contre celui qui a donné, non pas un cautionnement proprement dit, mais une hypothèque sur ses immeubles ?
Résolution négative.
428. Suite.
429. Suite. La caution doit d'ailleurs être toujours discutée avant d'arriver aux tiers détenteurs. La caution est par rapport à eux un *obligé principal*.
430. La caution ne peut donc faire contribuer les tiers détenteurs.
431. En quel sens a-t-il été dit au n° 353 que la subrogation fait passer au fidėjusseur le bénéfice de l'hypothèque appartenant au créancier ?
432. Des parts pour lesquelles doivent contribuer les cofidėjusseurs. Ils contribuent pour leur part et portion.
433. En est-il de même lorsque le cofidėjusseur s'est fait subroger expressément par le créancier qui avait action solidaire contre tous les fidėjusseurs ?
Réfutation de la doctrine de M. Toullier qui soutient que la subrogation expresse donne au subrogé, en pareil cas, action solidaire.
434. Ancienne jurisprudence.
435. Le C. c. a voulu se conformer à son dernier état.
436. Art. 1214 combiné avec l'art. 2033. M. Toullier les repousse parce qu'ils ne parlent que de la subrogation légale.

Mais il n'y a pas de différence entre la subrogation légale et la subrogation expresse, si ce n'est que l'une émane de la loi et l'autre de la volonté.

437. Suite.

438. Suite. Invocation de l'art. 875 C. c.

439. Il n'est pas vrai, comme le soutient M. Toullier, que la crainte d'un circuit d'actions soit chimérique.

440. Si l'un des cofidėjusseurs est insolvable, la perte se répartit sur les autres solvables.

441. Du cas où il y a plusieurs débiteurs solidaires et des fidėjusseurs séparés, et où l'un d'eux a payé le total.

442. *Quid juris* du cas où le créancier ne peut céder ses actions contre les autres cofidėjusseurs ?

Renvoi.

COMMENTAIRE.

417. Après avoir considéré le cautionnement dans ses effets entre le fidėjusseur et le créancier, et entre le débiteur et la caution, il reste à déterminer les effets qu'il produit entre les cofidėjusseurs du même débiteur. Tel est l'objet de notre section et de l'article unique dans lequel elle est renfermée.

418. Nous avons vu, par l'art. 2025, que lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette (1). Si donc le créancier s'adresse à l'une d'elles pour en avoir un paiement total, et qu'il l'obtienne, le fidėjusseur qui a payé seul aura-t-il un recours contre ses cofidėjusseurs ? Si les actions que la loi lui assure contre le débiteur principal sont inefficaces par l'insolvabilité

(1) *Suprà*, n° 288, 289 et suiv.

de ce dernier, restera-t-il désarmé à l'égard de ses cofidėjusseurs, lui qui a supporté tout le poids d'un paiement auquel ils étaient obligés aussi bien que lui ?

Dans l'ancien droit romain, il y avait une loi Apuleia d'après laquelle il existait, de plein droit, une espèce de société entre les *sponsores* et *fidepromissores* d'un même débiteur; en sorte que si l'un d'eux payait la dette entière, il pouvait agir contre les autres par l'action *pro socio* pour se faire indemniser de ce qui excédait sa part et portion (1).

Cette idée était équitable; et cependant elle resta propre à la *sponsio* et à la *fidepromissio*; elle ne fut pas étendue à la fidėjussion, quoique la fidėjussion eût été imaginée pour perfectionner la *sponsio* et la *fidepromissio*. Caius nous apprend que les fidėjusseurs ne pouvaient se prévaloir de la loi Apuleia (2). Celui d'entre eux qui avait payé toute la dette n'avait de recours contre ses cofidėjusseurs qu'autant qu'il s'était fait subroger dans les droits du créancier (3). Que s'il avait omis de se faire céder les actions de ce dernier, c'est en vain qu'il aurait demandé à ses cofidėjusseurs d'entrer avec lui en contribution. Ceux-ci lui auraient répondu: Nous n'avons contracté avec vous aucune obligation.

(1) Caius, III, *Com.* 122.

(2) III, *Com.* 122.

(3) Caius, *loc. cit.*

Modestin, I, 39, D., *De fidejuss.*

Alex., I, 11, C., *De fidej.*

Doneau sur cette loi, n° 1 et 3.

Tout ce que nous avons voulu, vous tout le premier, c'est d'obliger le débiteur principal. Or, quand vous avez payé, vous avez accompli votre propre engagement ; si vous avez fait l'affaire du débiteur, vous n'avez pas fait la nôtre, et vous ne pouvez vous prévaloir contre nous ni de l'action *mandati*, ni de l'action *negotiorum gestorum* (1).

419. Ce raisonnement pouvait avoir, en droit strict, de l'autorité ; il était faible en équité. Les cofidėjusseurs, en effet, auraient pu être actionnés pour leur part et portion par le créancier, et alors ils auraient dû contribuer au paiement de la dette. En sera-t-il autrement parce que le créancier, suivant une autre voie, a exigé d'un seul le total de la dette ? Il semble que non ! sans quoi les fidėjusseurs non inquiétés profiteraient, aux dépens de leur cofidėjusseur, du choix que le créancier a fait de lui pour payer le total. En réalité, ce dernier a fait leur affaire en les libérant d'une dette commune (2). Qu'importe qu'il ne les ait libérés que par voie de conséquence (3) ? Il faut voir le résultat, la réalité. Et assurément c'était une idée ingénieuse que celle de l'ancien droit sur la *sponsio* et la *fidepromissio*, lequel, cherchant une comparaison vraisemblable,

(1) Doneau, *loc. cit.*, n° 2.

(2) Pothier, n° 446.

(3) « *Liberat debitorem principaliter, fidejussor per consequentiam,* » dit Doneau (*loc. cit.*), pour écarter l'action *Negot. gest.*

avait ramené la situation à une sorte de société et accordé l'action *pro socio*.

420. L'ancien droit français repoussa les idées trop sévères du dernier état de la jurisprudence romaine. Il n'exigea pas de subrogation. Il voulut que les cofidėjusseurs non inquiétés fussent tenus, de plein droit, de supporter leur part d'un paiement qui en réalité leur avait profité autant qu'à celui qui avait payé. Telle était la disposition de la coutume de Bretagne (1).

Ce n'est pas toutefois l'action *pro socio* qu'on donna pour sanction à ce droit du fidėjusseur qui avait payé. On ne connaissait pas Caius et la loi *Apuleia*. On se rattacha à l'action *utilis negotiorum gestorum* (2), et pour cela on ne fit qu'appliquer aux fidėjusseurs les principes que le droit romain lui-même avait établis à l'égard de plusieurs cotuteurs, principes d'après lesquels le tuteur qui avait payé avait contre les autres cotuteurs l'action utile *negotiorum gestorum* (3).

D'Argentré a signalé en ces termes ce progrès de la jurisprudence française : « *Quare nullâ ratione tam* » *sophistici juris habitâ, dedimus actiones fidejussoribus* » à *confidejussoribus partem virilem petentibus, ex æquo*

(1) Art. 494 ;

Et d'Argentré sur l'art. 213 de l'ancienne coutume, n° 3.

Pothier, n° 446.

(2) Pothier, n° 446.

(3) Ulpien, l. 1, § 10, D., *De tut. et rat. dist.*

» *et bono, vitato inutili circuitu, et nimium formula-*
» *rio* (1). »

421. Notre article consacre cette ancienne jurisprudence, et, sous ce rapport, il est beaucoup plus parfait que la jurisprudence classique de Rome. Il assure au fidéjusseur qui a payé un recours contre les autres fidéjusseurs qui auraient pu être recherchés à sa place pour le paiement.

Mais sur quelles bases repose ce recours? Est-il le résultat d'une subrogation dans les droits du créancier, comme quelques-uns l'enseignent (2)? Découle-t-il d'une gestion d'affaires *utilis*, comme le voulait Pothier? Je pense que l'un et l'autre peuvent être admis. Le fidéjusseur qui a payé est certainement subrogé de plein droit au créancier. C'est là un effet nécessaire qui trouve dans l'art. 1251, n° 3, du C. c., sa légitimité; et l'on ne voit pas pourquoi notre article ne serait pas considéré comme une application du principe posé dans ce même article 1251. D'un autre côté, il faut aussi reconnaître que le fidéjusseur qui paie est nécessairement aussi un *negotiorum gestor utilis* de ses cofidéjusseurs; et la force des choses conduit à accepter, sous l'empire de l'art. 2033, les idées que l'ancien droit français avait émises sur ce sujet. Nous disons donc que l'art. 2033 institue au profit du fidéjusseur deux actions distinctes, et qu'il les englobe dans sa rédaction à toute fin: une action

(1) *Loc. cit.*, n° 3.

(2) M. Zaccharia, t. 3, p. 161.

venant de la subrogation et du chef du créancier payé; une action provenant du chef du fidéjusseur lui-même et appartenant à la classe de la gestion d'affaires.

Au surplus, ces deux actions, quoique tendant au même but (à savoir, l'indemnité du fidéjusseur payant), et quoique ayant quelques effets communs, sont cependant fort différentes (1), et le résultat n'en est pas toujours identique. Ainsi, par exemple, la subrogation, transférant au subrogé certaines garanties, certaines prérogatives dont le créancier était investi, procure souvent au fidéjusseur une indemnité plus sûre que la simple action *negotiorum gestor utilis*.

422. Ce recours du fidéjusseur est soumis à une condition: c'est qu'il ait payé, c'est qu'il ait désintéressé le créancier. Notre article le déclare expressément; et, par-là, il a voulu condamner une opinion qui, dans l'ancienne jurisprudence, avait trouvé de nombreux appuis (2), et qui consistait à soutenir que le fidéjusseur pouvait, même avant d'avoir payé, et dans le cas d'un péril à redouter, contraindre ses cofidéjusseurs à contribuer avec lui au paiement de la somme due en commun au créancier. Cette opinion était exagérée, comme Pothier l'a très bien démontré (3). Avant d'avoir payé, le cofidéjusseur est sans droit. Ce n'est que

(1) Argument de ce que nous disions, *suprà*, n° 353 et 354.

(2) Basnage, *Hypoth.*, part. 2, ch. 6.

Brodeau sur Louet, lettre F, ch. 27.

(3) N° 446.

du paiement que naît soit la subrogation, soit l'action *negot. gest. utilis* que l'équité lui a fait donner.

423. Et par-là l'on voit que le recours du cofidéjusseur ne provient, pas plus sous le C. c. que sous l'ancien droit français, d'une société présumée entre les cofidéjusseurs. Il dérive du paiement seul, qui a libéré les autres fidéjusseurs d'une dette qui aurait pu venir s'appesantir sur eux (1). Comment, en effet, pourrait-il y avoir société sans contrat de société? Où serait surtout la société si les fidéjussions avaient été données successivement?

424. Toutefois, faudra-t-il attendre nécessairement le paiement? Ne suffira-t-il pas que le fidéjusseur soit poursuivi? Les poursuites ne seront-elles pas une cause de recours équivalente au paiement effectué? Pothier le pensait (2), et cette opinion est pleine d'équité.

Les rédacteurs de l'article 2033, qui avaient sous les yeux le livre de Pothier, se sont servis de termes qui la repoussent. C'est de leur part une intention réfléchie. Puisque l'action résulte du paiement, il faut que le paiement soit effectué; puisque cette action n'est qu'une action *negotiorum gestorum utilis*, il faut que l'affaire ait été gérée; ou bien, si l'on veut qu'elle soit la conséquence de la subrogation, comment pourrait-elle précéder la subrogation et le fait même d'où naît la subrogation?

(1) Pothier, n° 446.

(2) *Loc. cit.*

425. Il ne suffit pas que le fidéjusseur ait payé; il faut encore qu'il ait payé en ayant un juste sujet de le faire; et, d'après l'art. 2033, ce juste sujet n'existe qu'autant qu'il a payé dans les cas énumérés par l'art. 2032. Si le fidéjusseur avait payé hors ces cas, l'action en recours lui échapperait.

Notez bien que toutes les cinq hypothèses prévues par l'article 2032 sont bonnes pour autoriser le fidéjusseur qui a payé à recourir contre ses cofidéjusseurs. Selon quelques auteurs, cependant, les cas indiqués aux n°s 1, 2 et 4 de l'article 2032 seraient les seuls dans lesquels la caution aurait un recours contre ses cofidéjusseurs (1). Mais il suffit de lire le rapport de M. Chabot au Tribunat pour se convaincre du peu de fondement de cette opinion. Le texte, d'ailleurs, ne parle-t-il pas clairement? Voici les expressions de M. Chabot (2):

« Néanmoins ce fidéjusseur ne peut exercer le recours s'il a payé sans avoir été poursuivi en justice par le créancier; ou sans que le débiteur fût en faillite ou en déconfiture; ou avant l'expiration du terme auquel le débiteur s'était obligé de lui rapporter décharge; ou avant l'échéance de l'obligation; ou avant l'expiration des dix années, lorsque l'obligation n'avait pas de terme fixe d'échéance; ou avant l'expiration du temps déterminé pendant lequel cette obligation était de nature à ne pouvoir s'éteindre. »

(1) M. Duranton, n° 366, t. 18.

M. Ponsot, n° 292.

(2) Fenet, t. 15, p. 58.

La pensée du législateur se révèle ici avec les plus minutieux détails. Il n'est pas possible de la méconnaître par des restrictions aussi contraires à son texte qu'à son esprit (1).

426. Mais contre quels cofidéjusseurs celui qui a payé a-t-il recours ? Il a son recours contre tous ceux qui, comme lui, ont prêté leur cautionnement. Peu importe que ces cautionnements n'aient pas été donnés simultanément ; peu importe qu'ils aient été donnés par actes séparés et successifs. L'article 2033 est général ; il ne fait pas de distinctions ; la raison, d'ailleurs, n'en demande pas (2).

427. Le fidéjusseur a-t-il action contre celui qui, sans avoir fourni de cautionnement personnel, n'a fait qu'hypothéquer son immeuble à la dette cautionnée ? *Pone* :

Pierre, voulant prendre à ferme un domaine considérable, donne au bailleur Primus pour caution. Secundus consent de plus, non pas à être caution, mais à hypothéquer, à la sûreté des fermages, son immeuble A. Primus, poursuivi par le bailleur, paie. Pourra-t-il forcer Secundus à contribuer (3) ? La négative me semble certaine.

En premier lieu, Secundus n'a contracté aucun engagement personnel. Il n'était pas tenu de payer. Primus n'a donc pas contre lui l'action *negotiorum gestorum utilis*.

(1) *Junge M. Zacchariaë*, t. 3, p. 164, note (1).

(2) M. Ponsot, n° 282.

(3) *Contrà*, M. Ponsot, n° 283.

En second lieu, ce serait tout aussi vainement que Primus se prévaudrait de l'article 1251, n° 3, pour se prétendre subrogé dans le droit du créancier d'agir contre l'immeuble hypothéqué. En principe, les obligés personnels sont plus étroitement liés que ceux qui sont obligés *re tantum*. Ceux-ci ne sont tenus qu'à défaut de ceux-là (1). Ils n'ont engagé leur chose que pour sûreté de l'engagement personnel ; quand l'engagement personnel a été rempli, leur chose est immédiatement libérée. La dette principale étant éteinte, l'accessoire de cette dette disparaît. Si, dans l'espèce, le bailleur avait agi contre Secundus, et que Secundus eût payé, il aurait une action en recours contre les obligés personnels pour se faire intégralement rembourser ; contre le débiteur principal, en vertu de l'article 2178 ; contre la caution, en vertu de la subrogation légale dans les droits du créancier. Et cette subrogation ne pourrait être diminuée par aucune part à lui personnelle, puisqu'il n'est pas obligé personnel. Tout cela est élémentaire, et je m'étonne que des idées si certaines, si juridiques, aient été quelquefois méconnues (2).

428. Elles acquièrent un plus haut degré d'évidence si l'on met un tiers détenteur à la place de celui qui avait consenti à l'hypothèque de sa chose. Posons un exemple :

(1) Argument de l'art. 2170 C. c.

Mon com. des *Hypothèq.*, t. 3, n° 796.

(2) Par exemple, par M. Ponsot, dont le livre est cependant très estimable et très utile (n° 283).

Pierre emprunte 10,000 à Jacques. Il hypothèque l'immeuble A pour sûreté de cet emprunt, et se fait cautionner par Primus. Plus tard, Pierre vend à Secundus l'immeuble A. Enfin il tombe en déconfiture, et Jacques se fait payer par Primus. Est-ce bien sérieusement qu'on soutiendra que Primus pourra se prévaloir de notre article pour forcer Secundus à contribuer? Comment! Si Secundus avait été inquiété par le créancier, il aurait pu lui dire: « Avant de vous venger sur moi, discutez le débiteur principal et sa caution qui possèdent d'autres immeubles à vous hypothéqués (il faut supposer cette circonstance); ce n'est qu'autant que cette discussion vous laissera à découvert que vous pourrez me déposséder. Ainsi le veut l'art. 2170 du C. c. (1). »

Or, quand le tiers détenteur peut repousser le créancier par une telle exception, quand il est certain que le fidéjusseur doit être discuté, dans les immeubles hypothéqués à la dette, *usque ad peram* (2), avant qu'on arrive jusqu'à lui, il serait possible que le fidéjusseur le forçât à entrer en contribution!

429. Mais, me dit-on (3), ne prêtez-vous pas à l'article 2170 un sens trop étendu? Cet article n'exige que la discussion préalable des principaux obligés. Or, le fidéjusseur n'est pas un principal

(1) Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, nos 796 et 800 (bis).

(2) *Suprà*, n° 244.

(3) Voy. M. Ponsot, n° 283, et M. Mourlon, *Dissert. sur la subrogation*. Revue étrangère, 1845, p. 741, 742.

obligé; il n'est qu'un obligé accessoire. La formule de la loi n'est donc pas applicable aux cautions. Si le législateur eût voulu les comprendre, il eût dit, comme dans l'art. 1252: « tant contre les cautions que contre les débiteurs principaux. » On n'a qu'à consulter les dispositions de la loi relatives au cautionnement, et partout on trouvera les expressions *débiteur principal* réservées pour désigner la personne dans l'intérêt de laquelle la dette a été contractée: 1287, 1288, 1294, 2014, 2022, 2023, 2028, 2030, 1281, 2031, 2035, 2039, 2049. Elles ne sont, en aucun cas, employées pour désigner cumulativement le débiteur et la caution (1).

J'ai réfuté ailleurs cette opinion (2). Ajoutons quelques mots à notre démonstration.

J'ai souvent entendu regretter que le C. c. n'ait pas un titre *De verborum significatione*, à l'exemple du droit romain. Si ce titre existait, on ne se trouverait pas arrêté par de telles controverses. Parlons, en effet, le langage du droit tel qu'il était fixé avant le C. c., et tel que le C. c. a bien certainement voulu qu'il restât fixé dans ses formules. Or, dans la bouche des jurisconsultes, les mots *obligés principaux* ont toujours compris les cautions, alors qu'il s'est agi de dessiner la différence de position qui existe entre le tiers détenteur, tenu *re tantum*, et ceux qui ont contracté un engagement personnel. Le fidéjusseur est, par rapport au tiers détenteur, un obligé principal, parce que le lien personnel,

(1) M. Mourlon, *loc. cit.*, p. 741, 742.

(2) Mon com. des *Hypothèques*, n° 800 (bis).