

divers accessoires, tels que privilèges, hypothèques, cautionnement. C'est une conséquence toute simple de la règle *Sublato principali tollitur accessorium*.

**1042.** La loi permet cependant aux parties *utilitatis causa* de rattacher les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance à la nouvelle que la novation va lui substituer. C'est ce que dit l'art. 1278, ainsi conçu : « *Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés* ». Cette réserve doit être contemporaine de la novation ; autrement les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance seraient définitivement éteints par la novation, et il ne pourrait plus être question de les faire revivre au profit de la nouvelle.

\* L'art. 1278 déroge au droit commun, d'après lequel tous les accessoires de la créance éteinte par la novation devraient définitivement disparaître avec elle. Sa disposition doit donc être interprétée restrictivement ; or il n'autorise pas d'une manière générale la réserve de tous les accessoires attachés à l'ancienne créance, mais seulement des *privilèges et hypothèques* : ce qui exclut le cautionnement. *Adde* arg., art. 1281 al. 3. Cette solution, conforme à l'opinion de Pothier, nous paraît d'ailleurs fort rationnelle. La caution a garanti l'exécution d'une obligation déterminée ; elle ne peut pas sans son consentement être tenue d'en garantir une autre, d'une nature toute différente peut-être, qu'il plaît aux parties de substituer à la première. Tout ce qui est possible, c'est que la caution s'engage à garantir le nouvel engagement comme elle a garanti l'ancien : ce qui suppose nécessairement un nouveau consentement de sa part.

\* En ce qui concerne les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance, Pothier décide, et cette solution concorde à merveille avec la précédente, qu'ils ne peuvent être rattachés à la nouvelle qu'avec le consentement de celui à qui appartiennent les biens grevés du privilège ou de l'hypothèque, ordinairement de l'ancien débiteur. Les auteurs enseignent en général que notre législateur s'est séparé sur ce point de son guide habituel. L'art. 1278, dit-on, autorise dans les termes les plus absolus le créancier à réserver les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ; rien ne donne à entendre que le consentement du propriétaire des biens grevés du privilège ou de l'hypothèque soit nécessaire pour l'efficacité de cette réserve ; que lui importe d'ailleurs, puisque la réserve ne pourra jamais produire effet que dans les limites de l'ancienne créance, et que par suite la charge ne sera pas augmentée pour lui ? — Nous répondons que l'art. 1278 prévoit le cas le plus ordinaire, celui d'une novation à laquelle concourt l'ancien débiteur et qui se fait de son consentement, et par conséquent la réserve dont il parle est une réserve *acceptée par le débiteur* sur les biens duquel portent les privilèges et hypothèques. Dans un seul cas, la novation peut avoir lieu sans le consentement du débiteur : c'est celui de l'*expromissio*, et il paraît bien être resté en dehors des prévisions de l'art. 1278, puisqu'il rentre dans celles de l'article suivant. D'ailleurs on lit dans l'art. 1280 : « *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* ». Ainsi le créancier, qui fait novation avec un seul des débiteurs solidaires, ne peut pas, pour la garantie de la nouvelle créance, réserver les privilèges et hypothèques de l'ancienne sur les biens des autres codébiteurs solidaires qui n'ont pas concouru à la novation ; leur consentement est donc nécessaire pour

la validité de cette réserve, même dans la mesure de l'ancienne créance. Cela prouve que l'hypothèque ou le privilège, qui garantit une créance, ne peut pas passer à une autre sans le consentement du propriétaire des biens affectés ; le législateur admet ici pour le cautionnement réel la même règle que pour le cautionnement personnel, et on le met en contradiction avec lui-même en lui faisant dire dans l'art. 1278 que les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance peuvent être transportés à la nouvelle sans le consentement du propriétaire de ces biens.

\* Nous concluons que notre législateur s'est conformé de tous points dans cette matière à la doctrine de Pothier, et nous croyons qu'il a bien fait.

**1043.** La réserve que font les parties des privilèges et hypothèques de l'ancienne créance, pour les rattacher à la nouvelle, ne peut produire effet à l'égard des tiers que dans la mesure du montant de l'ancienne créance. Ainsi à une obligation, dont la valeur pécuniaire est de 10,000 fr., les parties substituent par la novation une nouvelle obligation, dont la valeur se trouve être de 11,000 fr., et elles réservent pour la garantie de cette nouvelle créance l'hypothèque attachée à l'ancienne. Le créancier ne pourra exercer cette hypothèque à l'encontre des tiers, par exemple à l'encontre des autres créanciers hypothécaires postérieurs inscrits sur l'immeuble, que jusqu'à concurrence de 10,000 fr. ; autrement leurs prévisions seraient trompées, car l'inscription ne leur annonçait qu'une hypothèque de 10,000 fr.

Nous trouvons une autre application du principe que la novation ne peut pas porter atteinte aux droits acquis à des tiers dans l'art. 1279, ainsi conçu : « *Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur* ». Il faut entendre ce texte en ce sens, que, si le nouveau débiteur substitué à l'ancien constitue sur ses biens une hypothèque pour la garantie de son obligation, cette hypothèque ne prendra rang qu'à compter de la date de son inscription ; les parties ne pourraient pas convenir qu'elle aura le rang qui appartenait à l'hypothèque portant sur les biens de l'ancien débiteur ; cette rétroactivité serait susceptible de porter atteinte à des droits acquis à des tiers.

**1044.** Au point où nous en sommes arrivés, la disposition de l'art. 1281 ne saurait présenter beaucoup de difficultés pour le lecteur ; car il ne contient qu'une application de principes déjà connus : « *Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. — La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. — Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement* ».

Il résulte de la partie finale de ce texte, nous l'avons déjà noté, que le créancier ne peut pas rattacher à la nouvelle dette les garanties personnelles attachées à l'ancienne sans le consentement de ceux qui ont fourni ces garanties. Le codébiteur solidaire, qui a contracté une obligation déterminée, ou la caution, qui a garanti cette obligation, ne peuvent pas, sans un acte de leur volonté, se trouver tenus d'une obligation différente. Mais le créancier, qui veut substituer une nouvelle obligation

à l'ancienne par le moyen d'une novation faite avec le codébiteur solidaire ou le débiteur principal, peut expliquer qu'il ne consent à la novation qu'autant que les codébiteurs solidaires ou la caution y accéderont. La novation devient alors conditionnelle ; elle est subordonnée à l'accession des codébiteurs ou des cautions, et par suite elle ne se produit pas si cette condition vient à défaillir.

#### IV. De la délégation.

**1045.** Nous avons déjà dit quelques mots de la délégation, et nous avons montré en quoi elle diffère de l'expromission (*supra* n° 1035). Le moment est venu d'approfondir cette matière.

Pothier définit la *délégation* : « une espèce de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne, qui, à sa place, s'oblige envers lui ou envers la personne qu'il indique ». *Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit* (l. 11, D., *hoc tit.*).

La délégation met trois personnes en scène :

1° Le *déléguant*, qui joue le rôle le plus actif dans l'opération, en ce sens qu'il en prend l'initiative ; c'est l'ancien débiteur, qui vient proposer au créancier d'accepter à sa place un autre débiteur qu'il lui présente.

2° Le *délegué*, qui joue un rôle passif en ce sens qu'il défère à une prière ou obéit à un ordre ; nous avons nommé le nouveau débiteur qui vient prendre la place de l'ancien.

3° Enfin le *délégataire*, qui est le *bénéficiaire* de l'opération, ou plus exactement peut-être le *destinataire* ; car l'opération peut lui être désavantageuse, ainsi que nous le verrons bientôt : c'est le créancier qui change de débiteur.

Le plus ordinairement le délégué est débiteur du déléguant. Ainsi Paul me doit 1,000 fr. ; je vous dois moi-même pareille somme ; je vous délègue Paul, et vous l'acceptez comme débiteur à ma place. Deux dettes sont ainsi éteintes du même coup, celle de Paul envers moi et la mienne envers vous. On remarquera que l'opération offre un caractère différent suivant la face sous laquelle on l'envisage : — par rapport à vous, il y a novation par changement de débiteur ; désormais c'est Paul qui vous doit à ma place ; — par rapport à Paul, il y a novation par changement de créancier ; sa dette est toujours de la même somme, mais au lieu de me devoir il vous doit ; il a donc changé de créancier.

**1046.** Avec la délégation il ne faut pas confondre la simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place ; cette indication laisse intacts les droits du créancier vis-à-vis de son débiteur ; elle n'opère donc aucune novation. On lit à ce sujet dans l'art. 1271 al. 1 : « La simple indication, faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation ».

La délégation elle-même n'opère pas toujours novation, c'est-à-dire extinction de la dette du déléguant vis-à-vis du délégataire. En effet l'art. 1275 dispose : « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation ». Ainsi je suis débiteur envers vous d'une rente ; je vous délègue un autre débiteur, que vous acceptez et qui s'engage à vous payer la rente en mon lieu et place ; pendant plusieurs années, vous recevez de ce débiteur le paiement des arrérages. Serai-je libéré vis-à-vis de vous pour l'avenir ? Il semblerait bien que oui ; car, d'après les principes généraux, la volonté de nover peut être manifestée tacitement, et dans notre hypothèse cette volonté paraît bien résulter des circonstances de la cause. Mais la loi déroge ici aux principes ; elle décide que la volonté de nover, c'est-à-dire de décharger l'ancien débiteur ne pourra résulter que d'une déclaration *expresse* faite par le créancier. Quelle est la raison d'être de cette déviation ? « Le législateur, disent MM. Aubry et Rau, a voulu par là couper court à toutes les contestations qu'aurait fait naître la question de savoir si, en acceptant la délégation, le créancier n'a pas virtuellement et nécessairement déchargé le déléguant ». Les mêmes auteurs ajoutent avec raison que, si la loi exige une déclaration expresse de volonté, elle n'exige pas plus ici qu'ailleurs l'emploi de termes sacramentels.

**1047.** On voit qu'il existe deux espèces de délégation : celle qui décharge l'ancien débiteur (ce résultat ne peut se produire qu'en vertu d'une déclaration expresse de volonté faite par le créancier), et celle qui ne le décharge pas ; le créancier a alors deux débiteurs au lieu d'un, il en acquiert un nouveau sans perdre l'ancien. La première porte dans le langage de la doctrine le nom de *délégation parfaite*, et la deuxième celui de *délégation imparfaite*.

**1048.** La délégation parfaite laisse au compte du créancier le risque de l'insolvabilité du débiteur délégué ; en effet, si le délégué devient insolvable, le créancier ne pourra pas recourir contre le déléguant, qui se trouve déchargé ; il perdra donc le montant de sa créance. L'art. 1276, qui pose ce principe, y apporte une double exception : « Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation ».

La première exception est indiquée par ces mots : « à moins que l'acte (entendez la convention) n'en contienne une réserve expresse ». Cette réserve n'ayant rien de contraire à l'ordre public, la loi devait nécessairement l'autoriser ; elle a pour résultat

de rendre conditionnelle la décharge accordée au déléguant : le créancier a voulu que cette décharge fût considérée comme non avenue, si le nouveau débiteur devient insolvable. Une semblable restriction ne rend pas la décharge illusoire ; en effet le créancier ne peut poursuivre l'ancien débiteur que sous la condition de démontrer l'insolvabilité du nouveau, tandis que, s'il n'avait pas accordé de décharge, il pourrait poursuivre à son choix l'ancien débiteur ou le nouveau.

La deuxième exception a lieu, d'après la partie finale de notre article, lorsque le débiteur délégué était déjà *en faillite ouverte* ou *tombé en déconfiture au moment de la délégation*. La loi suppose sans le dire que le créancier, qui a accordé la décharge à son ancien débiteur, au déléguant, ignorait l'état de faillite ou de déconfiture du nouveau débiteur, du délégué ; car, s'il le connaissait, il n'y aurait pas de motif pour lui permettre de revenir sur ce qu'il a fait. Quant au déléguant, qui a proposé le nouveau débiteur, de deux choses l'une : ou il connaissait la situation de celui-ci, et alors il a commis un dol dont la loi ne devait pas lui permettre de profiter ; ou il ne la connaissait pas, et alors on peut facilement admettre qu'il a été tacitement entendu entre les parties que la décharge accordée à l'ancien débiteur supposait la solvabilité du nouveau : le déléguant a présenté un débiteur qu'il croyait solvable, et le délégataire l'a accepté comme tel ; il est donc sous-entendu que la décharge accordée à l'ancien débiteur est subordonnée à la solvabilité du nouveau. De sorte que finalement les deux exceptions formulées par l'art. 1276 ont leur fondement dans la volonté des parties, volonté exprimée dans le premier cas au moyen d'une réserve formelle, sous-entendue dans le second sur le fondement d'une réserve tacite.

**1049.** Il reste à savoir sur quoi porte la réserve expresse ou tacite du créancier. Le mot *réserve* contient en lui-même la réponse : on ne réserve que ce qu'on a ; la réserve n'est pas autre chose qu'une modalité de l'abandon d'un droit ; elle permet de reprendre dans une hypothèse déterminée le droit dont on se dépouille ; dans le cas dont il s'agit, le créancier qui accepte la délégation renonce à son droit contre le déléguant, mais en se réservant expressément ou tacitement le droit de le reprendre si le délégué devient insolvable. Ce que le créancier reprendra le cas échéant, c'est donc l'action qu'il avait contre le déléguant, et par conséquent il exercera cette action avec les privilèges et hypothèques qui y sont attachés. On objecte que la loi parle d'un *recours* contre le déléguant au cas d'insolvabilité du délégué ; ce mot indique, dit-on, que le délégataire agit contre le déléguant par une action en garantie, donc par une action purement personnelle. Nous répondons que le sens du mot *recours* est équivoque ; mais celui du mot *réserve*, que la loi emploie aussi dans le même article, ne l'est pas. Aussi ne conteste-t-on guère que le créancier puisse exercer son ancienne action, quand il y a de sa part une réserve expresse ; mais alors pourquoi ne pourrait-il pas aussi exercer cette même action dans le deuxième cas prévu par l'art. 1276, qui en définitive constitue, comme nous l'avons vu, une réserve tacite.

### SECTION III

#### DE LA REMISE DE LA DETTE

##### I. Généralités.

**1050.** Le législateur ne s'occupe pas ici de la remise qui peut être accordée à un failli sous forme de concordat ; elle a ceci de particulier qu'elle peut être imposée par la majorité des créanciers à la minorité, de sorte que la remise est forcée pour les créanciers qui font partie de la minorité. Le Code civil ne s'occupe que de la remise *volontaire*.

La remise de la dette est la renonciation gratuite, faite par un créancier en faveur de son débiteur, au droit d'exiger en tout ou en partie le paiement de sa créance.

Nous disons la renonciation *gratuite* : si, en renonçant à son droit, le créancier en reçoit l'équivalent sous une autre forme, alors il n'y a pas à proprement parler remise de la dette. Ainsi le créancier d'une somme de 2,000 fr. donne quittance à son débiteur moyennant le paiement que lui fait celui-ci de 100 hectolitres de froment ; il y a dation en paiement, et non remise de la dette. Ou bien le créancier d'une somme d'argent consent à libérer son débiteur moyennant l'engagement que prend une autre personne de payer à sa place ; c'est le cas de la novation par changement de débiteur, et non celui de la remise de la dette. Toutefois, si ce que le créancier reçoit ou stipule n'est pas la contre-valeur exacte de ce qui lui est dû, il peut y avoir remise partielle de la dette. Ainsi le créancier d'une somme de 500 fr., qui, pour gratifier son débiteur, consent à lui donner quittance intégrale moyennant le paiement d'une barrique de vin valant 300 fr., lui fait évidemment remise de sa dette jusqu'à concurrence de 200 fr.

La remise de la dette n'est pas une abdication pure et simple, que le créancier fait de son droit parce qu'il n'en veut plus ; c'est une faveur qu'il entend accorder à son débiteur, une libéralité qu'il veut lui faire, une donation, disons le mot ; car le créancier s'appauvrit d'une valeur égale au montant de la créance dont il fait l'abandon, et le débiteur s'enrichit d'autant.

**1051.** Du principe que la remise de la dette est une donation, il résulte qu'elle est soumise à toutes les règles de fond qui régissent les donations. C'est ainsi notamment que l'avantage résultant d'une remise de dette serait soumis, le cas échéant, au rapport ou à la réduction, et révocable pour les diverses causes qui entraînent la révocation des donations. Il y aurait lieu d'appliquer également à la remise de la dette les règles générales sur la capacité de disposer et de recevoir. Ainsi un créancier mineur de seize ans ne peut pas valablement faire une remise de dette (arg., art. 903) ; de même, un père adultérin ou incestueux ne peut pas valablement faire une remise de dette au profit de son enfant, si l'avantage résultant de cette remise dépasse les limites d'une disposition alimentaire (arg., art. 762 et 908).

Il semblerait devoir résulter aussi de notre principe que la remise de la dette est soumise aux conditions de *forme* des donations, qu'elle ne peut être valable qu'à la condition d'être faite dans les formes solennelles prescrites pour les dispositions à titre gratuit. Mais notre législateur n'a pas admis cette deuxième conséquence, ou du moins il ne l'a admise qu'en partie. A cet égard il y a lieu de distinguer. — La remise