

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.



passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés. » Cette disposition donne lieu à plus d'une difficulté. Quel est son objet? L'objet de l'article n'est pas précisément de décider si les hypothèques peuvent toujours être réservées, et quel sera l'effet de cette réserve; la loi ne s'explique pas sur ces points, elle suppose que la réserve peut avoir lieu: doit-elle être expresse ou peut-elle être tacite? Tel est le seul point que la loi décide formellement, et elle le décide parce que dans l'ancien droit la question était controversée. Dumoulin et Basnage enseignaient que la conservation des hypothèques était de droit dans la novation dite objective, de sorte qu'elle n'avait pas besoin d'être stipulée. Pothier exigeait une réserve. Les auteurs du code se sont décidés pour la réserve, ce qui est plus conforme aux principes. De droit, les hypothèques s'éteignent à titre d'accessoire, elles ne peuvent subsister qu'en vertu d'une réserve (1). Mais en quel sens, avec quel effet? Le code ne le dit point.

**329.** En quel sens peut-on réserver les hypothèques qui garantissaient l'ancienne dette? La réserve suppose que les hypothèques conservent le rang que leur donne l'inscription; elle n'a d'utilité que si tel en est l'effet. Mais l'hypothèque n'est réservée que telle qu'elle existait. Si donc la nouvelle dette était plus considérable, l'hypothèque réservée ne la garantirait que dans les limites de la dette ancienne. C'est une conséquence des principes qui régissent notre système hypothécaire. L'hypothèque est spéciale, elle n'est valable que si l'acte qui la constitue et l'inscription qui la conserve font connaître le montant de la créance hypothéquée. De là suit que l'hypothèque ne peut être opposée aux tiers que dans les limites de l'inscription prise en vertu de l'acte qui la constitue; on ne peut donc pas l'étendre, par voie de novation, à une dette plus considérable; elle ne vaudrait, en ce cas, que dans les limites de l'ancienne dette. Sur ce point, il n'y a aucun doute.

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 242, n° 309. Basnage, *Traité des hypothèques*, 1<sup>re</sup> partie, chap. XVII, d'après Dumoulin. Pothier, *Des obligations*, n° 599.

**330.** Toute hypothèque peut-elle être réservée? Le texte est général, il faut donc décider que l'hypothèque légale pourrait être réservée, bien que par le changement de créancier l'hypothèque n'ait plus de raison d'être, puisque la loi ne l'accorde qu'en vue des personnes incapables qui ne peuvent pas elles-mêmes stipuler de garantie. La loi admet aussi que les privilèges peuvent passer d'une créance à l'autre, bien que le privilège soit inhérent à la créance et indépendant de la stipulation des parties contractantes. C'est une dérogation aux principes que la doctrine ne saurait justifier; le législateur, peu soucieux des principes, n'a en vue que l'utilité pratique (1).

**331.** La réserve peut-elle se faire dans toute novation? Qu'elle puisse se faire dans la novation objective, cela n'est point douteux. Il y a cependant dans ce cas une véritable irrégularité. Une dette de 50,000 fr. est novée en une rente perpétuelle de 2,500 francs. Il y avait une hypothèque inscrite en 1870 pour la première dette; elle est réservée pour la dette nouvelle créée en 1874; l'hypothèque aura donc rang à partir de 1870, pour garantie d'une dette qui n'existe que depuis 1874, c'est-à-dire que l'hypothèque aura effet à partir d'un moment où la dette hypothéquée n'existait pas encore (2). Le législateur a de nouveau dérogé à la rigueur des principes dans un but d'utilité. D'ailleurs cette anomalie ne cause de préjudice à personne: qu'importe aux tiers qu'ils soient primés pour une dette de capital ou pour une dette de rente? Leur condition reste la même.

La réserve peut encore avoir lieu dans la novation qui s'opère par la substitution d'un nouveau créancier, le débiteur restant le même. Il n'y a que le nom du créancier qui soit changé, du reste les droits des tiers restent saufs. Qu'importe que le créancier ait une hypothèque à une date où il n'avait point de créance? C'est une difficulté de théorie dont le législateur ne s'embarrasse point.

Reste la novation par substitution d'un nouveau débiteur. On demande d'abord si les hypothèques qui étaient

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 428, n° 226 bis V.

(2) Comparez Duranton, t. XII, p. 415, n° 304.



attachées à l'ancienne créance peuvent être réservées sur les biens du nouveau débiteur. L'article 1279 décide la question négativement. Cela est si évident qu'il était inutile de le dire. Les biens du nouveau débiteur ne peuvent être hypothéqués que conformément à la loi; il faut donc un acte et une inscription, et l'hypothèque n'a rang qu'à partir du jour où elle a été inscrite. Ces principes élémentaires s'opposent à ce qu'une hypothèque soit établie sur les biens d'un nouveau débiteur avec rétroactivité.

Autre est la question de savoir si le créancier peut stipuler que l'hypothèque établie sur les biens de l'ancien débiteur sera maintenue pour la garantie de la dette nouvelle sans le consentement de l'ancien débiteur. Qu'il le puisse avec son consentement, cela n'est pas douteux; les droits des tiers n'en sont pas altérés, puisque leur situation reste la même, que l'hypothèque existe pour la dette de l'ancien débiteur ou pour la dette du nouveau. La difficulté est de savoir s'il faut le consentement de l'ancien débiteur pour que ses biens restent hypothéqués au profit de la nouvelle dette. Il y a controverse et doute. Le code ne contient qu'une seule disposition sur la réserve de l'hypothèque, l'article 1278, et cet article ne distingue point entre les diverses espèces de novation: peut-on distinguer là où la loi ne distingue pas? Nous croyons que la distinction résulte de la tradition et qu'elle est implicitement consacrée par le code civil. Pothier partait du principe que ceux qui s'étaient obligés pour la dette ancienne n'étaient obligés pour la dette nouvelle qu'en vertu d'un nouveau consentement; il appliquait ce principe, non-seulement aux engagements personnels, mais aussi à l'hypothèque consentie par l'ancien débiteur, ce qui est logique. En effet, le débiteur avait consenti une hypothèque pour la dette par lui contractée; cette hypothèque est éteinte par la novation; pour qu'elle passe à une nouvelle dette, il faut un nouveau consentement. Le code consacre cette théorie en ce qui concerne les codébiteurs et les cautions (art. 1281); il la consacre encore en ce qui concerne l'hypothèque consentie par les codébiteurs solidaires (art. 1280), comme nous allons le

dire (n° 332); donc il faut l'admettre aussi pour la réserve de l'hypothèque établie sur les biens d'un débiteur non solidaire; sinon, il y aurait une inconséquence injustifiable dans la théorie de la loi (1).

On objecte les termes absolus de l'article 1278. Nous avons déjà répondu à l'objection, en remarquant que l'article 1278 n'a pas pour objet de décider les difficultés que nous discutons; il ne décide qu'une seule question, celle de savoir si la réserve de l'hypothèque peut être tacite, ou si elle doit être expresse. La question de savoir si la réserve est admise dans telle ou telle novation reste donc entière. Ce qui confirme notre opinion, c'est que les auteurs du code ont suivi, en cette matière, la doctrine de Pothier, l'orateur du gouvernement ayant déclaré que le code admettait la réserve de l'hypothèque qui avait toujours été admise. La tradition est donc décisive.

**332.** « Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette » (art. 1280). Cette disposition doit-elle être entendue à la lettre? Il en résulterait que l'hypothèque ne peut pas être réservée sur les biens des codébiteurs libérés par la novation, même de leur consentement. Ainsi entendue, la loi serait contraire au principe qu'elle-même suit en cette matière. Si l'hypothèque sur les biens d'un débiteur non solidaire peut être réservée avec le consentement de ce débiteur et quoiqu'il soit libéré par la novation, il y a raison identique de décider la même chose lorsqu'il s'agit d'un débiteur solidaire. Il est vrai que les termes de la loi paraissent exclure toute distinction, mais il ne faut pas isoler le texte de la tradition que les auteurs du code ont voulu maintenir. Or, Pothier dit formellement que l'hypothèque peut être réservée sur les biens des codébiteurs qui y consentent. Il faut leur consentement, c'est encore la théorie de Pothier, et ici il est certain que le

(1) Bugnet sur Pothier, t. II, p. 318, note 1. Mourlon, t. II, p. 743, n° 1416. En sens contraire, Toullier, t. IV, l. 1, p. 243, n° 312; Aubry et Rau, t. IV, p. 123, note 54; Colmet de Santerre, t. V, p. 426 n° 226 bis 111 et IV.



législateur l'a reproduite; ce qui confirme l'interprétation que nous avons donnée à l'article 1278 (1).

La loi ne prévoit pas le cas où la novation se ferait avec un tiers étranger à la dette. Tous les débiteurs solidaires seraient libérés et, par suite, l'hypothèque établie sur leurs biens serait éteinte; mais elle pourrait être réservée, de leur consentement, dans notre opinion, et sans leur consentement, dans l'opinion contraire (2).

SECTION III. — De la remise de la dette.

§ 1<sup>er</sup>. *Comment se fait la remise.*

**333.** La remise de la dette est une renonciation que le créancier fait à ses droits au profit du débiteur. Elle peut avoir lieu à titre onéreux ou à titre gratuit. D'ordinaire on entend par remise un abandon gratuit de la créance fait par le créancier. La renonciation à titre onéreux est rare, pour mieux dire, elle se confond avec d'autres faits juridiques. Si le créancier renonce aux droits que lui donne une obligation, moyennant une nouvelle obligation qui remplace la première, il y a novation. S'il reçoit immédiatement, en paiement de ce qui lui est dû, une autre chose que celle qui fait l'objet de l'obligation, il y a dation en paiement (3). Nous venons de traiter de la novation, la dation en paiement équipolle à la vente; quant aux différences qui les distinguent, nous les exposerons au titre de la *Vente*. Nous considérons donc la remise comme un acte gratuit.

**334.** La première question qui se présente est de savoir si la remise gratuite est une donation. Il est certain que c'est une libéralité. Si Pierre me doit 1,000 francs, et si je lui fais remise de la dette, c'est comme si je recevais d'abord les 1,000 francs et que je les rende ensuite à

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 599. Aubry et Rau, t. IV, p. 224, note 58, § 324. Mourlon, t. II, p. 743, n° 1415. Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 431, n° 228 bis II.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 430, n° 228 bis I.

(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 433, n° 230 bis III.

titre de don au débiteur : la remise épargne des traditions inutiles.

Nous empruntons quelques exemples à la jurisprudence. Le créancier remet les arrérages à échoir pendant sa vie; il donne au débiteur son titre de créance; la renonciation aux arrérages avait de plus été constatée par un acte sous seing privé. La tradition du titre, dans ce cas, tenait lieu de la remise des espèces (1).

Un oncle cède gratuitement à son neveu ses établissements industriels et commerciaux, en faisant un acte sous seing privé où il déclare donner à son neveu la somme de 309,737 fr. qui lui reste due, sous condition de lui servir les intérêts jusqu'à sa mort, et sous cette autre condition que la donation serait nulle s'il survivait à son neveu. Le donataire fit la transcription de cette déclaration sur ses livres. Ces écritures furent passées sur l'indication et par la volonté du donateur (2). Elles tenaient lieu de la tradition.

**335.** La remise gratuite étant une libéralité, faut-il en conclure qu'elle est soumise aux règles que la loi établit pour les donations entre-vifs? Il faut distinguer. La remise gratuite n'est pas assujettie aux formes des donations; cela résulte des articles 1282 et 1283. La loi admet que la remise peut être tacite, ce qui exclut toute solennité. Pourquoi le code dispense-t-il la remise de l'observation des formalités qu'il prescrit pour l'existence des donations entre-vifs? Toullier répond que la remise a toujours été tellement favorisée, que, quoiqu'elle soit une véritable donation, on n'a jamais exigé aucune espèce de forme pour sa validité (3). On ne nous dit pas quelle est la raison de cette faveur. La loi favorise, il est vrai, la libération du débiteur, mais c'est la libération par le paiement qui est favorable; la libération gratuite étant une libéralité, on ne voit pas pourquoi la loi la favoriserait alors qu'elle voit les donations avec une véritable défaveur; et une donation indirecte faite sous forme de remise

(1) Orléans, 21 février 1852 (Daloz, 1853, 2, 63).

(2) Cassation, 2 avril 1862 (Daloz, 1863, 1, 451).

(3) Toullier, t. IV, 1, p. 257, n° 323.