

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.

232. Quel est l'objet du recours qui appartient à la caution contre le débiteur? Le recours a lieu d'abord pour le principal (art. 2029), c'est-à-dire pour tout ce que la caution a dû payer au créancier; si elle a dû payer des intérêts, ces intérêts forment, à son égard, une somme principale, aussi bien que le capital de la dette; c'est seulement à l'égard du débiteur que l'on distingue entre le capital et les intérêts; à l'égard de la caution, tout ce qu'elle doit payer est une dette principale. Si le recours s'étend à tout ce que la caution a payé, il est aussi limité au paiement de ce qu'elle a déboursé. Le recours est une action en indemnité; la caution a droit à une indemnité entière (n° 231), mais elle n'a droit qu'à une indemnité; si elle a payé en papier-monnaie, elle ne peut réclamer que la valeur réelle qu'avait le papier-monnaie au moment du paiement (1).

233. L'article 2029 porte que la caution a un recours tant pour le principal que pour les intérêts. Si par *principal* on entend ce que la caution a déboursé pour le débiteur, on doit entendre par intérêts les intérêts des avances qu'elle a faites. Lors donc que le débiteur devait une somme capitale et des intérêts, la caution a droit aux intérêts, non-seulement du capital, mais aussi des intérêts. La cour de Toulouse l'a jugé ainsi, et cela ne fait aucun doute. On objectait que les intérêts ne peuvent produire des intérêts que sous les conditions déterminées par l'article 1154. L'objection confondait l'obligation du débiteur et celle de la caution; à l'égard du débiteur, on distingue les intérêts du capital, et on applique, s'il y a lieu, l'article 1154; mais, à l'égard de la caution, il n'y a pas à distinguer, tout ce qu'elle est tenue de payer pour le débiteur forme, à son égard, une dette capitale, et elle a droit aux intérêts de cette dette (2).

Il y a une légère difficulté en ce qui concerne le moment à partir duquel les intérêts sont dus à la caution. D'après le droit commun, les intérêts ne courent qu'à partir du jour

(1) Ponsot, *Du cautionnement*, p. 263, n° 234.

(2) Toulouse, 4 février 1829 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 241) Duranton, t. XVIII, p. 374, n° 352. et tous les auteurs.

de la demande judiciaire. Cette règle s'applique-t-elle à la caution? La négative est certaine quand la caution s'oblige en vertu d'un mandat; on lui applique, dans ce cas, l'article 2001, d'après lequel « l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées ». En est-il de même quand la caution s'est engagée comme gérant d'affaires? Si l'on s'en tenait à l'article 2001, la question serait au moins douteuse; nous avons enseigné que le gérant d'affaires ne peut pas se prévaloir de la disposition exceptionnelle de l'article 2001 (t. XX, n° 330); si donc la difficulté devait être décidée par cet article, il faudrait se prononcer contre la caution. A notre avis, l'article 2028 lève tout doute. En disant que la caution a droit aux intérêts, la loi entend les intérêts de ses avances, puisque la loi les lui attribue; on doit en conclure qu'ils courent de plein droit. Le rapport de Chabot, que nous avons cité (n° 231), confirme l'interprétation que nous donnons au texte. Il pose en principe que le débiteur doit une indemnité *entière* à la caution, lors même que le cautionnement a été donné à son insu; donc l'intention du législateur a été de mettre la gestion d'affaires sur la même ligne que le mandat; c'est en ce sens que l'article 2028 dit que le recours de la caution a lieu tant pour les intérêts que pour le principal. C'est l'opinion généralement suivie (1).

234. L'article 2028 porte que la caution a aussi un recours pour les frais. Il peut y avoir deux espèces de frais, ceux que le créancier a faits contre le débiteur principal et ceux qu'il a faits contre la caution. Quant aux premiers, ils sont compris dans la dette principale que la caution est tenue d'acquitter; en effet, cette dette comprend d'abord tout ce que le débiteur doit en principal et intérêts, puis les frais que le créancier a été obligé de faire contre le débiteur, lorsque celui-ci ne paye point sa dette. Seulement la loi veut que le créancier dénonce la poursuite à la caution; et elle décide, en conséquence, que la caution doit payer les frais de la première demande et les

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. IV, p. 689, note 12, § 427.

frais postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. Nous renvoyons, sur ces frais, à ce qui a été dit sur l'article 2018. Quant aux frais que le créancier fait contre la caution, l'article 2028 porte : « La caution n'a de recours *que* pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. » Delvincourt a, le premier, fait la remarque qu'il y a une négligence de rédaction dans cette disposition; au lieu de dire que la caution n'a de recours *que* pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé les poursuites, il faut dire que la caution n'a de recours, pour les frais par elle faits, *que* depuis qu'elle a dénoncé les poursuites. La rédaction du code semble dire que la caution n'a pas de recours pour les frais faits par le créancier contre le débiteur principal; ce qui est une erreur évidente, puisque l'article 2016 dit le contraire. La loi veut que la caution dénonce au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle, parce que le débiteur est intéressé à les arrêter en payant la dette, afin d'éviter des frais inutiles. Si la caution ne fait pas cette dénonciation, elle est en faute; et, par suite, elle ne pourra pas réclamer les frais contre le débiteur, sauf ceux de la première demande formée contre elle et les frais de la dénonciation tardive; ce sont là des frais nécessaires qui doivent par cela même être à la charge du débiteur (1).

235. L'article 2028 ajoute que « la caution a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu ». La loi dit *s'il y a lieu*, parce qu'il est de principe élémentaire qu'il n'y a lieu à dommages-intérêts que si un dommage a été causé; et il se peut que la caution n'ait souffert aucun dommage, elle n'a droit alors qu'à être complètement indemnisée de ses avances. Mais si elle a éprouvé un préjudice, elle a droit à une réparation; par exemple, elle a dû se procurer, à un intérêt très-élevé, les fonds nécessaires pour payer la dette : l'intérêt légal auquel elle a droit en vertu de l'article 2028 ne l'indemniserait pas entièrement, et elle doit être complètement indemnisée.

(1) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 123, nos 239 et 240, et les auteurs qu'il cite.

L'article 1153 prévoit le cas où les intérêts légaux ne suffiraient pas pour indemniser la caution du dommage qu'elle éprouve; après avoir établi comme règle que, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts qui résultent du retard dans l'exécution ne consistent *jamais* que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, l'article ajoute : « sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. » C'est par application de cette réserve que l'article 2028 donne droit à la caution, d'abord aux intérêts de ses avances et puis aux dommages-intérêts (1). A vrai dire, ces dommages-intérêts ne sont pas des intérêts moratoires, ce sont des intérêts qui compensent le dommage que la caution souffre du cautionnement; il n'y a donc pas exception à la règle établie par l'article 1153, c'est plutôt une cause différente d'indemnité.

236. La caution a-t-elle le recours déterminé par l'article 2028 lorsqu'elle a cautionné le débiteur malgré lui? On a eu raison de dire que la question est assez oiseuse. Il y a déjà imprudence à se porter caution, sur la prière du débiteur, car qui cautionne paye; il ne se trouvera guère une personne assez imprudente pour rendre ce service au débiteur malgré lui. Toutefois les auteurs discutent tous la question, et il faut en dire un mot. A notre avis, la caution n'aurait aucun recours. L'article 2028, qui accorde une action à la caution, suppose qu'il y a mandat ou gestion d'affaires, c'est-à-dire qu'il existe un lien juridique entre le débiteur et la caution; quand la caution n'est ni mandataire ni gérant d'affaires, de quel droit exercerait-elle une action contre le débiteur? Les uns disent qu'il y a gestion d'affaires; cela n'est pas admissible; nous renvoyons à ce qui a été dit sur les quasi-contrats (t. XX, nos 336-338). D'autres disent que la caution a l'action *de in rem verso*; cela est très-douteux; le débiteur qui s'oppose à ce que la caution intervienne pour lui s'oppose par cela même à ce que la caution agisse contre lui. Vainement invoque-t-on l'équité et la maxime que personne ne peut s'enrichir aux

(1) Duranton, t. XVIII, p. 372, n° 351, et tous les auteurs.

dépens d'autrui; la première règle d'équité veut qu'on ne se mêle pas des affaires d'autrui, malgré le maître. Il n'y aurait pas même de libéralité, comme on le prétend, car la donation exige le concours de consentement des deux parties; et, dans l'espèce, le débiteur refuse. En définitive, il y a un fait tout à fait anormal, à raison duquel la loi ne donne pas d'action (1).

237. Quelle est la condition sous laquelle la caution a droit à un recours contre le débiteur? L'article 2028 répond qu'elle a un recours quand elle a payé; c'est donc le paiement qui est le principe de son action récursoire. Le mot *payer* doit être pris dans son sens le plus large; dès que la caution a satisfait à l'obligation du débiteur d'une manière quelconque, elle a un recours contre lui; il suffit que le débiteur soit libéré par le fait de la caution, quand même elle n'aurait pas fait un paiement proprement dit. La caution, poursuivie par le créancier, peut lui opposer la compensation de ce que le créancier lui doit; la caution est libérée dans ce cas, et elle libère le débiteur; or, compenser, c'est payer; donc la caution a un recours contre le débiteur. Il en serait de même si le créancier avait consenti à libérer le débiteur en faisant novation avec la caution (2).

Que faut-il dire de la remise de la dette? Si la remise est faite à titre onéreux, ce n'est autre chose qu'une dation en paiement ou une novation; dans l'une et l'autre hypothèse, il y a lieu à recours. D'ordinaire on entend par remise la libération à titre gratuit. Il faut voir alors si le créancier a voulu éteindre la dette à l'égard du débiteur et de la caution; dans ce cas, il ne peut être question de recours. Mais si le créancier a entendu faire une libéralité à la caution, celle-ci aura un recours contre le débiteur prin-

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau (t. II, p. 689 et suiv., notes 14 et 15, § 427), et par Pont (t. II, p. 125, n° 245).

(2) Rejet, 7 mars 1876 (Dalloz, 1876, 1, 350). Dans l'espèce, le débiteur principal était tombé en déconfiture, ce qui rendait la dette exigible. La caution obtint sa libération en convenant avec le créancier que la créance qui ne rapportait pas d'intérêts en produirait désormais. Il a été jugé que la caution avait un recours contre le débiteur, non-seulement pour la dette principale, mais aussi pour les intérêts promis par la caution pour libérer le débiteur.

cipal, car elle libère celui-ci moyennant la donation qu'elle a reçue; c'est comme si elle avait payé la somme due par le débiteur, et qu'ensuite le créancier lui eût rendu les deniers qu'il a reçus (1).

238. Pour que la caution qui a payé ait un recours, il faut qu'elle ait payé, comme le débiteur lui-même aurait dû le faire. Le rapporteur du Tribunal formule le principe en ces termes : « La caution ne peut nuire aux droits du débiteur. » Chabot donne comme exemples : si la caution payait avant que l'obligation fût échue, elle ne pourrait exercer son recours qu'à l'échéance; et si elle payait au delà de ce qui était dû, elle ne pourrait répéter l'excédant de la dette (2).

Pothier déduit une autre conséquence du même principe : la caution doit opposer au créancier les exceptions que le débiteur pouvait faire valoir contre la demande. Elle a cautionné un prix de vente et l'acheteur est évincé; si la caution poursuivie par le vendeur a connaissance de l'éviction, elle doit opposer l'exception que le débiteur avait le droit d'opposer, sinon elle n'aura pas de recours, car elle payerait une dette qui n'existe pas. Si elle n'oppose pas l'exception, parce qu'elle n'avait pas connaissance de l'éviction, elle aura un recours, parce que l'acheteur évincé aurait dû l'avertir de l'éviction; n'étant pas avertie, la caution a payé parce qu'elle s'est crue obligée de le faire.

Que faut-il décider si la dette était prescrite? Pothier répond que la caution n'est pas obligée d'opposer la prescription, parce que cela peut répugner à sa conscience; mais, dans ce cas, elle devra mettre le débiteur en cause, car c'est un droit pour lui de se prévaloir de la prescription, et c'est à lui de juger s'il veut user de son droit (3).

239. La caution qui paye la dette doit avoir soin d'avertir le débiteur principal du paiement qu'elle a fait; nous entendons toujours par paiement toute extinction de l'obligation principale qui donne à la caution un recours contre le débiteur. Si la caution n'avertit point le débiteur, elle

(1) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 126, n° 232, et les auteurs cités.

(2) Chabot, Rapport, n° 21 (Loché, t. VII, p. 426).

(3) Pothier, *Des obligations*, nos 433 et 434.

est responsable des suites de sa négligence. C'est ce que dit l'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. »

Il résulte de cette disposition que la caution doit toujours avertir le débiteur du paiement qu'elle a fait, sans distinguer si elle paye après avoir été poursuivie ou avant toute poursuite et volontairement. Le deuxième alinéa de l'article 2031 fait cette distinction, nous y reviendrons; le premier est conçu en termes généraux; en effet, il n'y avait aucun motif de distinguer. Que le paiement fait par la caution soit volontaire ou forcé, peu importe; dans l'un et l'autre cas, le débiteur l'ignore, si la caution a négligé de l'en avertir. Et l'on ne peut pas objecter que le débiteur doit, avant de payer, s'informer si la caution n'a pas déjà payé, car régulièrement le créancier s'adresse au débiteur avant d'actionner la caution; le débiteur poursuivi doit donc croire que la dette n'est pas payée.

La caution poursuivie par le créancier doit dénoncer les poursuites au débiteur principal, si elle veut avoir un recours contre lui pour les frais auxquels la demande donne lieu. Si elle a fait cette dénonciation, devra-t-elle, en outre, avertir le débiteur du paiement? L'affirmative nous paraît certaine; elle résulte des termes généraux de l'article 2031, qui ne distingue pas si l'avertissement prescrit par l'article 2029 a eu lieu ou non. Toutefois il nous semble que dans le cas où la caution aurait dénoncé les poursuites au débiteur, sans l'avertir du paiement, on ne pourrait plus de plein droit rendre la caution responsable si le débiteur payait après que la caution aurait payé. Il y a aussi, dans ce cas, une imprudence à reprocher au débiteur qui, sachant qu'il y a des poursuites, paye sans s'informer du résultat des poursuites. Il y aurait donc faute des deux parts : le juge du fait devrait prendre cette faute réciproque en considération pour décider sur qui doit retomber la responsabilité.

La loi ne dit pas comment doit se faire l'avertissement

qu'elle prescrit. On reste donc dans les termes du droit commun, et quant au mode de porter le fait à la connaissance du débiteur et quant à la preuve de l'avertissement. Duranton dit que la preuve testimoniale serait admise indéfiniment, c'est-à-dire quel que fût le montant du litige, parce que l'avertissement n'est qu'un simple fait, ou, comme on dit à l'école, un fait matériel (1). Cela nous paraît bien douteux. Un fait que la loi ordonne est un fait légal, donc un fait juridique, et ce fait a des conséquences juridiques : la caution a son recours si elle a averti le débiteur du paiement qu'elle a fait, tandis qu'elle n'a point de recours contre le débiteur quand elle ne l'a pas averti. Cela est décisif.

Si la caution n'a pas averti le débiteur, et si celui-ci paye une seconde fois la dette, quelle en sera la conséquence? Au moment où le débiteur paye, la dette est éteinte; il fait donc un paiement indû, et, par suite, il a l'action en répétition contre le créancier. C'est donc lui qui devrait agir. L'article 2031 déroge au droit commun : le débiteur est libéré à l'égard de la caution, et c'est celle-ci qui doit agir en répétition; de sorte que c'est sur la caution que retombent les embarras du procès et le risque de l'insolvabilité du créancier; ce qui est très-juste; elle a été négligente, c'est à elle de supporter les conséquences de sa négligence.

240. Il y a une hypothèse analogue que le code ne prévoit pas. Le débiteur paye sans avertir la caution. Celle-ci, dans l'ignorance où elle est de l'extinction de la dette, paye une seconde fois. Elle fait un paiement indû; et elle a, de ce chef, une action en répétition contre le créancier. Mais faut-il aller plus loin, et décider que la caution peut agir par l'action de mandat pour être remboursée de la somme qu'elle a payée, à charge de subroger le débiteur à son action en répétition contre le créancier? Pothier le décidait ainsi conformément au droit romain (2). Dans le silence du code, il nous paraît impossible d'imposer au débiteur une obligation que la loi ne lui impose pas

(1) Duranton, t. XVIII, p. 377, n° 356.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 437.

et de sanctionner cette obligation par une peine civile, celle de supporter le risque de l'insolvabilité du créancier. La cour de Lyon s'est prononcée pour la doctrine traditionnelle, en distinguant toutefois entre le paiement fait volontairement par la caution d'une dette éteinte et le paiement fait sur la poursuite du créancier. Dans le premier cas, elle a décidé qu'il y avait faute de la part de la caution d'avoir payé spontanément et sans nécessité une lettre de change huit années après son échéance; dans le second cas, elle a déclaré le débiteur responsable pour n'avoir point averti la caution de l'extinction de la dette; l'obligation du débiteur d'avertir la caution, dit la cour, est corrélatrice à celle que l'article 2031 impose à la caution; la cour en conclut que la caution a une action en indemnité contre le débiteur en vertu de l'article 2001 (1).

Cette décision soulève bien des doutes. Peut-on admettre une obligation légale par analogie? Non. Et s'il y avait obligation légale d'avertir la caution, cette obligation existerait sans distinction entre le cas où la caution paye volontairement et le cas où elle paye sur la poursuite du créancier. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'en fait il peut y avoir une faute imputable à la caution ou au débiteur, et chacun d'eux répondra du dommage qu'il a causé par sa faute (2).

241. L'article 2031 prévoit un second cas dans lequel la caution n'a point de recours contre le débiteur quoiqu'elle ait payé la dette. On suppose qu'elle paye sans être poursuivie, elle n'avertit pas le débiteur et il se trouve que celui-ci avait, au moment du paiement, des moyens de faire écarter la demande : la loi décide que, dans ce cas, la caution n'aura pas de recours contre le débiteur principal; elle ne lui donne qu'une action en répétition contre le créancier. Dans la théorie du code, la caution doit avertir le débiteur avant de payer, afin de le mettre à même de faire valoir ses droits contre le créancier. Il est vrai que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions

(1) Lyon, 14 mai 1857 (Dalloz, 1858, 2, 83). Zachariæ et ses éditeurs Aubry et Rau, t. IV, p. 690, note 16, § 427.

(2) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 129, n° 255.

qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette (art. 2036); mais elle peut ne pas les connaître, puisqu'elle est étrangère à la dette; il est donc bien naturel qu'elle dénonce les poursuites au débiteur principal; si elle ne le fait pas, elle est en faute et elle en doit supporter les conséquences.

Que faut-il décider si la caution paye sur les poursuites que le créancier dirige contre elle? Si l'on s'en tient au texte, il faut dire que la caution conserve son recours lorsqu'elle est poursuivie et qu'elle est forcée de payer. Telle était aussi l'opinion de Domat : « Si le fidéjusseur, dit-il, étant sommé de payer, acquitte la dette de bonne foi, pour prévenir une exécution ou une saisie de ses biens, et ne sachant pas, ou que le débiteur avait une compensation à faire, ou que même il avait payé, ou qu'il avait d'autres moyens de défense contre le créancier, il ne laissera pas d'avoir son recours; car le débiteur doit s'imputer de n'avoir pas averti le fidéjusseur de ne pas payer (1). » Cela tranche la difficulté : l'article 2031 reproduit la doctrine traditionnelle, et les principes s'opposent à ce que l'on étende une déchéance légale (2). Mais s'il n'y a pas faute légale de la part de la caution et responsabilité en droit, ne doit-on pas tenir compte de la faute qui lui serait imputable d'après le droit commun? L'affirmative nous paraît certaine. Tout ce qu'on peut conclure de l'article 2031, c'est qu'il n'y a pas de responsabilité légale à charge de la caution qui paye sur les poursuites du créancier; mais il peut y avoir une faute à lui reprocher d'après les circonstances de la cause; or, la loi n'entend pas décharger la caution de la responsabilité des fautes qu'elle peut commettre : cette dérogation au droit commun serait inexplicable (3).

(1) Domat, *Lois civiles*, livre III, tit. IV, sect. III, § VII.

(2) Troplong, *Du cautionnement*, n° 383-386. Ponsot, p. 276, n° 249. Aubry et Rau, t. IV, p. 690, note 17, § 427. En sens contraire, Delvincourt et Duranton.

(3) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 231, n° 258.