

fait la remise volontaire de la grosse peut prouver que, quoiqu'il ait volontairement remis la grosse, il n'a pas pour cela fait la remise de la dette, ou qu'il n'en a pas reçu le montant. » Pourquoi la présomption de l'article 1283 peut-elle être combattue par la preuve contraire, tandis que nulle preuve n'est admise contre la présomption de l'article 1282? Nous l'avons déjà dit : c'est que la probabilité de libération est moindre; le créancier qui a un titre authentique sait qu'il peut toujours se procurer une nouvelle grosse, en remplissant les formalités prescrites par le code de procédure (art. 854); il peut donc se montrer plus facile quand, pour un motif quelconque, on lui demande de se dessaisir de sa grosse; de là suit que le fait de la remettre au débiteur engendre une probabilité moindre que celle qui naît de la remise du titre unique sous seing privé; et la probabilité de libération étant moins forte, le législateur ne pouvait admettre une présomption absolue de libération (1).

367. La preuve contraire est admise. Quelle est cette preuve? Le code ne le dit pas; par cela même il maintient le droit commun. De là suit que le créancier ne sera admis à prouver par témoins et par présomptions qu'il n'y a eu ni paiement ni libération gratuite que dans les cas où par exception la preuve testimoniale est admissible. De quoi s'agit-il? Le créancier a remis volontairement son titre au débiteur; il doit prouver que cette remise a eu lieu par une cause autre que le paiement ou la libération. Peut-il prouver cette cause par témoins et par présomptions? Oui, s'il a un commencement de preuve par écrit, ou si le fait est de telle nature, qu'il ne pouvait pas s'en procurer une preuve littérale (2).

Marcadé dit en termes absolus que le créancier peut prouver sa prétention par tous les moyens, parce qu'il s'agit d'un simple fait (3). Il est vrai que la prohibition de l'article 1341 n'est pas applicable à la preuve des faits purs et simples. Mais le fait que le créancier demande

(1) Bigot-Prémeneu, Exposé des motifs, n° 155 (Loché, t. VI, p. 174).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 210, note 42, § 323.

(3) Marcadé, t. IV, p. 603, n° 111 de l'article 1283.

à prouver est-il un fait pur et simple? Il sait que la remise de la grosse entraîne une présomption de libération, il doit donc se ménager une preuve contraire; dès lors il s'agit d'un fait juridique et, par conséquent, l'article 1341 est applicable, sauf les exceptions des articles 1347 et 1348.

§ III. Effet de la remise.

N° I. DE LA REMISE EXPRESSE.

368. Pothier distingue deux espèces de remises, l'une appelée *réelle*, l'autre qu'il qualifie de *décharge personnelle*. La *remise* est *réelle* lorsque le créancier déclare qu'il tient la dette pour acquittée, ou lorsqu'il en donne quittance comme s'il en avait reçu le paiement, quoiqu'il ne l'ait pas reçu. On l'appelle *réelle* parce qu'elle équipolle au paiement; par suite la dette est éteinte à l'égard des débiteurs et des tiers intéressés, tels que caution et détenteurs des immeubles hypothéqués à la dette. La *remise* est *personnelle* quand le créancier décharge simplement le débiteur de son obligation. Cette remise ne peut être invoquée que par celui à qui elle est accordée; les tiers, quoique intéressés à l'extinction de la dette, ne peuvent pas s'en prévaloir (1). Il importe donc beaucoup de savoir quand la remise est réelle, quand elle est personnelle. La question ne se présente que lorsqu'il y a des codébiteurs, des cautions ou des hypothèques.

369. « La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers » (art. 1285). Ainsi la remise est réelle en principe, elle n'est personnelle qu'en vertu d'une réserve expresse. Nous en avons dit la raison en traitant de la solidarité. L'article 1285 ajoute : « Si le créancier a réservé ses droits, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 616 et 617.

fait la remise. » Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre de la solidarité (t. XVII, n° 340).

370. « La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions » (art. 1287). Il ne peut y avoir de caution, dit Pothier, sans un débiteur principal. D'ailleurs le débiteur serait inutilement déchargé si les cautions ne l'étaient pas, puisque les cautions, étant obligées de payer, auraient recours contre le débiteur.

371. Ces principes ne s'appliquent pas à la remise que les créanciers font au débiteur failli par le concordat qu'ils lui accordent. L'article 541 du nouveau code de commerce dispose que, « nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les coobligés du failli. » La raison en est que la remise que les créanciers font au failli n'est pas volontaire; ils n'ont pas la volonté de libérer le débiteur par un acte de libéralité; c'est à raison de l'insolvabilité du débiteur et pour tirer le meilleur parti d'une mauvaise créance qu'ils souscrivent le concordat; voilà pourquoi le concordat lie les créanciers malgré eux, en ce sens que la majorité oblige la minorité. De là suit que la remise consentie par le concordat est essentiellement personnelle; par conséquent les codébiteurs et les cautions ne peuvent pas s'en prévaloir (1).

L'article 541 est-il applicable à un traité ou concordat amiable intervenu entre le débiteur et ses créanciers? Non, la loi commerciale déroge au droit commun. D'après le code civil, la remise conventionnelle libère les codébiteurs et les cautions; l'article 541, par exception à cette règle, maintient l'obligation des coobligés lorsque la remise est faite par un concordat; cette exception, comme toute exception, est de rigoureuse interprétation, on ne peut l'étendre au delà des termes de la loi. Or, le code de commerce parle d'un concordat judiciaire et forcé, en ce sens qu'il est obligatoire même pour les créanciers qui n'y ont pas consenti. Cela est décisif. Le traité volontaire

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 444, n° 237 bis 1.

que les créanciers font avec leur débiteur est consenti librement, il n'oblige que les créanciers qui donnent leur consentement; donc il ne tombe pas sous l'application de l'article 541; c'est dire que la règle établie par le code civil reste applicable (1).

Il y a cependant des motifs de douter. D'une part, on peut dire que la remise que les créanciers font à leur débiteur dans un traité amiable n'est volontaire qu'en apparence; elle leur est arrachée par le mauvais état de ses affaires, elle est donc personnelle aussi bien que le concordat fait en justice. D'autre part, la situation du débiteur qui fait un concordat amiable avec ses créanciers est la même que celle du failli concordataire; il est réellement en faillite, puisqu'il cesse ses paiements. Ces objections s'adressent au législateur, l'interprète n'en peut pas tenir compte; il est lié par les textes, et les textes ne laissent aucun doute. Le code civil établit une règle, et le code de commerce y fait une exception; les traités amiables ne tombent pas sous l'application de la disposition de l'article 541, donc ils restent sous l'empire de la règle (2).

Les créanciers pourraient-ils réserver leurs droits contre les coobligés du débiteur auquel ils accordent une remise? Cette question est controversée et il y a quelque doute. La cour de cassation l'a décidée négativement en ce qui concerne les cautions non solidaires. Quant aux coobligés tenus solidairement, l'article 1285 permet au créancier de réserver ses droits, tandis que l'article 1287 n'autorise pas cette réserve à l'égard des simples cautions; la cour en conclut que la réserve est inopérante à leur égard (3). Cela nous paraît très-douteux. Il est vrai que la loi ne parle pas d'une réserve quand il s'agit des cautions; mais la réserve n'est-elle pas de droit commun? On dira que si le créancier se réserve ses droits contre la caution, la remise qu'il accorde au débiteur sera inutile, puisque la caution qui paye aura un recours contre le dé-

(1) Cassation, 17 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 219).

(2) Comparez Caen, 10 juin 1868 (Dalloz, 1868, 2, 97).

(3) Rejet, 30 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 512). Comparez Larombière, t. III, p. 610, n° 1 de l'article 1287 (Ed. B., t. II, p. 354).

biteur principal. On répond que la remise aura toujours un avantage pour le débiteur, qu'il sera à l'abri des poursuites du créancier. L'article 541 du code de commerce fournit une autre réponse à l'objection : la remise faite au failli ne libère pas les cautions ; celles-ci, tenues de payer, auront donc un recours contre le débiteur ; cela prouve que la remise accordée au débiteur n'est pas incompatible avec l'action récursoire qui appartient à la caution contre le débiteur. Cette action contre la caution, que le code de commerce réserve de plein droit au créancier, pourquoi ne pourrait-il pas se la réserver par convention quand il s'agit d'un traité amiable ? Il y a un arrêt de la cour d'Orléans en ce sens (1).

La réserve, si on l'admet, doit être expresse. L'article 1285 l'exige pour les codébiteurs solidaires, et il en doit être de même, à plus forte raison, pour les cautions, puisque le texte de la loi n'autorise pas même la réserve. Il a été jugé, par application de ce principe, que l'intervention des codébiteurs et des cautions au traité qui se fait entre le débiteur et ses créanciers ne suffit point pour que les créanciers conservent leurs droits contre les cautions et les codébiteurs ; il faut une manifestation de volonté de la part des créanciers, et elle doit être expresse, puisqu'elle fait exception au droit commun (2).

372. « La remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal » (art. 1287). On suppose que cette remise ne porte que sur le cautionnement. Toute renonciation doit être interprétée restrictivement ; je puis bien renoncer à la garantie que j'ai pour le paiement de ma créance, sans renoncer à mon droit contre le débiteur. Si donc je décharge la caution, je ne renonce qu'à l'action que j'ai contre elle en vertu du cautionnement, mes droits contre le débiteur restent entiers. Est-ce à dire que la remise faite à la caution ne puisse être réelle ? Non, certes, cela dépend de la volonté du créancier ; il peut renoncer

(1) Orléans, 6 juin 1868 (Daloz, 1868, 2, 224). Dans le même sens, Rolland de Villargues, au mot *Remise de dettes*, n° 85, et une dissertation de Bertauld (Daloz, 1868, 2, 97).

(2) Cassation, 12 novembre 1867 (Daloz, 1867, 1, 483).

d'une manière absolue à la dette, quoique la convention n'intervienne qu'entre lui et la caution (1). Seulement, dans ce cas, il faudra l'acceptation du débiteur, la remise conventionnelle ne pouvant se faire que par concours de volontés.

373. « La remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres » (art. 1287). C'est une application du même principe : quand il y a plusieurs cautions, le créancier a autant de garanties que de cautions, il peut renoncer à l'une des sûretés sans que l'on en puisse induire qu'il veut renoncer à toutes, sauf à lui, si telle est son intention, de renoncer au cautionnement d'une manière absolue : la remise, personnelle en principe, peut devenir réelle si telle est la volonté du créancier.

En disant que la remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres, la loi n'entend pas dire que la remise ne leur profite pas ; elles ne sont pas libérées, elles restent tenues de la dette, mais le créancier ne peut plus agir contre elles que déduction faite de la part que la caution déchargée aurait dû supporter dans la dette. On le décide ainsi par analogie de l'article 1285. Quand la remise accordée au débiteur solidaire est personnelle, les codébiteurs ne sont pas libérés, mais le créancier ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a accordé la remise. Si les cautions se sont obligées solidairement, elles peuvent se prévaloir du texte de l'article 1285. Si elles ne sont pas solidaires, elles peuvent en invoquer le bénéfice par argument *à fortiori*. Les cautions ne se sont obligées que sous la condition d'un recours ; elles peuvent même exiger que le créancier divise son action contre elles, de sorte que chacune n'est tenue que pour sa part et portion (art. 2033 et 2026). Il suit de là que les cautions ne sont jamais tenues que pour une part virile. Si le créancier renonce à poursuivre l'une d'elles, il renonce par cela même au droit qu'il a de poursuivre les autres pour le tout ; la caution poursuivie pou-

(1) Marcadé, t. IV, p. 611, n° V de l'article 1287. Mourlon, t. II, p. 751, n° 1435.

vant opposer le bénéfice de division, peut à plus forte raison opposer le bénéfice de l'article 1285, et elle conserverait ce droit quand même elle aurait renoncé au bénéfice de division; car il est toujours vrai de dire qu'il est de l'essence du cautionnement que chaque caution ne soit tenue que de sa part dans la dette (1).

On admet une exception pour le cas où la caution déchargée ne s'est engagée qu'après les autres. Il est vrai que, dans ce cas, les autres cautions n'ont pas pu compter sur un recours contre cette caution. Néanmoins nous préférons maintenir le principe que chaque caution n'est tenue que de sa part dans la dette. Le créancier, en faisant remise à l'une d'elles, ne peut pas aggraver la charge des autres, à quelque époque qu'elles se soient engagées (art. 2037). L'opinion contraire est cependant généralement suivie, et elle a pour appui l'autorité de Pothier (2).

374. « Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharger de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions » (art. 1288). Cette disposition est universellement critiquée. Elle s'écarte de la tradition et elle est contraire aux principes. Dumoulin disait très-bien que la convention par laquelle le créancier décharge l'une des cautions, moyennant le paiement d'une certaine somme, est un contrat aléatoire. Le créancier prend sur lui le risque de l'insolvabilité du débiteur principal et des autres cautions, et, de son côté, la caution est déchargée de ce risque qui l'obligerait à supporter toute la dette. Ce que le créancier stipule de la caution déchargée, il le reçoit donc à titre onéreux; partant il n'y a aucune raison pour l'imputer sur la dette. C'est enlever au créancier le bénéfice de son contrat, tout en laissant à sa charge le risque de l'insolvabilité (3). A ces conditions-là, le créancier n'accordera jamais la décharge à une caution.

Que répond-on à ces objections? On dit que cela sup-

(1) Mourlon, t. II, p. 751, n° 1435, et tous les auteurs.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 617.

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 618, et la note de Bugnet. Duranton, t. XII, p. 484, n° 379, et tous les auteurs.

pose que l'insolvabilité du débiteur principal était à craindre; mais comment prouver qu'il y avait des risques d'insolvabilité(1)? Nous répondons que par cela même que plusieurs cautions se sont obligées pour le débiteur principal, la solvabilité de celui-ci doit être plus ou moins douteuse. Et il faut bien supposer qu'il y a un risque quelconque, sinon le traité entre la caution et le créancier ne se conçoit pas. S'il n'y a absolument aucun risque, où est la caution qui consentira à payer quoi que ce soit au créancier pour être déchargée de son cautionnement?

L'orateur du Tribunal fait une autre réponse à Dumoulin; elle est singulièrement naïve. « Si, dit-il, le créancier recevait de la caution toute la dette, il n'aurait plus rien à demander à personne; pourquoi donc, quand il reçoit une partie, fût-ce en vue de l'insolvabilité apparente, n'en tiendrait-on pas également compte (2)? » Sans doute le créancier à qui il est dû 10,000 francs et qui reçoit ces 10,000 francs de l'une des cautions, ne peut plus rien demander à personne, par l'excellente raison que la dette est éteinte par le paiement. Mais s'il reçoit 1,000 francs pour décharger l'une des cautions, il ne reçoit rien sur sa dette; les 1,000 francs que lui donne la caution sont une compensation du risque dont elle était chargée et qu'elle met sur le compte du créancier.

N° 2. DE LA REMISE TACITE DES ARTICLES 1282 ET 1283.

375. La remise tacite qui résulte des articles 1282 et 1283 est réelle de son essence, elle ne saurait être personnelle. Quand le créancier remet son titre au débiteur ou à un coobligé, il est dans l'impossibilité absolue d'agir, en ce sens qu'il n'a plus de preuve littérale de sa créance. Se mettre dans l'impossibilité d'agir, c'est manifester la volonté de ne pas agir et de n'agir contre personne, puisqu'on n'a plus de preuve contre personne. Donc la remise de la dette est absolue ou réelle. On ne conçoit même

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 159 (Loché, t. VI, p. 175).

(2) Mouricault, *Rapport*, n° 40 (Loché, t. VI, p. 252).