

89. Les hypothèques sont un accessoire de la dette, elles s'éteignent avec l'obligation qu'elles sont destinées à garantir. C'est un danger pour le créancier; il peut, il est vrai, stipuler des garanties pour la nouvelle dette, mais ces hypothèques n'auront rang qu'à partir de leur inscription. 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.

Cette réserve peut se faire dans la novation objective; l'article 1278 suppose que le créancier peut réserver les privilèges et hypothèques, et cela n'est pas douteux quand l'objet seul de la dette change. Les tiers sont sans intérêt dans ce cas: que leur importe qu'ils soient primés par telle dette ou par telle autre si le montant de la créance reste le 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 aux tiers qu'ils soient primés par tel créancier ou par un autre?

Reste la novation par substitution d'un nouveau débiteur. On demande d'abord si les hypothèques qui étaient attachées à l'ancienne créance peuvent être réservées sur les biens du nouveau débiteur? L'article 1279 décide la question négativement. Les principes qui régissent l'hypothèque s'y opposent. L'hypothèque n'existe qu'en vertu d'un acte authentique, et elle n'a rang que du jour de son inscription; il ne saurait donc y avoir d'hypothèque sur les biens d'un nouveau débiteur avec un effet rétroactif.

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. S'il y consent, la réserve peut se faire, puisque les tiers n'y perdent rien; leur situation reste la même. La difficulté est de savoir s'il faut le consentement du débiteur. A notre avis, oui. C'est la doctrine traditionnelle, et elle est fondée sur les vrais principes. Le débiteur avait consenti une hypothèque pour l'ancienne dette par lui contractée; cette hypothèque s'éteint par la novation; pour qu'elle passe à une nouvelle dette, il faut un nouveau consentement (n° 331).

Comment doit se faire la réserve de l'hypothèque? L'article 1278

veut qu'elle soit expresse. De droit, les hypothèques s'éteignent; elles ne peuvent subsister qu'en vertu d'une réserve; pour qu'il n'y ait aucun doute sur ce point, la loi veut qu'elle soit expresse (n° 328).

90. L'article 1280 suppose que la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires; le créancier peut se réserver les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette. C'est l'application du principe que nous venons d'établir (1). L'hypothèque peut aussi être réservée sur les biens des codébiteurs qui sont libérés, s'ils y consentent; les tiers sont désintéressés dans cette réserve (n° 332).

SECTION III. — De la remise de la dette.

§ I. Comment se fait la remise.

Sommaire.

- 91. La remise peut avoir lieu à titre onéreux ou à titre gratuit
- 92. La remise gratuite est soumise aux règles des donations, sauf pour la solennité.
- 93. La remise exige le concours de consentement du débiteur.
- 94. La remise peut être tacite.

91. 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 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 (n° 333).

92. La remise gratuite est-elle une donation? Il est certain que c'est une libéralité. Est-ce à dire qu'elle soit 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; la loi admet la remise tacite (art. 1282, 1283), ce qui exclut toute

(1) Voyez, ci-dessus, n° 89.

solennité. Si la loi affranchit la remise gratuite des formalités des donations, c'est qu'elle équivaut à un don manuel qui se fait sans formes. Quant aux autres règles des donations, elles s'appliquent à la remise gratuite; il en est ainsi des conditions de capacité, du rapport, de la réduction et de la révocation (n^{os} 334-336).

93. La remise exige-t-elle le concours de consentement du débiteur? Oui. Quand elle se fait à titre onéreux, c'est une novation ou une dation en paiement, c'est-à-dire une convention qui exige le concours de consentement. La remise à titre gratuit est une donation, et donation est aussi un contrat (n^o 337).

94. La remise peut être tacite. C'est le droit commun pour les contrats non solennels. Le code prévoit deux cas de remise tacite, pour mieux dire deux présomptions de libération dans les articles 1282 et 1283.

§ II. Des présomptions de libération établies par les articles 1282 et 1283.

Sommaire.

95. Dans quels cas y a-t-il présomption de libération et quel en est le fondement?
 96. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait présomption de libération?
 97. Le débiteur doit-il prouver l'existence de ces conditions?
 98. Qu'entend-on par *présomption de libération*?
 99. Cette présomption admet-elle la preuve contraire?

95. « La remise (1) volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur fait preuve de la libération » (art. 1282). « La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire » (art. 1283).

Pourquoi la loi attache-t-elle une présomption de libération à la remise, c'est-à-dire, à la tradition que le créancier fait de son titre au débiteur? L'écrit constitue la preuve du droit que le créancier a contre le débiteur; se dépouiller de cette preuve en remettant l'acte à celui-là même contre lequel il est destiné à établir une obligation, c'est témoigner la volonté de ne pas faire valoir son droit, soit que ce droit n'existe plus si le débiteur a payé, soit que le créancier en fasse la remise gratuite au débi-

(1) C'est-à-dire la tradition (t. XVIII, n^o 340).

teur. Il est donc très-probable que le débiteur est libéré ou par le paiement ou par la libéralité qu'il a reçue. C'est sur cette probabilité que la loi établit la présomption de libération (n^o 340).

96. Quelles sont les conditions requises pour que la présomption de libération existe? Il faut :

1^o Remise du titre. Quand l'acte est sous seing privé, c'est l'original qui doit être remis, il n'y a pas d'autre écrit. Lorsque les parties font dresser un acte authentique, l'original appelé minute reste entre les mains du notaire; les parties reçoivent une expédition revêtue de la formule exécutoire; c'est ce qu'on appelle la *grosse*, elle tient lieu de la minute (n^o 342);

2^o La remise de l'écrit doit être *volontaire*, c'est-à-dire qu'elle doit être faite dans l'intention de libérer le débiteur, ou de constater sa libération. Le mot *volontaire* a le même sens dans les articles 1235 et 1338 (n^o 343);

3^o La remise doit être faite par le créancier ou par un tiers sur les ordres du créancier; ce n'est que sous cette condition que l'on peut dire qu'il y a, dans le fait de la tradition du titre, une probabilité de libération. Un tiers ne pourrait faire une libéralité ni constater un paiement qu'il n'a point reçu;

4^o Le titre doit être remis au débiteur. Il s'agit de savoir si le débiteur est libéré par la tradition du titre; il faut donc que le fait de la remise ait un rapport avec le débiteur et manifeste la volonté de le libérer, ce qui implique que c'est à lui que la tradition doit être faite (n^o 345).

97. Quand ces conditions existent, il y a présomption de libération. Cette présomption donne lieu à des difficultés. On demande d'abord si le débiteur qui allègue la présomption de libération doit prouver que le créancier lui a fait remise volontaire du titre. L'affirmative nous paraît certaine. En effet, le débiteur oppose au créancier une exception; il doit donc prouver le fondement de l'exception, c'est-à-dire le fait que le créancier lui a remis volontairement le titre original sous seing privé, ou la grosse du titre authentique. On objecte que les présomptions légales dispensent de toute preuve celui au profit duquel elles sont établies (art. 1352). Nous répondons que celui qui invoque une présomption doit au moins prouver que la présomption existe (1). On objecte encore que le débiteur

(1) Voyez, plus loin, n^o 265.

étant en possession du titre, il y a présomption que le titre lui a été remis par le créancier. A notre avis, il ne peut être question d'une présomption légale, puisque la loi ne l'établit pas. Quant aux présomptions dites de l'homme, c'est une preuve de droit commun qui incombe à celui qui veut s'en prévaloir. Nous dirons plus loin dans quels cas elle est admissible (nos 355 et 356).

98. Si le fait de la remise est constant, il se présente une autre difficulté. Il y a présomption de *libération*. Qu'entend-on par là? Est-ce que la loi présume qu'il y a paiement, ou présume-t-elle qu'il y a libéralité? Elle présume seulement la *libération*, c'est-à-dire que si le créancier agit contre le débiteur, celui-ci repoussera la demande par une fin de non-recevoir en invoquant la présomption que la loi établit en sa faveur, présomption qui prouve qu'il est libéré. Quant à la question de savoir à quel titre il est libéré, elle n'est pas décidée par la loi, donc elle reste sous l'empire du droit commun. Celui qui soutient qu'il y a paiement doit le prouver; celui qui soutient que le créancier a fait une libéralité devra également en faire la preuve, et la preuve dans les deux cas se fera d'après les règles générales établies par le code (n° 351). Il importe parfois de savoir s'il y a paiement ou libéralité, parce que la capacité requise pour faire ces actes diffère : le mineur émancipé et la femme séparée de biens peuvent faire un paiement, tandis qu'ils ne peuvent pas faire de libéralité.

99. La présomption de libération admet-elle la preuve contraire? Il résulte de la combinaison des articles 1282 et 1283 que, dans le cas de l'article 1282, la loi n'admet pas la preuve contraire, tandis qu'elle l'admet dans l'autre cas. Le créancier réclame le paiement de la dette. Le débiteur lui répond : « Je suis libéré par la remise que vous m'avez faite du titre original sous seing privé qui constate la dette. » Le créancier peut-il demander à prouver qu'il n'a pas libéré le débiteur? Non, l'article 1282 ne lui réserve pas la preuve contraire, et d'après le principe établi par l'article 1352, cette preuve est inadmissible : nous reviendrons sur ce point en traitant des *Présomptions*, et nous dirons aussi en quel sens la loi rejette la preuve contraire. L'article 1283 admet cette preuve lorsque c'est la grosse du titre authentique qui a été remise au débiteur. Quelle est la raison de cette différence? C'est que la probabilité est moindre. Quand le créancier remet l'écrit

sous seing privé au débiteur, il se dépouille en sa faveur de l'unique preuve qu'il a contre lui; tandis que, s'il lui remet la grosse, la minute reste dans les mains du notaire, et le créancier peut se procurer une grosse nouvelle en remplissant les formalités prescrites par le code de procédure (art. 854) (n° 366).

§ II. Effet de la remise.

Sommaire.

100. La remise est *réelle* ou *personnelle*.
101. La remise tacite est toujours *réelle*.
102. *Quid* de la remise expresse?

100. On distingue deux espèces de remises, la remise *réelle* et la remise *personnelle*. La remise est *réelle* quand la dette est éteinte à l'égard de tous, comme elle le serait par le paiement. Elle est *personnelle* quand elle décharge simplement le débiteur de son obligation. Les tiers intéressés, tels que caution, codébiteurs, détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette, peuvent invoquer la remise réelle, ils ne peuvent pas se prévaloir de la remise personnelle (n° 368).

101. La remise *tacite* qui résulte des articles 1282 et 1283 est *réelle* de son essence. Quand le créancier remet son titre au débiteur, ou à un coobligé, il se trouve dans l'impossibilité absolue d'agir, en ce sens du moins 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 réelle (n° 375). Le code consacre une conséquence de ce principe dans l'article 1284 : « La remise du titre original sous signature privée ou de la grosse du titre à l'un des débiteurs solidaires a le même effet au profit de ses codébiteurs. » Il faut en dire autant des cautions (nos 376 et 377).

102. La remise expresse peut être réelle ou personnelle. A l'égard des codébiteurs solidaires, elle est réelle en principe; c'est ce que dit l'article 1285 : « 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. » Nous en avons dit la raison en traitant de la solidarité (1); nous avons dit aussi quel est l'effet de la remise quand elle est personnelle (n° 369).

« La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions » (art. 1287). Cette remise est essentiellement réelle, il ne peut pas y avoir de caution sans un débiteur principal (n° 370).

« La remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal » (art. 1287). On suppose que la remise ne porte que sur le cautionnement. Toute renonciation est interprétée restrictivement; je puis bien décharger la caution sans vouloir décharger le débiteur. Cependant la remise accordée à la caution peut être réelle; cela dépend de la volonté du créancier (n° 372).

« 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. Mais la remise, personnelle en principe, peut devenir réelle si telle est la volonté du créancier (n° 373).

« 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 s'écarte de la tradition et elle est contraire aux principes. Dumoulin dit avec raison 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 pourrait l'obliger 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. A ces conditions-là, le créancier n'accordera jamais la décharge à une caution (n° 374).

(1) Voyez, t. II de ce cours, n° 758.

SECTION IV. — De la compensation.

A. COMPENSATION LÉGALE.

§ I. Notions générales.

Sommaire.

- 105. Définition et motifs.
- 104. La compensation s'opère de plein droit; en quel sens et pourquoi?
- 105. Conséquences qui résultent de ce principe.
- 106. Les deux dettes s'éteignent jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.
- 107. Comment se fait l'imputation quand le débiteur de plusieurs dettes compensables devient créancier?

103. L'Exposé des motifs définit la compensation en ces termes : « C'est la libération respective de deux personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre. » Je vous dois mille francs; vous devenez mon débiteur de la même somme, les deux dettes sont éteintes par compensation. Ce mode d'éteindre les obligations équivaut à un paiement qui se fait en vertu de la loi pour éviter des traditions inutiles : à quoi bon vous payer les mille francs que je vous dois, puisque, me devant aussi mille francs, vous seriez obligé de me les rendre immédiatement? La compensation a encore un autre avantage. Si l'un des débiteurs pouvait exiger le paiement de ce qui lui est dû, sans payer, de son côté, ce qu'il doit, la condition des parties serait inégale, et cette inégalité pourrait devenir très-préjudiciable à celle qui aurait payé sans recevoir ce qui lui est dû; en effet, l'autre partie peut devenir insolvable et, par suite, celui qui reste créancier perdrait sa créance, tandis que l'autre aurait touché la sienne. La compensation prévient ce danger en éteignant les deux dettes aussitôt qu'elles coexistent.

Enfin, la compensation est encore d'intérêt public, en ce sens qu'elle rend inutile l'action en justice qu'à défaut de paiement chacun des créanciers serait obligé d'intenter; elle prévient donc au moins un procès. C'est la raison pour laquelle le droit féodal ne l'admettait pas. On suivait pour maxime qu'une dette n'empêche pas l'autre; de là la nécessité de deux poursuites judi-