

condition est fondée sur l'intention des parties contractantes. Est-ce que le créancier consentirait à décharger son débiteur solvable, moyennant la substitution d'un nouveau débiteur insolvable? Ce ne serait plus une novation, ce serait une remise au moins partielle de la dette.

La loi dit que, dans ces deux cas, le délégataire aura un recours contre le délégant, son ancien débiteur. Quel est ce recours? est-ce l'action de l'ancienne dette, ou est-ce une action nouvelle que la loi donne au créancier? Si l'on admet l'explication que nous venons de donner des deux exceptions prévues par l'article 1276, la question est résolue d'avance. La novation est conditionnelle; la condition faisant défaut, il n'y a pas de novation et, partant, l'ancienne dette subsiste. Cela répond à l'objection que la dette étant éteinte ne peut pas revivre. La dette n'est éteinte que conditionnellement; quand la condition défailit, la dette ne revit pas, elle n'a jamais été éteinte. On objecte les termes de l'article 1276 : la loi parle d'un *recours*, dit-on, et non de l'action naissant de la dette éteinte. Si la loi s'est servie de l'expression vague de *recours*, c'est pour éviter une périphrase, la rédaction est plus concise sans être obscure. Qu'est-ce que ce *recours*? Une action que le délégataire intente contre son ancien débiteur. Quelle est cette action? Il se l'est réservée dans le premier cas; la réserve implique une condition; le créancier dit à son débiteur : Je consens à vous libérer si le délégué est solvable. Cette même condition est sous-entendue dans la seconde exception. La loi met les deux cas sur la même ligne : si la novation est conditionnelle dans un cas, elle est aussi conditionnelle dans l'autre (1).

• N° 3. DE LA DÉLÉGATION IMPARFAITE.

**321.** Cette délégation n'opère pas novation, l'ancien débiteur n'est pas déchargé : le créancier conserve donc tous les droits qu'il avait contre lui. Il acquiert un débi-

(1) Comparez Colmet de Santerre (t. V, p. 424, n° 224 bis II) qui a une autre explication. En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 222, note 51, et les auteurs qui y sont cités.

teur nouveau, le délégué. Quel est le rapport qui existe entre les deux débiteurs? La loi ne le dit pas; ils ne sont pas débiteurs solidaires, puisqu'ils ne se sont pas engagés solidairement. Néanmoins chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout, car ils se sont engagés pour le tout. Le nouveau débiteur est plus que caution, il est débiteur. D'un autre côté, l'ancien débiteur reste tenu; le créancier a deux actions indépendantes l'une de l'autre. S'il poursuit le nouveau débiteur, celui-ci ne peut pas le renvoyer à l'ancien, ni lui opposer le bénéfice de discussion, car il est débiteur principal, aussi bien que le premier. Le créancier s'adresse-t-il au premier, celui-ci ne peut pas le renvoyer au second et dire qu'il n'est tenu que si le second est insolvable (1); il est et il reste débiteur principal, le créancier peut donc le poursuivre. Le tout, sauf conventions contraires. Il faut voir dans quel but le second débiteur s'est engagé; il faut voir si, de son côté, le créancier a pris des engagements dans l'intérêt du premier débiteur.

§ IV. *Effet de la novation.*

N° 1. PRINCIPE.

**322.** La novation éteint l'ancienne dette avec les accessoires qui y sont attachés; c'est l'effet de tous les modes d'extinction des obligations. Mais il y a une différence considérable entre la novation et les autres modes qui éteignent l'obligation : c'est qu'au moment où l'ancienne dette s'éteint, il en naît une nouvelle, qui prend la place de l'ancienne. La nouvelle dette est régie par les principes généraux qui régissent les obligations; elle ne prend pas la nature et n'a pas les effets de la dette qui est éteinte. De là suit que si une dette commerciale est novée en une dette civile, l'on applique à la dette civile les principes qui concernent l'intérêt légal, lequel est de 5 p. c. en matière civile, tandis qu'il est de 6 p. c. en

(1) Paris, 17 frimaire an XII (Daloz, n° 2528).

matière de commerce (1). Quant à l'intérêt conventionnel, il dépend, d'après notre législation, des stipulations du contrat.

**323.** L'effet de la novation, c'est-à-dire la libération du débiteur, est-il subordonné à l'exécution effective du nouvel engagement? On suppose que la novation s'opère par la dation en paiement d'un immeuble; le créancier est évincé: la novation subsistera-t-elle, ou l'ancienne obligation revivra-t-elle avec tous ses accessoires? La question est très-controversée. Il faut d'abord bien préciser l'objet de la difficulté. La dation en paiement équivaut à une vente, elle oblige, par conséquent, à la garantie celui qui donne un immeuble en paiement; sur ce point, tout le monde est d'accord. Mais l'action en garantie est une action personnelle; s'il y a des sûretés réelles attachées à l'obligation primitive, le créancier aurait grand intérêt à agir en vertu de cette obligation: en a-t-il le droit? La négative est généralement enseignée, et nous n'y voyons guère de doute. C'est une conséquence juridique de la novation. Elle éteint l'ancienne dette: cette extinction est définitive; le créancier ne peut donc plus avoir d'action contre l'ancien débiteur qu'il a déchargé. L'article 1276 prévoit des exceptions à cette règle; ces exceptions supposent que la novation est conditionnelle; que la condition soit expresse ou tacite, peu importe. Le créancier qui décharge son ancien débiteur, en recevant un immeuble en paiement, peut aussi se réserver son recours au cas où il serait évincé; l'éviction fera alors tomber la novation, et le créancier reprendra tous ses droits. Cette condition peut-elle être tacite? On le prétend; le créancier, dit-on, ne libère le débiteur que sous la condition que la propriété de la chose donnée en paiement lui soit transportée; donc l'éviction résout la novation. Ce serait une condition résolutoire tacite; est-ce que cette condition peut être admise sans une disposition formelle de la loi? La négative nous paraît cer-

(1) Rejet, 24 mars 1851 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2510). Dijon, 17 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 264).

taine. Dans les contrats synallagmatiques, on pouvait dire aussi que l'engagement contracté par l'une des parties est la condition sous laquelle l'autre s'est engagée; cependant, pour que cette condition fût sous-entendue, il a fallu une décision du législateur (art. 1184). Dans l'ancien droit, les parties devaient stipuler la résolution pour qu'elle existât. Il en est de même de la résolution de la novation; la novation est définitive si la nouvelle obligation est valable. L'article 2038 confirme cette interprétation. Il suppose que le créancier a reçu en paiement un immeuble; la dette est éteinte et, par suite, le débiteur est libéré, et la caution est déchargée; puis le créancier est évincé: l'ancienne dette revit-elle? Non, la caution reste déchargée. Donc la dation en paiement n'implique pas une condition résolutoire tacite (1).

N° 2. EFFET DE LA NOVATION A L'ÉGARD DES CAUTIONS ET DES CODÉBITEURS SOLIDAIRES

**324.** « La novation à l'égard du débiteur principal libère les cautions » (art. 1281). Il est impossible que l'obligation accessoire du cautionnement survive à l'obligation principale. Il en serait ainsi lors même que la caution serait solidaire. La cour de cassation l'a jugé ainsi en invoquant l'article 1281, aux termes duquel la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires libère les autres (2). L'argument n'est pas décisif: c'est que la solidarité à laquelle la caution se soumet n'a d'effet qu'à l'égard du créancier, elle n'en a pas à l'égard du débiteur; la caution reste caution, et ne devient pas débiteur. Par cela même la deuxième disposition de l'article 1281 est applicable: la caution, quoique solidaire, restant caution, son engagement accessoire tombe avec l'engagement principal du débiteur.

**325.** La loi ne parle pas de la novation opérée à l'égard

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 487, note 4, § 292. Larombière, t. III, p. 549, n° 6, de l'article 1278 (Ed. B., t. II, p. 330). En sens contraire, Troplong, des *Hypothèques*, n° 847 et suiv.

(2) Rejet, 10 mai 1858 (Dalloz, 1858, 1, 283).

de la caution. Il faut voir dans quel but elle se fait. D'ordinaire elle aura pour objet de libérer la caution de son cautionnement; dans ce cas, elle n'a aucun effet à l'égard du débiteur principal, la dette pouvant très-bien subsister sans cautionnement; de même les cofidėjusseurs ne seront pas libérés, parce que nous supposons que l'unique objet de la novation est d'affranchir la caution qui intervient dans la novation. Que faut-il décider si les cautions sont solidaires? La cour de Lyon a jugé qu'il y avait lieu, dans ce cas, d'appliquer la première disposition de l'art. 1281, aux termes de laquelle la novation opérée entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires libère les autres codébiteurs; elle a, en conséquence, déclaré la dette éteinte. Cette décision a été cassée, l'erreur est évidente. La caution, quoique solidaire, reste caution; la solidarité stipulée contre les cautions n'a d'effet qu'à l'égard du créancier, elle n'empêche pas le cautionnement d'être un engagement accessoire à l'égard du débiteur principal. Quand donc le créancier fait novation avec l'une des cautions solidaires et dans son seul intérêt, l'effet de la novation doit être restreint à la caution que la novation a eu pour objet d'affranchir de son engagement. La doctrine est dans le même sens (1). Il en serait autrement si l'intention des parties contractantes était de nover la dette principale: la caution est libre de prendre sur elle le fardeau de la dette en la novant; seulement ce cas est si peu probable, que la loi ne l'a pas prévu. S'il se présentait, la solution ne serait pas douteuse: la dette serait éteinte à l'égard du débiteur principal et des cofidėjusseurs (2).

**326.** Quand la novation se fait entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés (art. 1281). La novation éteint la dette comme le paiement, elle doit donc libérer tous ceux qui sont tenus de la dette.

**327.** L'article 1281 ajoute: « Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébi-

(1) Cassation, 18 juillet 1866 (Daloz, 1866, 1, 326). Aubry et Rau, t. IV, p. 222, s. 324.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 432, n° 229 bis II.

teurs ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement. » La novation est, dans ce cas, conditionnelle; le créancier ne consent à faire novation que sous la condition que les codébiteurs et les cautions s'obligent pour la dette nouvelle; si les codébiteurs et les cautions accèdent, la novation s'opérera; s'ils n'accèdent pas, il n'y aura pas de novation. Il suit de là que le créancier ne peut pas stipuler l'accession des codébiteurs et des cautions malgré eux. C'était l'opinion de Pothier; les uns l'approuvent, les autres la critiquent (1). Il nous semble que le code consacre les vrais principes: les codébiteurs et les cautions avaient consenti à s'obliger pour la première dette; si cette dette est éteinte, leur obligation est également éteinte, elle ne peut se continuer pour une nouvelle dette qu'en vertu d'un nouveau consentement, personne ne pouvant être obligé sans avoir consenti.

#### N° 3. DES HYPOTHÈQUES.

**328.** Les hypothèques sont un accessoire de la dette, elles s'éteignent avec l'obligation qu'elles sont destinées à garantir. C'est là d'ordinaire le grand intérêt de la question de savoir s'il y a novation, et c'est aussi le danger que présente la novation pour le créancier. Il peut, il est vrai, stipuler des garanties pour la nouvelle dette, mais ces nouvelles hypothèques n'auront rang qu'à partir de leur inscription. Le créancier perd donc le rang que lui donnait la première inscription, et perdre son rang en matière d'hypothèques, c'est le plus souvent perdre son droit. De là la question de savoir si le créancier peut se réserver les hypothèques attachées à l'ancienne créance avec le rang qu'elles avaient par leur inscription.

L'article 1278 répond à la question en ces termes: « Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 247, n° 314; Colmet de Santerre, t. V, p. 432, n° 229 bis I. Comparez Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 742 n° 1414.