

simple fait d'avoir porté dans un compte courant des créances d'origine et de nature diverses, en vue d'en présenter l'ensemble et d'en faciliter le règlement emporte novation par la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne? Ceci était une question de droit que la cour pouvait et devait examiner. La cour la décida négativement et cassa l'arrêt qui avait jugé en un autre sens (1).

ARTICLE 2. Des diverses espèces de novation.

§ I<sup>er</sup>. De la novation objective.

N<sup>o</sup> 1. PRINCIPE.

**264.** Quelles sont les conditions requises pour la novation objective? Aux termes de l'article 1271, la novation s'opère lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte. Les conditions résultent de la définition. Il faut le consentement du créancier et du débiteur, puisqu'ils éteignent une obligation première et lui en substituent une nouvelle. Il faut une dette nouvelle, et les conditions générales requises pour toute novation, la capacité des parties et la volonté de nover. Quand y a-t-il dette nouvelle? Quand y a-t-il volonté de nover? Ces questions ont donné lieu à d'innombrables procès. Il nous faut voir s'il y a un principe qui dirige l'interprète dans ce dédale de controverses.

**265.** Une première question se présente et elle est capitale : Dépend-il des parties de déclarer qu'il y a novation ou qu'il n'y en a point? On suppose qu'elles apportent un changement à l'obligation première : peuvent-elles convenir que ce changement emporte novation? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse; le créancier est libre de renoncer au droit que lui donne la première créance et le débiteur est libre de contracter un nouvel engagement

(1) Cassation, 29 novembre 1871 (Dalloz, 1873, 1, 82).

sous la condition que le premier soit éteint. Donc quelque peu considérable que soit le changement, si les parties disent que la première dette sera éteinte et remplacée par la dette modifiée, il y aura novation. C'est une question d'intérêt privé; or, le législateur permet aux parties contractantes de régler leurs intérêts comme elles veulent.

Supposons maintenant que les parties fassent un changement qui par lui seul emporte novation, l'objet de la dette nouvelle n'étant plus le même; peuvent-elles déclarer que, néanmoins, il n'y a pas novation? Non, dit Pothier; et il a raison. Quand on dit que les parties peuvent faire telles conventions qu'elles jugent convenable, on suppose que ce qu'elles veulent est légalement possible; or, quand les parties font une convention d'où résulte la novation, elles ne peuvent pas dire qu'il n'y aura pas de novation, cela serait contradictoire, car ce serait dire : Je nove et je ne nove pas. C'est le cas d'appliquer le vieil adage d'après lequel la protestation contraire à l'acte est inopérante. Si je fais une vente, j'ai beau dire que ce n'est pas une vente, ce sera néanmoins une vente. De même si je nove une dette pure et simple contre une dette conditionnelle, j'ajouterai vainement que je ne veux pas nover; je nove, parce que la convention est une novation, et vainement dirais-je que je n'entends pas nover; c'est comme si je disais : Je nove et je ne nove pas. Le fait l'emportera sur une protestation qui est absurde. Tout ce que l'on pourrait soutenir, c'est que si une hypothèque était attachée à la première créance qui est éteinte, elle sera réservée au profit de la seconde. C'est l'avis de Pothier; il donne à la réserve le seul effet légal qu'elle puisse avoir (1).

**266.** Il y a une autre difficulté. Toute novation suppose la volonté de nover. Pour que la novation objective existe, il faut donc que les parties aient eu l'intention d'éteindre la première dette et de lui substituer la seconde.

(1) Pothier, *Des obligations*, n<sup>o</sup> 595. Championnière et Rigaud, n<sup>o</sup> 1317 (t. II, p. 309).

Mais il importe de préciser le cas dans lequel le juge est appelé à examiner l'intention des parties contractantes. Si, comme nous venons de le supposer, la nouvelle dette a un objet différent, la dette est par cela même une dette différente de la première, et à moins de soutenir qu'il y a deux dettes, il faut dire qu'il y a novation. L'intention de nover ne peut pas être contestée, puisque le texte de la loi décide qu'il y a novation lorsqu'une dette nouvelle est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte. Par cela seul qu'il y a une nouvelle dette, il y a intention de nover; le juge ne pourrait donc pas décider qu'il n'y a pas novation, parce que les parties n'avaient pas l'intention de nover; une pareille décision serait contraire à la loi, comme l'est la protestation des parties qui, tout en novant, disent qu'elles ne novent pas.

Quand donc le juge doit-il examiner si les parties ont eu la volonté de nover? Lorsque les parties, tout en maintenant la dette, y apportent des changements qui peuvent impliquer la volonté de nover. Les parties contractantes peuvent nover, quel que soit le changement qu'ils font, elles peuvent aussi nover tacitement. Mais il y a une grande différence entre la novation expresse et la novation tacite. La novation expresse existera quel que soit le changement; elle ne résulte pas du changement, elle résulte de la volonté des parties. La novation tacite, au contraire, ne peut être admise que lorsque le changement est tel, qu'il suppose nécessairement la volonté de nover: tout dépend alors de la nature du changement.

Y a-t-il un principe qui serve à décider ces difficiles questions? Il est certain que toute changement n'emporte pas extinction de la dette; les parties peuvent y ajouter ou en retrancher quelque chose sans que l'obligation soit détruite; tout ce qui en résultera, c'est que l'obligation sera modifiée. Mais il y a aussi des changements qui impliquent novation. Toullier pose à cet égard le principe suivant: « La volonté d'opérer novation résulte nécessairement du nouvel acte lorsque la seconde obligation est en tout incompatible avec la première, c'est-à-dire lorsqu'elles ne peuvent subsister ensemble toutes les deux,

de sorte que la seconde convention subsistant, il s'ensuit que la première demeure nulle et de nul effet (1). Nous doutons que ce principe soit exact; si une première dette est sans terme et que les parties y ajoutent un terme, on pourrait dire qu'il y a deux obligations qui ne peuvent subsister simultanément, car une seule et même obligation ne peut pas être tout ensemble à terme et sans terme. Cependant, comme nous le dirons plus loin, tout le monde s'accorde à décider que l'addition ou le retranchement d'un terme n'emporte pas novation. Le principe se trouve donc en défaut, ou bien on doit le formuler autrement.

Les éditeurs de Zachariæ formulent le principe d'une manière plus précise. Il faut d'abord que le changement porte sur l'objet même de la prestation, sinon il ne saurait y avoir de novation objective. La loi dit (art. 1271, 1<sup>o</sup>) qu'il faut une nouvelle dette; or, il peut y avoir nouvelle dette quoique l'objet reste le même, si la nature juridique de l'obligation est transformée: une obligation conditionnelle, par exemple, est remplacée par une obligation pure et simple, la chose due restant la même. Ce qu'il y a donc d'essentiel, c'est que le changement ait pour effet de transformer l'ancienne dette en une dette nouvelle; c'est la formule de la loi, et celle-là est toujours la meilleure. MM. Aubry et Rau ajoutent que la nouvelle obligation doit être incompatible avec l'ancienne; c'est le principe de Basnage reproduit par Toullier; nous venons de dire qu'à notre avis ce caractère est trop général.

Le principe, ainsi formulé, est encore trop restreint; car il y a des changements qui par eux-mêmes n'emporteraient pas novation et qui novent néanmoins l'ancienne obligation, si telle est l'intention des parties contractantes, et cette intention peut être tacite. Ceci est le point délicat de la difficulté pour la solution de laquelle nous cherchons un principe; il n'y en a pas d'autre que celui de l'article 1273: la volonté de nover doit résulter claire-

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 223, n<sup>o</sup> 278, d'après Basnage, *Hypothèques*, 1<sup>re</sup> partie, chap. XVII.

ment de l'acte. Il faut donc que le juge prouve, par les faits et les circonstances de la cause, que la volonté de nover n'est pas douteuse (1).

N° 2. APPLICATION.

I. *Changement d'objet.*

**267.** Un immeuble est donné en paiement d'une somme prêtée. Si l'immeuble est livré, il y a dation en paiement, donc extinction de la dette sans substitution d'une dette nouvelle. Si le débiteur s'engage à donner un immeuble pour se libérer et que le créancier accepte cette promesse, il y a novation par changement d'objet. L'ancienne dette était mobilière, la nouvelle est immobilière; l'objet est différent, et il y a entre les deux dettes toutes les différences qui séparent les droits mobiliers des droits immobiliers.

Le créancier de deux époux accepte du mari, en paiement de toute la dette, une maison avec subrogation dans ses droits contre la femme. Il a été jugé qu'il y a novation; l'ancienne dette est éteinte. Le créancier, évincé de la maison, n'aura de recours que contre le mari, sauf à exercer au nom de son débiteur la subrogation que celui-ci avait consentie; que si la femme a payé ce qu'elle devait en vertu de la subrogation, tout recours du créancier sera éteint par suite de la novation (2).

**268.** Y a-t-il novation quand la dette d'un capital est convertie en rente? La question, controversée sous l'ancien droit, l'est encore en droit moderne. S'il y a transformation du capital en rente viagère, il n'y a point de doute; en effet, le créancier aliène son capital, il n'a plus droit qu'à des arrérages. Non-seulement l'objet de la dette est changé, la nouvelle dette est d'une nature tout à fait différente, c'est un droit aléatoire; le créancier perdra tout son capital s'il vient à mourir de suite, et il

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 217 et 218, note 36.

(2) Bourges, 21 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2431).

gagnera beaucoup au delà de son capital si sa vie se prolonge (1).

On ne peut pas en dire autant quand la rente est perpétuelle; le capital n'est pas aliéné, les arrérages représentent les intérêts du capital, seulement le créancier ne peut pas exiger le remboursement du capital. De là un doute. Pothier se prononce pour la novation, il en donne une raison qui nous paraît décisive: la créance d'une rente est proprement la créance des arrérages qui en courent à perpétuité jusqu'au rachat, ce n'est plus la créance d'un capital dont le créancier peut exiger le remboursement, car le créancier ne peut pas demander le remboursement; son droit a donc un autre objet (2). On objecte que l'ancienne créance subsiste, puisqu'elle forme le capital dont le débiteur paye les arrérages. Qu'importe, dit-on, que le créancier ne puisse pas exiger le remboursement du capital? Il ne lui est pas moins dû quand le débiteur ne paye pas les arrérages; s'il consent à ne pas l'exiger, c'est sous la condition que le débiteur payera la rente (3). Au point de vue des principes, l'objection n'est pas sérieuse: comment dire qu'il n'y a aucun changement dans l'objet de la dette alors que, créancier d'un capital de 10,000 francs, je puis en exiger le paiement, tandis que, comme créancier d'une rente, je n'ai droit qu'aux arrérages? Mais l'objection acquiert quelque gravité quand on se place au point de vue de l'intention des parties contractantes. Il faut entendre la jurisprudence qui est toujours dominée par les faits et circonstances de la cause.

Nous laissons de côté un arrêt de la cour de Rennes qui est fondé sur l'autorité des anciens auteurs français et bretons. La tradition est favorable à notre opinion, car, pour les auteurs du code, la tradition se résume

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 225, n° 280. Championnière et Rigaud, n° 1316 (t. II, p. 309).

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 595. Dans le même sens, Toullier, t. IV, 1, p. 225-227, n° 280. Championnière et Rigaud, n° 1317. Aubry et Rau, t. IV, p. 217 et note 31, § 324.

(3) Larombière, t. III, p. 529, n° 9 de l'article 1273 (Ed. B., t. II, p. 322). Troplong, *Vente*, n° 649.