

UNIVERSITÉ DE LIÈGE

Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales

THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS

D'après les notes polycopiées de Léon GRAULICH
révisées et mises à jour
par

Simone DAVID-CONSTANT

Professeur ordinaire à la Faculté de Droit, d'Economie et
de Sciences Sociales de l'Université de Liège

Fascicule III

1978

PRESSES UNIVERSITAIRES DE LIÈGE
A.S.B.L.



65577 C

UNIVERSITÉ DE LIÈGE

Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales

THÉORIE GÉNÉRALE
DES OBLIGATIONS

D'après les notes polycopiées de Léon GRAULICH
révisées et mises à jour
par

Simone DAVID-CONSTANT

Professeur ordinaire à la Faculté de Droit, d'Economie et
de Sciences Sociales de l'Université de Liège

Fascicule III

1978

PRESSES UNIVERSITAIRES DE LIÈGE
A.S.B.L.



LIVRE II

TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

311.- OBJET DE CE LIVRE.

Il sera exclusivement ici question de la transmission entre vifs des obligations. L'étude de la transmission des obligations après décès appartient à la matière des successions et des libéralités testamentaires.

Nous envisagerons l'obligation successivement sous sa face active (créance) et sous sa face passive (dette). Le premier titre sera consacré à la cession de créance; le second à la cession de dette.

TITRE I

CESSION DE CREANCE

CHAPITRE I

GENERALITES SUR LA TRANSMISSION DES CREANCES

312.- HISTORIQUE.

Qu'un créancier puisse céder sa créance à une autre personne sans le consentement du débiteur et imposer ainsi à ce dernier un autre créancier, c'est là un phénomène qui nous apparaît aujourd'hui aussi normal que le transfert de tout autre droit et, à première vue, nous ne concevons pas qu'il n'en ait pas toujours été ainsi. Pourtant, il peut ne pas être indifférent à un débiteur d'avoir pour créancier telle ou telle personne. Aussi ne faut-il pas s'étonner de constater que le principe de la transmissibilité des créances ait été ignoré dans des législations qui, tel le droit romain primitif, subordonnaient l'engagement du débiteur à l'observation de certaines formes conférant à cet engagement un caractère tout à fait personnel et qui, pour le surplus, donnaient au créancier un pouvoir sur la personne du débiteur allant jusqu'au droit de l'emprisonner, de le faire vendre comme esclave, de le mettre à mort. L'obligation est alors envisagée comme un rapport juridique entre deux personnes nominativement déterminées : on ne peut changer l'un des termes du rapport sans le détruire. Cette conception a laissé de longs vestiges.

Le droit romain en vint pourtant à admettre assez rapidement la transmission des créances à cause de mort.

Quant à la transmission des créances entre vifs, lors même qu'avec le développement des affaires on s'aperçut de la nécessité de permettre au créancier de disposer de sa créance comme de tout autre élément actif de son patrimoine, et ce sans le consentement de son débiteur, le droit romain ne connut pas de procédé direct pour y parvenir.

Sans doute le droit romain connut assez tôt la novation par changement de créancier, en vertu de laquelle une créance est remplacée par une nouvelle créance de même objet, contractée par le débiteur au profit d'un nouveau créancier, l'ancien créancier déchargeant le débiteur. Mais la novation par changement de créancier ne "transmet" pas la créance; elle éteint la créance et en fait naître une nouvelle, qui a bien le même objet, mais qui n'est pas la même : les garanties qu'avait l'ancien créancier ne passent pas au nouveau. On remarquera surtout qu'elle requiert l'accord du débiteur qui doit consentir à s'engager envers le nouveau créancier.

Les Romains finirent par trouver un moyen détourné pour atteindre le but désiré. Le créancier ne cédait pas la créance elle-même; il chargeait celui à qui il voulait la céder d'en poursuivre le paiement en justice, comme mandataire, et il le dispensait de rendre compte, l'autorisant ainsi à conserver pour lui la prestation faite par le débiteur; c'est ce qu'on appelait la procuratio in rem suam. Ainsi était transféré à une autre personne, sinon le droit de créance, au moins le profit à en retirer. Mais il y avait des inconvénients pour le cessionnaire, notamment celui de n'acquiescer un droit irrévocable et un droit exclusif qu'après la litiscontestatio. Finalement, on lui permit d'exercer, même sans mandat, à titre d'action utile, l'action du cédant et il fut admis que certains événements (dénonciation au débiteur ou reconnaissance faite par celui-ci) lui assureraient, dès avant la litiscontestatio, le bénéfice exclusif de la créance : le cédant a toujours la créance mais le cessionnaire seul a l'action (Girard, p. 748; Cuq, p. 639). Telle est l'origine de la cession de créance.

Aujourd'hui, on ne distingue plus entre le droit et l'action⁽¹⁾. La créance n'est plus envisagée comme un lien strictement personnel, mais comme une valeur patrimoniale indépendante de la personnalité du titulaire. Comme telle, et à moins qu'elle ne soit exceptionnellement incessible, elle peut être transmise à l'égal de tout autre élément actif du patrimoine et cette transmission s'impose au débiteur. Le cessionnaire n'est plus le mandataire du créancier; il devient, à titre d'ayant cause du cédant, le titulaire de la créance cédée.

313. - OBSERVATION SUR LA PLACE DES TEXTES.

Le Code civil traite de la transmission de créance entre vifs, dans la matière de la Vente (art. 1689 et s.). Cette place est defectueuse. La transmission d'une créance est souvent le résultat d'une vente, mais elle peut l'être aussi d'une autre convention à titre onéreux ou à titre gratuit. Raison pour laquelle, avec la plupart des auteurs modernes et le projet de Code franco-italien des obligations (art. 260 et s.), nous la rattachons à la théorie générale des obligations.

(1) L'évolution s'est faite dans l'ancien droit. Sans doute Boethier (Oblig., n° 605; vente, n° 550 et s.) croit-il encore, pour expliquer la cession de créance, invoquer le mécanisme de la procuratio in rem suam, mais voyez art. 105 de la Coutume de Paris et ses commentateurs, notamment Brodeau, 2e éd., p. 533.

314.- DISTINCTION A FAIRE.

Il faut distinguer la convention de cession de créance et la transmission de la créance qui en est le résultat et que l'on appelle aussi "cession".

315.- PLAN.

Dans un chapitre II, nous traiterons de la convention de cession de créance; dans un chapitre III, de la transmission de la créance qui est l'effet général de toute convention de cession; dans un chapitre IV, des règles particulières qui régissent la cession de certaines créances.

CHAPITRE II

CONVENTION DE CESSIION DE CREANCE

316.- NOTION, PARTIES A LA CESSIION.

La cession de créance est une convention par laquelle un créancier transfère sa créance à une autre personne qui devient titulaire de la créance à sa place.

Les parties à la convention de cession de créance sont l'ancien créancier et le nouveau créancier. Le débiteur de la créance cédée n'est pas partie à la convention.

317.- TERMINOLOGIE.

Celui qui aliène la créance s'appelle le cédant; celui qui l'acquiert, le cessionnaire; quant au débiteur de la créance qui fait l'objet de la cession, on l'appelle le cédé, "exprimant par la forme passive du verbe qu'il a subi la cession sans y avoir coopéré" ainsi que le dit Colmet de Santerre.

318.- REGLES, GARANTIE AU CAS DE VENTE.

La convention de cession de créance a le caractère d'une vente quand la cession se fait à prix d'argent, mais elle peut être aussi un échange, une dation en paiement, une donation, etc...

Selon les cas, elle sera soumise en principe aux règles de fond et de forme de la vente, de la dation en paiement, de la donation, etc... C'est ainsi que, si elle est une donation, les règles de forme des donations devront être observées.

Toutefois, lorsque la convention de cession de créance est une vente, l'obligation de garantie, à laquelle est tenu tout vendeur, fait l'objet d'une réglementation spéciale dans les articles 1693 à 1695. Ces textes doivent être combinés avec les articles 1626 et suivants.

On distingue la garantie de droit, qui est celle due en l'absence de clause particulière relative à la garantie, et la garantie de fait, qui est celle résultant de modifications conventionnelles.

A.- La garantie de droit (art. 1693) porte seulement sur l'existence de la créance (et de ses accessoires) au temps du transport (1); le cédant

(1) Dans l'opinion dominante, les mots "quoiqu'il soit fait sans garantie" qui terminent l'article 1693 signifient "quoiqu'il soit fait sans parler de la garantie".

ne garantit pas que le débiteur cédé est solvable (art. 1694). Sanction : restitution du prix et dommages-intérêts (art. 1630).

B.- Garantie de fait. - a) Clause restrictive. Une clause du contrat peut exclure la garantie. Le cédant sera néanmoins garant de son fait personnel (art. 1628), par exemple s'il avait déjà touché le montant de la créance. En outre, en cas d'inexistence de la créance, le cédant reste tenu de la restitution du prix (art. 1629), à moins que le cessionnaire n'ait acheté à ses risques et périls (art. 1692 in fine), ce qui transforme la cession en vente aléatoire : le cessionnaire n'a alors acquis que la chance d'être créancier.

b) Clauses extensives. Il peut être stipulé que le cédant garantit la solvabilité du débiteur. Cette garantie ne s'entend normalement que de la solvabilité au moment de la cession. Elle ne s'étend à la solvabilité future que si le cédant l'a expressément stipulé (art. 1695); c'est ce qu'on appelle la clause de "fournir et faire valoir". D'ailleurs, en aucun cas, elle ne vaut au-delà du montant du prix de la créance cédée (art. 1694). Cette disposition de l'article 1694 est d'ordre public : on a voulu éviter qu'un usurier puisse, par exemple, acheter pour 10.000 francs une créance douteuse de 50.000 francs avec garantie de solvabilité, puis se retourner contre le cédant pour 50.000 francs.

CHAPITRE III

TRANSMISSION DE LA CREANCE

SECTION 1

ETENDUE DE LA TRANSMISSION

319.- EXPOSE.

En principe, le cessionnaire acquiert la créance telle quelle, et par conséquent :

1) pour son montant nominal. Peu importe que le cédant ait cédé la créance au cessionnaire pour un prix inférieur à ce montant; le cessionnaire aura le droit de se faire payer le total de la créance par le cédé;

2) avec toutes ses qualités, c'est-à-dire les accessoires qu'elle comporte et les avantages qui lui sont inhérents. Les droits du cessionnaire sont ceux du cédant. L'effet translatif s'étend ainsi aux garanties de la créance : cautionnement, privilège, hypothèque (art. 1692), au bénéfice du titre exécutoire, aux intérêts à échoir, même aux intérêts échus sauf convention contraire;

On exclut toutefois le bénéfice de la suspension de la prescription dont le cédant pouvait jouir, par exemple en qualité de mineur. Ce bénéfice est purement personnel.

3) avec tous ses défauts, c'est-à-dire passible des exceptions qui pouvaient être opposées au cédant par le débiteur. Le cessionnaire ne peut avoir plus de droits que n'en avait le cédant : nemo dat quod non habet. La condition du débiteur ne peut être empirée par la cession (V. sur le principe Cass., 14 février 1924, Pas. 1924, I, 202; Cass., 13 septembre 1973, Pas. 1974, I, 31, R.C.J.B. 1974, 356, obs. Stengers). Le débiteur pourra donc opposer

au cessionnaire toutes les exceptions qui lui étaient acquises contre le cédant avant le moment où la cession lui devient opposable (1) : tels les moyens de défense tirés des diverses causes d'extinction (paiement, remise de dette, etc...), de la nullité, de la résolution. C'est ce qu'on appelle le principe de l'opposabilité des exceptions.

A noter toutefois que l'article 1295 contient une dérogation à ce principe, concernant l'exception de compensation. L'exception de compensation que le débiteur aurait pu opposer au cédant n'est pas opposable au cessionnaire si le débiteur accepte purement et simplement la cession. Nous reviendrons sur cette disposition dans la matière de la compensation (voir infra, n° 406).

Section 2

MOMENT OU S'OPERE LA TRANSMISSION

320.- DISTINCTION A FAIRE.

Aux termes de l'article 1690, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par l'une ou l'autre des formalités que prévoit cet article. Il faut donc distinguer la situation de principe et celle existant à l'égard des tiers.

§ 1er. - Principe

321.- EXPOSE.

Conformément à la règle déposée dans les articles 711 et 1138 du Code civil, la propriété (dans le sens de titularité) de la créance passe de la tête du cédant sur la tête du cessionnaire dès le moment de l'accord de leurs volontés. L'article 1690, qui prévoit certaine formalité, dit clairement que l'une ou l'autre de ces formalités n'est requise que pour l'efficacité de la cession à l'égard des tiers.

L'article 1689 porte que "la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre". Ce serait une erreur de croire que ce texte subordonne le transfert de la créance à la remise du titre. L'article 1689 ne vise que l'obligation de "délivrance" qui incombe à tout aliénateur (conf. art. 1607). Le cédant, qui doit mettre le cessionnaire en mesure d'exercer ses droits, doit lui remettre le titre de la créance (le texte aurait dû ajouter : s'il en existe un). Mais, dès la convention et avant la remise du titre, le créancier est titulaire de la créance, de même que, par exemple, l'acquéreur d'une chose corporelle est propriétaire dès la vente, alors même que la délivrance ne serait pas encore intervenue.

(1) Nous déterminerons ce moment dans la section 2.

§ 2. - A l'égard des tiers.

322.- CONDITION D'OPPOSABILITE DE LA CESSION AU DEBITEUR CÉDÉ ET AUX AUTRES TIERS.

Vis-à-vis des tiers (y compris le débiteur cédé qui n'est pas partie à la convention de cession), la transmission de la créance ne s'effectue qu'au moment où est accomplie une des deux formalités prévues par l'article 1690 : la signification de la cession faite au débiteur ou l'acceptation de la cession faite par le débiteur dans un acte authentique.

323.- SIGNIFICATION DE LA CESSION.

La signification de la cession n'est pas une notification quelconque; c'est un exploit d'huissier, acte authentique, notifiant la cession au débiteur.

La signification peut être faite à la requête soit du cédant, soit du cessionnaire. Généralement, c'est ce dernier qui en prend l'initiative, car il a intérêt à ce qu'elle soit faite dans le plus bref délai.

Que doit contenir la signification ? L'article 108 de la Coutume de Paris voulait qu'il fût "baillé copie du transport". L'article 1690 ne reproduisant pas cette exigence, la jurisprudence, après hésitation (voir motifs de Cass., 28 juin 1859, Pas. 1860, I, 359), admet que l'exploit n'a pas à contenir copie de l'acte de cession, qu'il suffit que la signification fasse connaître au débiteur le fait juridique du transport (V. notamment, Gand, 17 février 1900, Pas. 1901, II, 51). La doctrine se prononce également en ce sens. Rien n'empêche par conséquent de signifier une cession purement verbale.

324.- ACCEPTATION DU DEBITEUR DANS UN ACTE AUTHENTIQUE.

Cette acceptation peut intervenir à un moment quelconque, en même temps que la cession ou postérieurement. Ce second procédé est moins simple et plus onéreux que le premier, sauf quand la convention de cession est constatée par acte authentique et que le débiteur consent à intervenir à l'acte.

Il est essentiel d'observer qu'au sens où le mot est pris ici, l'acceptation consiste simplement en un aveu de connaissance du fait de la cession. Par conséquent :

1) il n'implique pas que le débiteur doive approuver la cession; une acceptation accompagnée de protestation n'en serait pas moins une acceptation au sens de la loi;

2) il ne faudrait pas induire de l'acceptation, prise en elle-même, que le débiteur prend un engagement personnel de payer le cessionnaire. Aussi laisse-t-elle subsister (sauf le cas où quelque circonstance particulière indiquerait qu'il y a renoncé et sous réserve de la disposition de l'article 1295, al. 1er, que nous avons signalée supra, n° 319 in fine), toutes les exceptions que possédait le débiteur contre le créancier cédant.

Pourquoi le législateur a-t-il exigé une acceptation "par acte authentique" ? On répond en disant que, cette acceptation devant avoir effet non seulement à l'égard du débiteur, mais à l'égard de tous autres tiers, le

législateur a voulu la certitude non seulement de la date, mais de l'acceptation elle-même, tout au moins jusqu'à inscription de faux (Planiol et Ripert, t. 7, n° 1121 bis). D'après Pothier, on se contentait autrefois d'une acceptation par acte sous seing privé ayant date certaine.

325.- ROLE DE CES FORMALITES (1).

Tant que l'une de ces formalités n'a pas été remplie, la cession de créance est inopposable aux tiers, c'est-à-dire aux personnes (y compris le débiteur cédé) autres que les parties à la convention de cession et leurs ayants cause à titre universel.

Ces formalités jouent ainsi, quant au fond, un rôle analogue à celui de la transcription pour les transmissions de droits réels immobiliers.

On les considère généralement comme étant des formalités de publicité, destinées à avertir le débiteur d'abord, puis, par son intermédiaire, les autres tiers, mais l'on s'empresse d'ajouter qu'en ce qui concerne ces derniers, cette publicité est très imparfaite. "On suppose que ceux-ci prendront la précaution, avant de traiter avec un cédant au sujet d'une créance, de s'adresser au débiteur pour connaître l'existence actuelle de cette créance. Il faut avouer que cette publicité est bien imparfaite par rapport aux tiers qui, en l'absence de toute obligation du cédé, ne sauront que ce qu'il lui aura plu de leur dire". (Hémar, t. 2, n° 1683).

326. - CONSEQUENCES DU DEFAUT D'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITES.

Du principe que la cession de créance est inopposable aux tiers tant que l'une ou l'autre des formalités indiquées en l'article 1690 n'a pas été accomplie, découlent (2) entre autres les conséquences suivantes :

A) A l'égard du débiteur cédé :

tant que la signification ou l'acceptation par acte authentique n'a pas été réalisée,

1° le débiteur cédé se libère valablement en payant le cédant (art. 1691);

2° il continue à pouvoir bénéficier d'exceptions nouvelles du chef du cédant (remise de dette, novation, chose jugée, etc...), - sauf à tenir compte, en ce qui concerne l'exception de compensation, de la disposition particulière de l'article 1295, signalée supra, n° 319 in fine;

3° il peut refuser de répondre à l'action introduite contre lui par le cessionnaire (V. sur ce point, Ripert et Boulanger, 4e édit., t. 2, n° 1720; De Page, t. 4, n°s 434 et 437; cons. note Radouant, D.P. 1933, I, 73; motifs Cass., 24 décembre 1941, Pas. 1941, I, 471)(3) .

(1) Sur le rôle de ces formalités en droit romain, v. Saleilles, Théorie de l'oblig., n° 88; Girard, 6e éd., p. 748; Cuq, 2e éd., p. 639. Sur leur rôle dans l'ancien droit, voir notamment Merlin, Rép., v° transport; art. 108 de la Coutume de Paris et ses commentateurs; Arrêts de Lamoignon, art. 1er et s. du titre des Transports et p. 323 (éd. 1702) des observations; Pothier, Propr., n° 215, Vente, n°s 554 et s., Traité de proc., n° 514. Sur leur rôle dans le projet de Code civil de l'an VIII et dans le Code civil, voir Recueil Fenet, t. 2, p. 349; t. 3, p. 454; t. 5, p. 83, 211 et 230 et s.; t. 14, p. 19 et 91.

(2) Sous réserve de ce que nous verrons au numéro suivant.

(3) On reconnaît néanmoins au cessionnaire le droit de procéder, dès avant la signification ou l'acceptation, à des actes conservatoires (interruption de prescription, renouvellement d'inscription hypothécaire, etc.).

B) A l'égard des autres tiers :

a) autre cessionnaire de la créance - Si le créancier cède successivement sa créance à deux personnes, ce sera la cession qui aura la première été signifiée au débiteur ou acceptée par lui dans un acte authentique qui l'emportera;

b) créancier du cédant auquel la créance est par lui donnée en gage - On sait que le gage d'une créance est soumis aux mêmes formalités que celles de l'article 1690 pour être opposable aux tiers. En conséquence, si la créance cédée est donnée en gage, celui qui l'emportera, du créancier gagiste ou du cessionnaire, sera celui qui aura le premier signifié au débiteur ou obtenu son acceptation dans un acte authentique;

c) créanciers du cédant. - Si, avant que l'une des formalités de l'article 1690 ne soit intervenue, un créancier du cédant a pratiqué une saisie-arrêt sur la créance, cette saisie sera valable à l'égard du cessionnaire⁽¹⁾. D'autre part, en cas de faillite du cédant, les cessions de créances qu'il aurait pu faire ne sont pas opposables au curateur de la faillite (qui représente les créanciers du cédant), si elles n'ont pas été signifiées ou acceptées authentiquement avant le jugement déclaratif de faillite.

327.- TEMPERAMENTS.

I.- Effet d'une acceptation faite par le débiteur sous une forme quelconque.

Que la loi ait exigé une acceptation "par acte authentique" pour saisir le cessionnaire à l'égard des tiers autres que le débiteur, on le comprend à la rigueur, ainsi que nous l'avons dit plus haut. Mais, dans les relations entre le cessionnaire et le débiteur cédé, on ne le comprend plus. Aussi admet-on qu'une acceptation, plus exactement une reconnaissance du fait de la cession, donnée sous une forme quelconque, même tacite, suffit pour assurer au cessionnaire les droits du créancier vis-à-vis du débiteur cédé. Ce dernier occupe une place à part parmi les tiers. La signification a pour but de l'avertir qu'il a changé de créancier. A quoi bon l'en avertir s'il a avoué avoir connaissance de la cession ? Du moment qu'il a reconnu être informé de celle-ci, il n'y a pas de raison pour ne pas lui faire produire effets entre le cessionnaire et le débiteur cédé (Planiol et Ripert, t. 7, n^{os} 1121 bis et 1129).

Bien entendu, une telle acceptation ne saisira pas le cessionnaire à l'égard des autres tiers. Si le débiteur recevait la signification d'un transport faite par un second cessionnaire de la créance, c'est ce dernier qui, à partir de la signification, devra être considéré comme son créancier.

II.- Effet de la connaissance de fait de la cession.

La simple connaissance de fait de la cession, dans le chef du débiteur ou de tout autre tiers, suffit-elle pour rendre celle-ci opposable à celui qui a cette connaissance ? La question est controversée. L'opinion dominante est dans le sens de l'affirmative, lorsque le tiers n'a pu avoir aucun doute concernant la réalité et la persistance de la cession (Voir Laurent, t. 24, n^{os} 488 et s.; Planiol et Ripert, t. 7, n^o 1122; De Page, t. 4, n^{os} 400 E et 411 et comp. De Page et Dekkers, t. 7, n^o 1082; Savatier, note D.P. 1926, I, 186 et 187). Les Cours de cassation de Belgique et de France

(1) Sur le conflit entre créanciers saisissants et cessionnaires, conflit qui donne lieu à difficultés, particulièrement lorsqu'il y a des saisies antérieures et postérieures à la signification, v. De Page, t. 4, n^o 435 et les renvois.

s'écartent toutefois de cette conception en exigeant que le tiers reconnaisse la cession; la simple connaissance de fait, même certaine, ne suffit donc pas à réaliser l'opposabilité de la transmission (Cass., 22 février 1952, Pas. 1952, I, 367; Cass., 3 septembre 1959, Pas. 1960, I, 1; Cass., 29 mars 1962, Pas. 1962, I, 837; Cass., 12 octobre 1967, Pas. 1968, I, 204; Cass., 18 janvier 1968, Pas. 1968, I, 634; Cass., 7 septembre 1972, Pas. 1973, I, 22, R.C.J.B. 1974, 5 obs. J. Hansenne; Cass., 30 avril 1976, Pas. 1976, I, 941; Cass. fr., 14 février 1975, D.S. 1975, 349, note)(1).

CHAPITRE IV

REGLES PARTICULIERES A LA CESSION DE CERTAINES CREANCES

328. - CREANCES HYPOTHECAIRES OU PRIVILEGIEES SUR IMMEUBLE.

La cession de ces créances est soumise à une publicité effective par l'article 5 de notre loi hypothécaire. La question de savoir si la formalité prescrite par cet article 5 se substitue ou se superpose aux formalités de l'article 1690 est à étudier lors du commentaire de cet article 5. Notons que, pour pouvoir procéder à cette publicité, il faut que la convention de cession ait été passée par acte authentique.

328 bis. - TITRES NEGOCIABLES.

En ce qui concerne les titres dits négociables, les règles exceptionnelles visent non seulement le mode de transmission à l'égard des tiers, mais encore la garantie et l'opposabilité des exceptions. Nous nous bornerons ici à signaler les différences qui existent concernant leur mode de transmission vis-à-vis des tiers (2).

A. Titres au porteur. Ils échappent à l'application de l'art. 1690. On sait que la créance constatée par un titre au porteur est assimilée à un meuble corporel au point de vue de l'article 2279 et des divers modes de transmission des biens (Galopin, Les biens, n° 42). On appliquera donc, le cas échéant, l'article 1141.

B. Titres à ordre. Ils sont également soustraits à l'application de l'article 1690. Ces titres se transmettent vis-à-vis des tiers par la voie de l'endossement.

C. Actions et obligations nominatives de société. Les parties ont le choix entre les formalités de l'article 1690 ou une déclaration de transfert inscrite sur le registre des actions ou des obligations nominatives, datée et signée par le cédant et le cessionnaire (art. 43 et 89 de la loi sur les sociétés commerciales). Il est aussi loisible à la société d'accepter et d'inscrire sur le registre un transfert qui serait constaté par la correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire (ibid.).

(1) Cons. aussi, sur ce délicat problème, Ripert, La régie morale, n°s 171 et s.; Campion, thèse, Lille 1909; Bastian, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse, Paris, 1928, p. 90 et s.; note Wahl, Sirey, 1898, I, 113; note Radouant, D.P. 1933, I, 73; note Weil, D.P. 1939, I, 26; Ripert et Boulanger, 4e éd., t. 2, n°s 1707 et 1720.

(2) Entre parties, le principe du transfert solo consensu subsiste.

TITRE II
CESSION DE DETTE

329.- NOTION - DROIT COMPARÉ.

De même que l'on admet aujourd'hui la transmissibilité entre vifs de l'obligation sous sa face active (cession de créance), de même pourrait-on admettre la transmissibilité entre vifs de l'obligation sous sa face passive (cession de dette) ?

Il faut s'entendre. D'après les principes de notre droit civil, les créances sont cessibles, les dettes ne le sont point; le débiteur doit exécuter son obligation et ne peut contraindre son créancier à accepter un nouveau débiteur, en son lieu et place (cass., 12 sept. 1940, Pas. I, 213). Concevrait-on un système législatif qui autoriserait un débiteur à "céder sa dette" au premier venu, le créancier n'ayant qu'à s'incliner (1) ?

Mais l'opération ne serait-elle pas possible avec le consentement du créancier ? Elle offrirait parfois une grande utilité pratique. Dans la cession de fonds de commerce, les dettes seraient mises à la charge exclusive de l'acquéreur. Dans la cession d'un contrat synallagmatique, les obligations seraient mises à la charge exclusive du cessionnaire (2) .

On pourrait songer à la délégation simple ou à la novation par changement de débiteur. Mais, dans la première, le débiteur reste tenu; dans la seconde, l'ancienne dette est remplacée par une nouvelle. Or, ce n'est pas le résultat voulu, à savoir que la dette passe identiquement la même à la charge exclusive d'un autre débiteur. Une stipulation pour autrui manquerait aussi le but : en effet; supposons que A, débiteur de B, stipule de C, en contractant avec lui, qu'il paiera son créancier B. Il ne sera pas libéré vis-à-vis de B et, si même celui-ci le libère, la dette du promettant n'est pas la dette originaire, mais celle résultant de la stipulation pour autrui.

Notre Code civil ne connaît pas d'institution permettant d'aboutir au résultat voulu. Le Code civil allemand a organisé la "reprise de dette". Le débiteur peut faire une convention de reprise de dette avec un tiers; cette convention est notifiée au créancier et, s'il donne son adhésion, le transfert de dette se trouve rétroactivement validé. Toutefois, par dérogation au principe de la succession à la dette, les garanties ne subsistent que sous d'importantes réserves qu'il serait trop long d'indiquer ici (art. 414 et s.). Le Code fédéral suisse des obligations connaît une institution analogue, mais dont le mécanisme et les effets sont assez différents (art. 176 et s.).

(1) On pourrait à la rigueur le concevoir dans des hypothèses où la dette serait assez bien garantie pour que la solvabilité du débiteur soit indifférente au créancier (Ripert et Boulanger, t. 2, n° 1314).

(2) Les lois récentes organisent la cession de certains contrats synallagmatiques. V. loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, art. 25 V. et comp. Cass., 6 juin 1973, Pas. 1973, I, 924 en matière de cession d'entreprise et observ. M. Jamouille. Examen de jurisprudence : contrat de travail et d'emploi, R.C.J.B. 1975, pp. 320 et s., n° 52 à 57.

On s'accorde généralement à reconnaître qu'en vertu du principe de la liberté des conventions, rien ne s'oppose à ce que soit construite une opération sur le type de la "reprise de dette".

Voir Gaudemet, Essai sur le transport de dette à titre particulier, thèse, Dijon, 1898; Gaudemet, Obligations, p. 474 et s.; Saleilles, Théorie de l'obligation, n°s 81 et 105 et s.; De Page, t. 3, n°s 364 et s.; Ripert et Boulanger, t. 2, n°s 1312 et s.; Planiol et Ripert, t. 7, n°s 1141 et s.; en droit suisse : Von Tuhr, Comment. Code féd. des obligations, p. 763 et s.; Van Ommeslaghe, Examen de jurisprudence : les obligations, R.C.J.B. 1975, n° 94, pp. 664 à 667 et les références y citées.

III. - EFFETS D'EXTINCTION DE LA DETTE

Une personne s'obligeant à une obligation, quelle que soit sa nature, contracte, ainsi, envers l'autre partie. Cette obligation est, d'abord, l'obligation de satisfaire la demande de l'autre partie. La question est de savoir si l'obligation est...

Une autre question est de savoir si l'obligation est...

Il se peut, en effet, que l'obligation ne soit pas...

Il se peut, en effet, que l'obligation ne soit pas...

Il se peut, en effet, que l'obligation ne soit pas...

1) La prescription extinctive

CHAPITRE I DU PAIEMENT

1) - DEFINITION

Le paiement est la satisfaction de l'obligation d'une personne à l'égard d'une autre.

Dans le langage du droit, le paiement est l'acte par lequel le débiteur satisfait l'obligation qu'il a contractée à l'égard du créancier.

Le paiement est un acte juridique qui a pour effet de faire disparaître l'obligation. Il se peut, en effet, que l'obligation ne soit pas...

LIVRE III

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

330.- CAUSES D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS - CLASSIFICATION.

Nous supposons l'existence d'une obligation, quelle que soit sa source : contrat, délit, gestion d'affaire, etc... Quels sont les événements qui, éteignant l'obligation, entraîneront la libération du débiteur ? Telle est la question dont nous abordons l'étude.

Sous réserve de précisions ultérieures concernant la nature de certaines d'entre elles, les causes d'extinction des obligations peuvent se grouper comme suit (1) :

- 1) le paiement, mode normal d'extinction de l'obligation et qui est l'exécution de la prestation due;
- 2) des modes d'extinction qui supposent que le créancier a obtenu une satisfaction autre que celle à laquelle il avait droit ou une satisfaction indirecte : dation en paiement, novation, compensation, confusion;
- 3) des modes d'extinction qui surviennent en dehors de toute satisfaction obtenue par le créancier : remise de la dette, impossibilité fortuite d'exécution;
- 4) la prescription extinctive.

TITRE I

DU PAIEMENT

331. - DEFINITION.

Le paiement est le fait d'exécuter l'obligation, c'est-à-dire d'accomplir la prestation qui est due.

Dans le langage du droit, le mot payer ne signifie pas seulement, comme dans le langage courant, s'acquitter d'une dette d'argent; il signifie

(1) V. Jossierand, t. 2, n° 833. - Dans l'article 1234, le Code cite, parmi les causes d'extinction, la nullité, la rescision et l'effet de la condition résolutoire; en réalité, il ne s'agit pas, dans ces cas, d'extinction de l'obligation mais de sa disparition rétroactive, l'obligation étant censée n'avoir pas existé. Notons, en outre, qu'en dehors des modes d'extinction énumérés par l'article 1234, et auxquels se borne notre exposé, il en existe d'autres : mort de l'une des parties (pour certaines obligations), échéance du terme extinctif.

accomplir la prestation due, quel qu'en soit l'objet. Ainsi le vendeur d'un immeuble paye en livrant l'immeuble, l'ouvrier en exécutant un travail, tout aussi bien que l'acheteur ou le patron en versant le prix ou le salaire.

Le paiement est le mode normal d'extinction des obligations. Comme le dit Planiol, c'est pour s'éteindre de cette manière qu'elles sont nées.

332.- DIVISION.

Nous examinerons successivement les règles: 1° du paiement pur et simple; 2° du paiement avec subrogation.

CHAPITRE I

DU PAIEMENT PUR ET SIMPLE

333.- PLAN.

Beaucoup de questions doivent être ici examinées : 1° Qui peut payer ?; 2° A qui peut-on payer et un tiers peut-il s'opposer à ce que le créancier reçoive le paiement ?; 3° Que faire si le créancier refuse de recevoir le paiement ?; 4° Que doit comprendre le paiement ?; 5° Lieu et frais du paiement. Nous aurons aussi à parler d'une question spéciale, celle de l'imputation des paiements, et nous dirons un mot de la cession de biens, dont le Code s'occupe dans le chapitre du paiement.

Section 1

PAR QUI LE PAIEMENT PEUT ETRE FAIT

334.- PRINCIPE.

En principe, le paiement peut être fait par toute personne, intéressée ou non (art. 1236). Ainsi, peuvent payer :

1° Le débiteur ou l'un des codébiteurs;

2° Toute autre personne intéressée à l'extinction de la dette, comme la caution, le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette, lequel peut être poursuivi par l'action réelle bien qu'il ne soit pas personnellement tenu;

3° Une personne quelconque, non intéressée à l'extinction de la dette, agissant soit au nom du débiteur, soit même en son propre nom. Le premier venu a ainsi le droit de payer. On a considéré qu'il importait peu au créancier d'être payé par tel ou tel, du moment qu'il obtient la prestation due. La finale de l'article 1236 ("qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier") signifie, dans l'opinion dominante, que, si le tiers peut forcer le créancier à recevoir le paiement, il ne peut pas le forcer à lui consentir la subrogation dans ses droits (1).

(1) Si l'on entend ainsi ce texte, il faut reconnaître qu'il est mal rédigé, qu'il est inutile et même qu'il est malencontreux car on pourrait en induire (ce qui serait tout à fait inexact) que le tiers non intéressé peut exiger la subrogation lorsqu'il paie au nom du débiteur (Beudant, t. 7, n° 777). Ce texte a fait l'objet de trois rédactions successives, toutes aussi obscures (V. Fenet, t. 2, pp.

335.- TEMPERAMENTS.

L'obligation de faire ne peut être acquittée par une personne autre que le débiteur, contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit accomplie par le débiteur lui-même (art. 1237): c'est le cas lorsque l'aptitude spéciale du débiteur a été une considération prépondérante (exemple : confection d'une oeuvre d'art) ou lorsque le créancier a un intérêt légitime à interdire au tiers d'exécuter l'obligation (Cass., 28 septembre 1973, Pas. 1974, I, 91; R.C.J.B. 1974, 238, obs. Van Damme). Cette exception se justifie d'elle-même et d'ailleurs ne s'applique pas seulement aux obligations de faire.

D'autre part, on admet généralement qu'un tiers non intéressé ne peut imposer le paiement si le débiteur et le créancier sont d'accord pour s'y opposer (V. Colmet de Santerre, t. 5, 175 bis, X; De Page, t. 3, n° 406 in fine; cons. motifs de Cass. fr., 7 juin 1937, S. 1937, I, 251).

336.- CONDITIONS REQUISES PAR L'ARTICLE 1238.

Aux termes de l'article 1238, al. 1er, pour payer valablement, il faut : 1° être propriétaire de la chose donnée en paiement et 2° être capable de l'aliéner.

Ce texte suppose qu'il s'agit d'une obligation de donner et que le paiement doit être translatif de propriété. Il a très peu d'applications pratiques, par suite du principe du transfert de la propriété par le seul consentement.

1ère condition : être propriétaire de la chose donnée en paiement. La nullité peut être demandée : a) par le créancier qui a le droit, en restituant la chose, d'en réclamer une autre, même si la chose remise est un meuble corporel dont il est devenu propriétaire en raison de sa bonne foi, car il peut répugner à sa conscience d'invoquer le fait de sa possession contre le véritable propriétaire; b) par le débiteur, et ceci malgré la règle "qui doit garantie ne peut évincer".

2ème condition : être capable de l'aliéner. La nullité ne peut être demandée que par l'incapable, mais il n'y aura d'intérêt que dans des hypothèses très exceptionnelles, puisqu'il reste tenu de l'obligation.

En toute hypothèse, "le paiement d'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi" (art. 1238, al. 2).

Section 2

PERSONNES QUI PEUVENT RECEVOIR LE PAIEMENT

337.- DIVISION.

Nous examinerons deux questions : 1° à qui peut-on payer ? 2° un tiers peut-il s'opposer à ce que le créancier reçoive le paiement ?

(suite)

179 et 393; t. 13, p. 24, 157, 191, 265 et 342).

§ 1er - A qui le paiement peut être fait.

338. - ENUMERATION.

Le paiement peut être fait :

1° au créancier (1), à condition qu'il soit capable de recevoir (renvoi au cours de 2e licence). Le paiement fait à un créancier incapable est annulable à sa demande et le débiteur devra payer une seconde fois, à moins qu'il ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier (art. 1241);

2° au représentant du créancier ayant pouvoir de recevoir (art. 1239, al. 1er), représentant conventionnel (contrat de mandat), légal (exemple : tuteur) ou judiciaire (exemple : curateur à succession vacante).

339.- CAS EXCEPTIONNELS DE VALIDITE DU PAIEMENT A UNE PERSONNE SANS QUALITE.

Exceptionnellement, le paiement fait à une personne sans qualité est valable dans trois cas :

1° si le créancier le ratifie (art. 1239, al. 2). *Ratihabitio mandato aequiparatur*;

2° si le créancier en a profité (art. 1239, al. 2). Par exemple, le débiteur démontre que l'argent versé au tiers a été remis par celui-ci au créancier;

3° si le débiteur a payé de bonne foi à un tiers qui était "en possession de la créance". Ceci résulte de la disposition de l'article 1240. On entend par possesseur de la créance, non pas celui qui possède le titre écrit constatant la créance, mais celui qui passe aux yeux de tous pour être le titulaire de la créance et qui ne l'est pas. Cette situation se trouve notamment réalisée dans l'hypothèse de l'héritier apparent (V. Galopin, Successions, n° 204).

§ 2. - *Oppositions à paiement. Saisie-arrêt.*

340.- GENERALITES.

Dans certains cas (voir par exemple art. 808 Code civil), la loi permet à un tiers de faire opposition au paiement. Le cas le plus important est celui de la saisie-arrêt réglementé par les articles 1445 et s. (saisie-arrêt conservatoire) et 1539 et s. (saisie-arrêt exécution) du Code judiciaire et dont certains effets sont déterminés par le Code civil.

341.- NOTION DE LA SAISIE-ARRÊT.

La saisie-arrêt est l'acte par lequel un créancier fait défense au débiteur de son débiteur de se dessaisir de ce qu'il doit en d'autres mains que celles du saisissant.

La saisie-arrêt met en jeu trois personnes : le saisissant (celui qui pratique la saisie), le débiteur saisi (le créancier de la valeur saisie) et le tiers saisi (le débiteur du saisi, celui en main duquel se pratique la saisie).

(1) Réserve faite des cas d'opposition (voir infra, § 2). V. aussi d'autres réserves, en vertu de lois spéciales, dans De Page, t. 3, n° 418, lit. C et 435 et s.

Le Code judiciaire a profondément modifié les formes et allégé la procédure de la saisie-arrêt; il distingue la saisie-arrêt conservatoire (art. 1445 à 1460 C.J.) et la saisie-arrêt exécution (art. 1539 à 1544 C.J.).

La saisie-arrêt peut ou doit, selon les cas, être autorisée par le juge des saisies statuant sur requête unilatérale du créancier. Lorsque ce magistrat autorise la poursuite de la procédure, la saisie-arrêt peut être notifiée au tiers saisi par pli judiciaire (art. 1449 C.J.); s'il n'a pas été recouru à l'office du juge, un exploit d'huissier est nécessaire. L'acte de saisie doit en outre être dénoncé au débiteur saisi dans les formes et délais de l'article 1457 C.J. L'action en validation est supprimée; elle est remplacée dans les cas où la saisie-arrêt a été effectuée sans intervention du juge des saisies, par la faculté de la partie saisie d'assigner le saisissant afin d'obtenir de ce magistrat la main-levée de l'indisponibilité (art. 1420 C.J.).

La saisie-arrêt exécution se réalise toujours sans autorisation judiciaire et par exploit d'huissier. Elle est dénoncée dans cette forme au débiteur saisi (art. 1539, al. 5, C.J.). La validation de la saisie-arrêt n'est plus une procédure automatique; la loi autorise cependant le débiteur saisi à demander la main-levée de la saisie.

Sur l'ensemble de la question, cf. G. de Leval, La saisie-arrêt, Liège, 1976, 363 p., Préface A. Fettweis.

342.- INDISPONIBILITE DE LA CREANCE SAISIE.

L'opposition a pour effet de rendre la créance saisie indisponible au profit du saisissant, d'où les conséquences suivantes :

1) Le tiers saisi ne peut plus faire au débiteur saisi un paiement opposable au créancier saisissant. S'il payait, le saisissant pourrait, après avoir fait prononcer la validité de la saisie, le contraindre à payer à nouveau entre ses mains. C'est ce que nous dit l'article 1242.

2) Le tiers saisi ne peut, vis-à-vis du créancier saisissant, prétendre que sa dette s'est éteinte par compensation avec une créance qu'il aurait acquise contre le débiteur saisi postérieurement à la saisie-arrêt (art. 1298).

3) Le débiteur saisi ne peut plus disposer de la créance saisie au préjudice du créancier saisissant : il ne peut donc plus la céder, la noviser ou en faire remise à son débiteur. Bref, la valeur saisie est mise sous la main de la justice.

343.- PAS DE PRIVILEGE DU PREMIER SAISSANT.

L'opposition ne confère pas au créancier saisissant un droit privatif sur la créance saisie-arrêtée. Les autres créanciers du débiteur saisi peuvent donc, en pratiquant à leur tour une saisie-arrêt, venir concourir avec lui au marc le franc sur le montant de la créance saisie-arrêtée. Leur forclusion ne se produirait que le jour où le tiers saisi aurait payé par ordre de justice entre les mains du saisissant.

A cette règle, les articles 1403 et s. du Code judiciaire ont apporté une dérogation; les oppositions nouvelles demeurent sans effet sur les fonds qui ont fait l'objet du versement avec affectation spéciale prévu à ces articles (de Leval, La saisie-arrêt, n° 131 et s., 175 et 176).

344.- ETENDUE DE L'INDISPONIBILITE RESULTANT DE LA SAISIE.

On suppose que la créance du débiteur saisi est d'un chiffre plus élevé que la créance du créancier saisissant. On se demande alors si l'indisponibilité est totale (pour toute la créance du débiteur saisi contre le tiers saisi) ou partielle (dans la limite de ce qui est dû par le débiteur saisi au saisissant).

Je dois à Pierre 15.000 frs. Son créancier Primus forme saisie-arrêt entre mes mains pour une créance de 10.000 frs. Puis-je payer à Pierre l'excédant de ma dette, soit 5.000 frs ?

A première vue, il semble que je le puis puisqu'il n'est dû que 10.000 frs à Primus.

Mais, lorsqu'on y réfléchit, on s'aperçoit facilement du danger de cette solution. Supposons que j'aie payé 5.000 frs à Pierre et qu'ensuite un autre créancier de celui-ci, Secundus, pratique aussi entre mes mains une saisie-arrêt pour une créance de 10.000 frs. Puisque Primus n'a pas de privilège, Secundus va concourir avec lui dans la distribution des 10.000 frs qui restent dus à Pierre. Primus ne touchera donc que la moitié de 10.000 frs, soit 5.000 frs, alors que, si je n'avais pas payé les 5.000 frs à Pierre, il aurait touché la moitié de 15.000 frs, soit 7.500 frs.

Puisqu'il y a alors préjudice pour le saisissant Primus et que l'art. 1242 défend au tiers saisi de faire aucun paiement au préjudice du saisissant, Primus a le droit de se plaindre. Il faut donc décider que l'indisponibilité est totale; l'excédent qui paraît libre au début, quand il n'y a encore qu'une seule saisie-arrêt, peut rapidement devenir insuffisant quelque considérable qu'il soit, car on ignore toujours ce qui peut être dû à d'autres créanciers (Planiol, n° 466).

Il va de soi que seuls les créanciers qui ont saisi avant le paiement partiel que j'ai fait à Pierre peuvent se plaindre de ce paiement; en effet, au moment de ce paiement partiel, c'est seulement à leur égard que la créance était indisponible. Ainsi, dans l'exemple donné, Primus seul pourra me réclamer 2.500 frs et non Secundus, car sa saisie à lui a été respectée.

345.- SYSTEME DEROGATOIRE DES ART. 1403 à 1407 DU CODE JUDICIAIRE.

La solution que nous venons d'exposer offre l'inconvénient d'immobiliser parfois de grosses sommes pour la garantie de faibles créances. Aussi, les articles 1403 à 1407 du Code judiciaire ont-ils organisé ce qu'on appelle le "cantonnement en matière de saisie" qui a pour but de limiter les effets de la saisie. Voir pour les cas et conditions, G. de Leval, op. cit., n° 135 à 141, 175 et 176.

Section 3

CAS OU LE CREANCIER REFUSE LE PAIEMENT.

346.- OFFRES DE PAIEMENT ET CONSIGNATION. IDEE GENERALE.

La matière est réglémentée par les articles 1257 à 1264 du Code civil

et par les articles 1352 à 1357 du Code judiciaire. Voir pour les détails Rép. Prat. Droit belge, v^o obligations, n^{os} 1409 à 1536; Garsonnet et César-Bru, 3^{ème} édit., t. 8, n^{os} 109 et s.

On suppose que le créancier refuse le paiement, par exemple parce qu'il n'est pas d'accord sur le mode ou l'époque du paiement. Ce refus est de nature à aggraver l'obligation du débiteur. Si celle-ci comporte le paiement d'intérêts, la responsabilité de la garde de la chose, etc..., ces obligations vont se trouver prolongées dans le temps, ce qui aboutit à imposer au débiteur plus qu'il ne doit. Comment va-t-il pouvoir échapper aux conséquences fâcheuses de cette prolongation injustifiée de son obligation, sans attendre que le juge ait résolu la difficulté qui s'élève entre lui et son créancier ? Telle est la question.

On aurait pu la résoudre en organisant une mise en demeure du créancier, analogue à celle du débiteur lorsqu'il refuse de s'exécuter. C'est ce qu'a fait le Code civil allemand (art. 293 et s.) et ce système a son principe dans le droit romain (Girard, p. 663). Devant le refus du créancier, le débiteur met ce dernier en demeure de recevoir le paiement en lui faisant des offres, et ceci suffit, si le refus du créancier est jugé mal fondé, pour mettre le débiteur à l'abri des conséquences de la prolongation irrégulière de ses obligations. En outre, la résistance du créancier peut donner lieu à indemnité (V. Saleilles, Théorie de l'obligation, n^{os} 38 et s.).

Dans le système de notre Code, le débiteur n'évitera les conséquences préjudiciables du refus du créancier qu'en se libérant et il est obligé, pour ce faire, de recourir à une procédure assez longue et compliquée qui comporte d'abord des offres "réelles" (c'est-à-dire accompagnées de la présentation effective de la somme due) faites par un officier ministériel, puis, sur le refus du créancier, une consignation à la Caisse des dépôts et consignations. Voir art. 1257. Le débiteur, pour échapper à l'aggravation de son obligation, se voit ainsi contraint de recourir à une voie qui aggrave également son obligation puisqu'elle le soumet à toute une procédure.

Observons toutefois que, s'il s'agit de livraison d'un corps certain, la loi met à la disposition du débiteur un moyen plus simple dans l'article 1264. Voir ce texte.

347.- CONDITIONS DE VALIDITE DES OFFRES REELLES ET DE LA CONSIGNATION.

Les articles 1258 et 1259 énumèrent les conditions requises pour la validité des offres réelles et de la consignation. Nous renvoyons aux textes.

348.- EFFETS.

Les offres réelles suivies de consignation tiennent lieu de paiement (art. 1257, al. 2). En conséquence : 1^o elles mettent le débiteur à l'abri des poursuites du créancier; 2^o les intérêts cessent de courir; 3^o la chose consignée demeure aux risques du créancier. Ces effets se produisent au moment de la consignation et non au moment des offres réelles.

349.- RETRAIT DE LA CONSIGNATION.

La consignation "tient lieu" de paiement à l'égard du débiteur, mais elle n'est pas un paiement: elle n'emporte pas par elle-même transmission de propriété au profit du créancier (V. Planiol et Ripert, t. 7, n° 1211; De Page, t. 3, n° 500). Aussi le débiteur conserve-t-il le droit de retirer la chose consignée, tant que la consignation n'a pas été acceptée par le créancier et qu'elle n'a pas été déclarée bonne et valable par un jugement passé en force de chose jugée (art. 1261 et 1262 c. civ.). S'il opère ce retrait, la dette subsiste et, par conséquent aussi, l'engagement des codébiteurs et des cautions (art. 1261).

Une fois la consignation acceptée ou déclarée valable, la dette et ses accessoires (cautionnement, hypothèque, etc...) sont définitivement éteints; ils ne revivraient pas si le débiteur retirait ensuite sa consignation, ce qu'il ne pourrait plus faire que du consentement du créancier (art. 1262 et 1263); c'est une nouvelle dette qui naîtrait au profit du créancier, par suite de son accord avec le débiteur (V. Planiol et Ripert, loc. cit.).

350.- FRAIS.

Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont déclarées valables (art. 1260). Mais, pour les frais des offres, ceci suppose que les offres réelles ont été précédées d'une offre amiable refusée par le créancier: si le débiteur envoyait un huissier ou un notaire pour faire des offres, sans avoir essayé préalablement un refus du créancier, et que celui-ci acceptât immédiatement les offres, il va de soi que les frais devraient être supportés par le débiteur.

Section 4

QUE DOIT COMPRENDRE LE PAIEMENT

351.- PRINCIPES.

Le débiteur doit fournir exactement la chose due et la fournir en une fois.

A. Exactement. Le débiteur doit fournir l'objet même de l'obligation. Cette règle n'a pas besoin de justification. Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose soit égale ou même plus grande (art. 1243).

Le créancier peut évidemment consentir à recevoir, à la place de la chose due, une autre chose que lui offrirait le débiteur. On dit alors qu'il y a "dation en paiement" (1).

(1) La dation en paiement est une convention translatrice de propriété et comme telle, soumise à transcription si elle porte sur un immeuble. Mais quelle est sa nature juridique? Trois opinions: 1) c'est une novation tacite par changement d'objet, suivie de l'exécution immédiate de l'obligation nouvelle; 2) c'est une vente, le prix dû par le créancier se compensant avec sa créance contre le débiteur; 3) c'est une simple modalité de paiement, le créancier ne consentant à l'extinction de la créance que sous la condition d'acquiescer et de garder la propriété de la chose. Cette dernière opinion paraît la plus conforme à l'intention des parties; on lui objecte les travaux préparatoires du Code et surtout l'article 2038, mais cette disposition peut s'expliquer autrement que par l'idée de novation (V. et comp. Bugnet, note sur Pothier, t. 3, p. 240; De Page, t. 3, n° 505 et s.; Planiol et Ripert, t. 7, n° 1249 et s.; Colin et Capitant, t. 2, n° 985 et s.; Ripert et Boulanger, t. 2, n° 2617 et s.; D. Leoty. La nature juridique de la dation en paiement: la dation en paiement, paiement pathologique? R.T.D.C., 1975, 12).

Pour les dettes de corps certains et de choses de genre, voir en outre les dispositions des articles 1245 et 1246.

Pour les dettes de sommes d'argent, nous renvoyons à un fascicule spécial.

B. En une fois. Aux termes de l'article 1244, al. 1er, le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible. Et l'article 1220 énonce le même principe, lorsqu'il dit que l'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible (1).

Cette règle est en somme un corollaire de la précédente. Le créancier, qui doit recevoir exactement ce qui lui est dû, a droit, à l'échéance, à l'objet total fourni en une seule fois.

Pourtant, la règle subit plusieurs exceptions :

1° lorsque la convention permet au débiteur de se libérer par fractions;

2° en cas de mort du débiteur, la dette se divise en principe entre ses héritiers, dans la proportion de leurs parts héréditaires (art. 1220);

3° lorsque la dette est cautionnée par plusieurs cautions et que le créancier poursuit l'une d'elles, celle-ci a le droit d'opposer le bénéfice de division (art. 2026), ce qui force le créancier à diviser son action entre toutes les cautions solvables et à accepter de chacune d'elles un paiement partiel;

4° la compensation, nous le verrons, a lieu même entre deux dettes de valeur inégale; les deux créances sont éteintes à concurrence de la plus faible d'entre elles (art. 1290). L'un des deux créanciers se trouve ainsi dans la même situation que s'il avait reçu un paiement partiel;

5° le juge peut accorder au débiteur la faculté de se libérer par acomptes (art. 1244, al. 2); nous reviendrons sur ce point lorsque nous parlerons du terme de grâce.

Section 5

LIEU ET FRAIS DU PAIEMENT.

352.- LIEU DU PAIEMENT.

En principe, le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention (art. 1247 initio)(2). A défaut de convention sur ce point, la loi distingue (art. 1247) :

(1) En application de cette règle, et considérant que les intérêts sont un accessoire du capital qui les a produits, on décide que le créancier peut refuser le paiement du capital quand le débiteur ne lui offre pas en même temps les intérêts qui lui sont dus (Pau, 3 mars 1890, D.P. 1891, 2, 127).

(2) Une dette stipulée "portable" peut devenir dans la suite "quérable" en vertu d'une convention soit expresse, soit tacite. Voir un cas d'application dans Bruxelles, 15 mars 1930, Pas. 1930, II, 58, Rev. Ass. et Resp. 1930, 626 et 662, note Baetens.

a) lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, le paiement doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet;

b) lorsqu'il s'agit de toute autre chose - et notamment d'une somme d'argent -, le paiement doit être fait au domicile du débiteur (il faut entendre par là le domicile actuel du débiteur et non le domicile qu'il avait au moment du contrat). C'est ce qu'on exprime en disant qu'à moins de convention contraire, de telles dettes sont quérables et non portables.

Il existe des règles spéciales dans certains contrats. Ainsi, dans le contrat de vente au comptant, il résulte des textes des articles 1651 et 1609 combinés que, sauf convention contraire, le prix est portable (V. Planiol, t. 2, n° 1526; De Page, t. 3, n° 471 et 473).

353.- FRAIS DU PAIEMENT.

Les frais du paiement sont à la charge du débiteur (art. 1248). Ces frais comprennent principalement les frais de la quittance, y compris les frais de timbres. Si la quittance est faite par acte notarié, c'est le débiteur qui supporte les honoraires.

Section 6.

IMPUTATION DES PAIEMENTS

354.- POSITION DU PROBLEME.

On suppose qu'un débiteur est tenu de plusieurs dettes de même objet (par exemple de l'argent) envers le créancier et qu'il opère un versement qui ne couvre pas toutes ses dettes. Sur quelle dette le versement devra-t-il être imputé ?

355.- REGLES D'IMPUTATION.

L'imputation peut être faite par le débiteur, à son défaut par le créancier et, à défaut de tous deux, elle est faite par la loi.

1°. Par le débiteur. - Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, quelle dette il entend acquitter (art. 1253). La loi favorise ainsi le débiteur, mais il va de soi que ce dernier ne peut, en usant de cette faculté, porter atteinte aux droits du créancier. De là notamment les limites suivantes :

a) si le débiteur, tenu de deux dettes inégales, fait un versement équivalent au montant de la plus faible, il ne peut, sans le consentement du créancier, imputer le paiement sur la dette la plus forte, car ce serait imposer au créancier un paiement partiel.

b) Il ne peut imposer l'imputation sur une dette non encore échue, si le terme a été stipulé en faveur du créancier.

2°. Par le créancier. - Si le débiteur n'use pas de son droit, le créancier peut indiquer dans la quittance la dette à laquelle s'applique le paiement et, si le débiteur accepte cette quittance, il ne peut plus prétendre à l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier (art. 1255).

3°. Par la loi. - Si l'imputation n'est faite ni par le débiteur ni par le créancier, l'article 1256 décide que l'imputation sera effectuée d'après les règles suivantes :

- a) sur la créance échue avant la créance non échue;
- b) si toutes sont échues, sur la plus onéreuse pour le débiteur - par exemple dette productive de plus forts intérêts, dette hypothécaire;
- c) si toutes sont échues et également onéreuses, sur la plus ancienne en date;
- d) toutes choses égales, sur toutes proportionnellement.

356.- CAS PARTICULIER.

Lorsque le débiteur est autorisé à s'acquitter par fractions d'une dette portant intérêt, il ne peut, sans le consentement du créancier, faire l'imputation sur le capital par préférence aux intérêts (art. 1254).

Section 7

DE LA CESSION DE BIENS.

357.- DEFINITION ET CLASSIFICATION.

La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes (art. 1265). La cession de biens est volontaire ou judiciaire (art. 1266).

§ 1er - De la cession de biens volontaire.

358.- NATURE.

La cession de biens volontaire est une convention qui intervient entre le débiteur et ses créanciers et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations de cette convention (art. 1267). On lui donne aussi le nom d'abandonnement.

Par cet arrangement, le débiteur et les créanciers épargnent les frais d'une saisie, le débiteur échappe à la flétrissure de la saisie et les créanciers pourront attendre le moment propice pour aliéner les biens (V. sur la cession de biens, note Wahl dans le Recueil Sirey 1906, 1, 321).

359.- EFFETS.

La cession de biens ne confère pas la propriété des biens aux créanciers; une convention ayant cet effet serait une vente ou une dation en paiement. La cession de biens s'analyse en un mandat. Le débiteur abandonne aux créanciers la possession de ses biens pour qu'ils puissent les réaliser à leur profit et, en attendant, les administrer (cons. Cass., 19 février 1903, Pas. 1903, I, 116).

Etant dessaisi, le débiteur ne peut plus faire aucun acte de propriété. Mais, conservant la propriété des biens, il en résulte : 1° qu'il peut, jusqu'à la vente, les reprendre, à la charge de payer toutes ses dettes; 2° que, si la vente laisse un reliquat après paiement complet des créanciers, ce reliquat appartiendra au débiteur.

Si le produit de la vente est insuffisant pour payer tous les créanciers, le débiteur reste tenu pour le surplus, à moins que la convention n'ait stipulé le contraire.

§ 2. - De la cession de biens judiciaire.

360.- NOTION.

C'est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, afin de lui permettre d'échapper à la contrainte par corps. Depuis la suppression à peu près complète de cette dernière, la cession de biens prononcée en justice n'a presque plus d'application. Voir les textes des articles 1268 à 1270.

CHAPITRE II

DU PAIEMENT AVEC SUBROGATION. (1)

GENERALITES.

361.- IDEE GENERALE ET DEFINITION DU PAIEMENT AVEC SUBROGATION. - NATURE JURIDIQUE.

On suppose qu'une dette est payée soit par une personne qui n'en était pas tenue ou n'en était tenue qu'avec d'autres ou pour d'autres, soit par le débiteur avec de l'argent emprunté à une autre personne.

(1) Subroger signifie "mettre à la place de". On distingue deux espèces de subrogations : 1° la subrogation de choses, dite subrogation "réelle", en vertu de laquelle une chose prend la place d'une autre chose et est soumise aux mêmes règles à certains points de vue (subrogatum sapit naturam subrogati); exemple : le remploi sous le régime de communauté; 2° la subrogation de personnes, dite subrogation personnelle en vertu de laquelle une personne prend la place d'une autre personne dans un rapport d'obligation. L'institution dont nous abordons l'étude rentre dans cette seconde espèce de subrogation.

La personne qui a payé ou qui a prêté l'argent a une action personnelle en remboursement contre le débiteur : action de mandat, de gestion d'affaire ou d'enrichissement sans cause, selon les cas, si elle a payé directement le créancier; action née du prêt, si elle a fourni au débiteur les fonds nécessaires pour se libérer.

Ce sont là des actions purement personnelles qui l'exposent par suite aux risques de l'insolvabilité du débiteur.

On aperçoit sans peine que, si la créance du créancier désintéressé était munie de certains avantages, et notamment de sûretés réelles ou personnelles, le payeur ou le prêteur aurait le plus grand intérêt à avoir, outre son action personnelle (1), l'action même du créancier désintéressé.

C'est précisément ce que réalise la subrogation. Dans certains cas, elle a lieu par la seule force de la loi; dans d'autres, à la suite d'une convention.

Le paiement avec subrogation peut ainsi se définir : une institution en vertu de laquelle une obligation, qui est éteinte par un paiement, ressuscite au profit d'une personne qui prend la place du créancier et peut en exercer tous les droits.

Partant de l'idée qu'une créance ne peut plus exister lorsqu'elle est payée, une doctrine ancienne, entièrement abandonnée aujourd'hui, a prétendu que seules les garanties de la créance subsistaient. Cette façon de voir, qui limite les effets de la subrogation, est contredite par la tradition et par les textes formels du Code, en vertu desquels le solvens est subrogé dans les "droits, actions, privilèges et hypothèques" contre le débiteur (art. 1249 et 1250, al. 1); c'est donc bien la créance elle-même, avec toutes ses qualités, et non seulement ses garanties, qui appartient au subrogé.

Plusieurs auteurs modernes voient dans l'opération une cession de créance, certains la considérant comme une fiction. Ils ajoutent d'ailleurs que ses effets étant, à plusieurs égards, différents de ceux de la cession de créance, c'est une cession de créance sui generis.

A notre avis, mieux vaut y voir une institution autonome et constater tout simplement que la loi, dans sa toute puissance, décide que la créance, bien qu'éteinte par le paiement, revit ou peut revivre au profit de celui qui a payé ou qui a prêté les fonds (V. Colin et Capitant, t. 2, n° 515; Dabin, Du paiement avec subrogation, Rev. dr. belge, t. 7, p. 19 et s.).

Ajoutons de reste que l'essentiel est de rejeter la première analyse; tout le monde est d'accord aujourd'hui sur les différences existant entre les effets d'un paiement avec subrogation et ceux d'une cession de créance (2).

(1) Il va de soi que celui qui est subrogé dans les droits du créancier ne perd pas pour cela l'action personnelle qui lui appartient contre le débiteur. Il peut se faire qu'il ait intérêt à se prévaloir de cette action plutôt que de celle à laquelle il a été subrogé. Exemple : le mandataire et le gérant d'affaires ont droit à l'intérêt légal des sommes avancées, à partir du versement; or, il se peut que la créance qu'ils ont payée ne produisait pas d'intérêt ou produisait des intérêts moindres que l'intérêt légal.

(2) Jusqu'en ces dernières années, il existait un certain intérêt pratique à décider s'il y avait ou non cession de créance. Cet intérêt, qui se présentait en droit fiscal, a aujourd'hui disparu.

362. - ORIGINE DU PAIEMENT AVEC SUBROGATION.

Nous empruntons cet exposé à Gaudemet (Obligations, p. 462).

Aujourd'hui le paiement avec subrogation est une institution homogène qui a ses règles propres. Il n'en a pas été de même à l'origine. Le paiement avec subrogation moderne résulte de la fusion de deux institutions romaines absolument différentes : le bénéfice de cession d'actions et la *successio in locum creditoris*.

Le bénéfice de cession d'actions était accordé aux débiteurs accessoi-res, fidéjusseurs, mandatores pecuniae credentiae, etc., contre lesquels le créancier agissait en paiement. Ils pouvaient opposer à l'action du créancier une *exceptio cedendarum actionum*, pour subordonner le paiement à une cession préalable de l'action qui appartenait au créancier contre le débiteur principal. Cette faculté fut étendue, sauf certaines distinctions ou controverses entre les interprètes, aux codébiteurs tenus *in solidum* ou aux *correi promittendi* qui paient la dette commune, ainsi qu'au tiers détenteur de bien hypothéqué qui paie le créancier hypothécaire.

La *successio in locum creditoris* suppose qu'une personne paie un créancier hypothécaire dans certaines conditions et succède à son rang de préférence sur le bien hypothéqué. Elle est accordée aux créanciers postérieurs en rang qui paient le premier créancier; à l'acheteur d'un bien hypothéqué qui emploie son prix à désintéresser les créanciers hypothécaires; à la personne qui prête des deniers pour désintéresser le créancier hypothécaire.

La *successio in locum* avait, dans l'opinion générale, des effets plus restreints que la cession d'actions : celle-ci conférait tous les avantages qui appartenaient au créancier, la première seulement le rang hypothécaire.

L'ancien droit fusionna les deux institutions. La *successio in locum* se rapprocha de la cession d'actions. Cette théorie nouvelle fut élaborée par Dumoulin, Renusson (Traité de la subrogation), Loiseau, Pothier ("La créance acquittée est réputée subsister en faveur du subrogé", Oblig., n°522).

A côté de cette fusion doctrinale, la législation et la jurisprudence créèrent un nouveau cas de subrogation : la subrogation consentie par le débiteur (Déclaration d'Henri IV, de mai 1609; arrêt de règlement du Parlement de Paris, 6 juillet 1690, dit "arrêt des subrogations").

Enfin, au XVIIIe siècle, on rencontre la subrogation consentie par le créancier.

363.- PLAN.

Nous examinerons successivement : 1° dans quels cas le paiement entraîne la subrogation; 2° quels en sont les effets.

Section 1
CAS DE SUBROGATION.

364.- SOURCES DE LA SUBROGATION.

Tantôt la subrogation s'opère de plein droit, en vertu de la loi elle-même; tantôt elle est le résultat d'une convention. - Voir article 1249.

La subrogation conventionnelle, à son tour, se subdivise : elle peut émaner soit du créancier, soit du débiteur. - Voir article 1250, 1° et 2°.

On en arrive ainsi à distinguer trois types de subrogation :

- 1° la subrogation légale;
- 2° la subrogation conventionnelle consentie par le créancier;
- 3° la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur.

§ 1er.- *Subrogation légale.*

365.- DISPOSITION DE L'ARTICLE 1251. - MOTIFS. - PRECISION.

L'article 1251 du Code civil énumère quatre cas dans lesquels la loi accorde, de plein droit, la subrogation dans les droits du créancier (1). Ce sont des hypothèses dans lesquelles le solvens peut être contraint de payer ou dans lesquelles le paiement qu'il fait peut présenter un très sérieux intérêt soit pour lui-même, soit pour le créancier. Parmi ces cas, le plus important est celui qui est prévu par le 3° de l'article 1251.

La subrogation a lieu de plein droit, disons-nous, mais il ne faut pas perdre de vue, que, selon la jurisprudence (Cass., 19 mai 1922, Pas. 1922, I, 310), la disposition de l'article 5 de la loi hypothécaire, prescrivant une formalité de publicité pour l'efficacité à l'égard des tiers de la subrogation "à des droits d'hypothèque ou de privilège sur immeuble", est applicable à la subrogation légale. En conséquence, si la créance payée est une créance hypothécaire ou privilégiée sur immeuble, et si l'on veut rendre opposable aux tiers la subrogation dans le droit d'hypothèque ou de privilège, il faudra recourir à la formalité de publicité prescrite par cet art. 5 et, pour qu'il puisse être procédé à cette publicité, la quittance devra être faite par acte notarié.

366. - PAIEMENT PAR UNE PERSONNE TENUE AVEC D'AUTRES OU POUR D'AUTRES.

Aux termes de l'article 1251, 3°, la subrogation a lieu de plein droit "au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement

(1) Il y a d'autres cas qui ont été prévus par des lois spéciales. Exemples : art. 22, loi sur les assurances; art. 70, § 2 et 3, loi du 9 août 1963 sur l'assurance maladie-invalidité; art. 47, loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail; art. 10, § 5 des lois coordonnées sur le contrat d'emploi, modifié par la loi du 21 novembre 1969.

de la dette avait intérêt à l'acquitter".

Ce cas de subrogation vient du bénéfice de cession d'action qui s'exerçait en droit romain par voie d'exception. Dans l'ancien droit, l'exception disparut mais le solvens n'était pas subrogé de plein droit : il devait requérir la subrogation au moment du paiement; toutefois, s'il l'avait requise, on tenait la subrogation pour faite, le créancier ne pouvant la refuser. Le Code a supprimé cette formalité inutile.

Sont notamment tenus avec d'autres : 1° les codébiteurs solidaires; 2° les codébiteurs d'une obligation indivisible; 3° les cautions d'une même dette dans leurs rapports entre elles.

Sont notamment considérés comme tenus pour d'autres : 1° la caution, dans ses rapports avec le débiteur principal; 2° la caution réelle, c'est-à-dire celui qui a hypothéqué son immeuble à la dette d'autrui sans s'obliger lui-même; 3° le tiers acquéreur (acheteur, échangeur, donataire) d'un immeuble hypothéqué, relativement aux créances inscrites, en supposant qu'il ne soit pas obligé personnellement à la dette (voir spécialement, pour le cas de l'acheteur, le numéro suivant).

367.- PAIEMENT DES CREANCIERS HYPOTHECAIRES AU MOYEN DU PRIX D'ACHAT, PAR L'ACHETEUR D'UN IMMEUBLE HYPOTHEQUE.

Ce cas, prévu par l'article 1251, 2°, n'est qu'une variété du groupe précédent et aurait pu n'être pas prévu à part.

D'après l'article 1251, 2°, la subrogation a lieu de plein droit au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auquel cet héritage était hypothéqué⁽¹⁾.

Soit un immeuble hypothéqué pour une créance de 60.000 francs au profit de Primus, puis une créance de 40.000 francs au profit de Secundus, enfin, pour une créance de 20.000 francs au profit de Tertius. Quartus achète cet immeuble pour le prix de 100.000 francs et verse 60.000 francs à Primus, premier inscrit, et 40.000 francs à Secundus, second inscrit. Il sera subrogé légalement dans leurs droits sur l'immeuble et aura ainsi des hypothèques sur son propre immeuble, ce qui aura pour conséquence que Tertius, lequel n'est pas désintéressé, ne deviendra pas premier en rang. Si, dans la suite, comme il en a conservé le droit, Tertius s'avisait de poursuivre la vente de l'immeuble, et si l'immeuble était, par exemple, vendu à un tiers pour le prix de 110.000 francs, tous frais déduits, Quartus, subrogé dans les droits de Primus et de Secundus, se ferait d'abord rembourser sur ce prix les 100.000 francs qu'il a payés. Perdant son immeuble, il ne perdra pas son argent. On observera d'ailleurs que, du fait de cette subrogation, les créanciers non désintéressés n'auront d'avantage à saisir que s'ils espèrent revendre l'immeuble à un prix supérieur (frais payés) à celui qu'a versé l'acheteur.

La disposition de l'article 1251, 2° (ancien cas de successio in locum), n'est pas d'application fréquente, car l'acquéreur d'un immeuble grevé

(1) Il n'est pas douteux que le mot "hypothèque" comprend ici le privilège.

d'hypothèques ou de privilèges a aujourd'hui à sa disposition la procédure de la purge. Il est vrai que cette procédure est coûteuse et que les créanciers non désintéressés peuvent faire surenchère. Mais cette procédure fournit à l'acquéreur un moyen de devenir propriétaire incommutable de l'immeuble, en le purgeant des hypothèques et privilèges des créanciers non payés.

368.- PAIEMENT D'UN CREANCIER PREFERABLE.

Aux termes de l'article 1251, 1°, la subrogation a lieu de plein droit "au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques."

Soit trois créanciers inscrits sur le même immeuble, l'un pour 80.000 francs, le second pour 40.000 francs, le troisième pour 60.000 francs. Le premier créancier, se souciant peu de savoir si les autres seront payés, veut poursuivre la vente de l'immeuble dans un moment où les immeubles se vendent mal. Si la vente a lieu et ne rapporte que 100.000 francs, le premier sera payé intégralement; le second ne le sera qu'en partie; le troisième n'aura rien. L'un de ces derniers voudrait désintéresser le créancier premier en rang, afin de retarder la vente. Grâce à la subrogation légale lui accordée par l'article 1251, 1°, il pourra le faire en toute sécurité quant au recouvrement de la somme de 80.000 francs qu'il versera au créancier premier en rang, car pour le recouvrement de cette somme, il sera lui-même premier en rang.

En droit romain, le solvens bénéficiait seulement de la *successio in locum creditoris*. Aujourd'hui, il y a subrogation avec tous ses effets.

Il résulte du texte de l'article 1251, 1°, que (contrairement aux solutions romaines) :

1° la subrogation légale se produit non seulement au profit d'un créancier qui est lui-même privilégié ou hypothécaire, mais également au profit d'un créancier chirographaire qui paie un créancier privilégié ou hypothécaire; il paie, en effet, un créancier "préférable";

2° la subrogation légale ne se produit pas au profit d'un créancier privilégié ou hypothécaire qui paie un créancier de rang inférieur, bien qu'une telle opération présente l'intérêt de diminuer le nombre de créanciers et de faciliter le règlement de l'ordre (l'ordre est la procédure employée pour distribuer les fonds entre les créanciers hypothécaires).

369.- PAIEMENT FAIT PAR L'HERITIER BENEFICIAIRE AU MOYEN DE SES PROPRES DENIERS.

D'après l'article 1251, 4°, la subrogation a lieu de plein droit "au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession".

On sait que l'héritier bénéficiaire n'est pas tenu personnellement des dettes de la succession; il n'en est tenu que sur les biens de la succession. Mais il peut être de son intérêt et même de l'intérêt des créanciers qu'il fasse l'avance de ses propres deniers, afin d'empêcher les frais et les ventes inopportunes. La loi l'y encourage en le subrogeant

dans tous les droits des créanciers qu'il aura désintéressés, en sorte que, si ces créanciers sont munis de bonnes garanties, l'héritier bénéficiaire paiera sans crainte, puisqu'il sera sûr de rentrer dans ses déboursés lorsque les biens héréditaires seront réalisés.

Ce cas est sans analogie en droit romain; son existence est attestée au XVIIIème siècle par Lebrun (V. Gaudemet, op. cit., p. 468). A noter que : 1° la loi suppose évidemment un paiement régulier, c'est-à-dire un paiement qui n'est pas fait au mépris d'une opposition; 2° s'il y a plusieurs héritiers, l'héritier qui paie n'est subrogé légalement que pour la quote-part de la dette correspondant à son droit héréditaire (Laurent, t. 18, n° 108).

§ 2.- *Subrogation conventionnelle consentie par le créancier.*

370.- PRINCIPE.

Lorsque la loi n'accorde pas de plein droit la subrogation, il est loisible au créancier de consentir au solvens la subrogation par une convention passée entre eux (art. 1250, 1°).

Le droit romain ignorait cette subrogation. Elle paraît s'être introduite dans l'ancien droit par la pratique notariale. Dans le projet de Code civil, le titre du paiement n'en faisait pas mention et peut-être même le texte devenu l'article 1236 entendait-il la considérer comme étant un achat de la créance. Quoi qu'il en soit, elle fut introduite après la discussion au Conseil d'Etat, sans qu'aucune explication ait été donnée concernant ce revirement (V. Fenet, t. 13, p. 24, 26, 132, 156, 191; Dabin, op. cit., p. 30 et s., 37; Gaudemet, op. cit., p. 463).

371.- CONDITIONS.

La subrogation conventionnelle consentie par le créancier suppose un paiement fait par un tiers et exige deux conditions:

1° elle doit être expresse (art. 1250, 1°) ce qui ne veut pas dire qu'elle comporte aucun terme sacramentel, mais il est prudent d'employer le mot de subrogation, afin de prévenir tout doute sur la volonté réelle des parties;

2° elle doit être faite en même temps que le paiement (art. 1250, 1°). Si le paiement est accepté sans subrogation, la créance est définitivement éteinte et rien ne saurait plus la faire revivre. Mais il importe de bien distinguer la convention de subrogation de sa preuve : la première seule doit être contemporaine du paiement; la confection de la seconde peut être postérieure, mais il faudra établir (ce qui sera souvent très difficile en fait) que la subrogation avait été la condition même du versement.

En théorie, et en principe, aucune autre condition n'est exigée.

Ainsi, la subrogation peut avoir lieu verbalement, sauf difficulté de preuve. En pratique, on rédige toujours une quittance subrogatoire.

Ainsi encore, les formalités de l'article 1690 ne s'appliquent pas : la subrogation est opposable aux tiers sans signification au débiteur ni acceptation authentique de sa part (Cass., 12 janvier 1872, Pas. 1872, I, 34).

Toutefois, 1° il est très utile que le solvens avertisse le débiteur du paiement, afin que celui-ci ne puisse pas se prévaloir de sa bonne foi (art. 1240) s'il venait à payer le créancier désintéressé;

2° à l'égard des autres tiers (nouveau subrogé, cessionnaire de la créance, créancier saisissant), le subrogé ne pourra leur opposer la subrogation que si elle a date certaine, conformément à l'article 1328. Sans doute est-il admis que les quittances échappent au champ d'application de l'article 1328, mais la quittance subrogatoire n'est pas une quittance ordinaire; outre le paiement, elle constate une convention et cette convention est soumise, quant à la certitude de sa date, au droit commun;

3° s'il y a subrogation dans "des droits d'hypothèque ou de privilège sur immeuble", elle n'est opposable aux tiers que moyennant la formalité de publicité requise par l'article 5 de la loi hypothécaire, ce qui entraîne la nécessité d'une quittance subrogatoire notariée.

§ 3. - *Subrogation conventionnelle consentie par le débiteur.*

372. - PRINCIPE. - ORIGINE HISTORIQUE.

Il s'agit ici d'une subrogation imposée au créancier (se rapprochant, de ce point de vue, de la subrogation légale) qui se réalise au moyen d'une convention passée entre le débiteur et un tiers, qui lui prête les fonds pour payer (art. 1250, 2°).

Ce cas de subrogation a une origine historique bien précise. Au début du XVII^e siècle, le loyer de l'argent avait baissé; le taux des rentes constituées était passé de 8 % environ à 6 % environ. Les débiteurs hypothécaires avaient intérêt à emprunter au taux nouveau pour désintéresser leurs créanciers, mais souvent ils ne trouvaient pas de prêteurs, car ils ne pouvaient leur donner de garanties efficaces, leurs biens étant grevés d'hypothèques successives; d'autre part, les créanciers, désirant naturellement conserver le bénéfice de leur placement antérieur, refusaient de céder leurs garanties aux prêteurs. Pour les contraindre, on employa, dans les pays de droit écrit, la *successio in locum*, mais le droit coutumier n'offrait aucun moyen analogue. C'est dans ces circonstances qu'intervint une Déclaration de mai 1609, qui autorisa les débiteurs à subroger eux-mêmes leurs prêteurs dans les droits de leurs créanciers. Cette Déclaration, qui ne concernait que les rentes constituées, fut généralisée pour toutes espèces de dettes par un arrêt de règlement du Parlement de Paris, en date du 16 juillet 1690. Telle est l'origine de la subrogation consentie par le débiteur (V. Planiol, t. 2, n° 485; Gaudemet, op. cit., p. 464).

373.- CONDITIONS.

Cette subrogation est soumise à des conditions de forme très rigoureuses (art. 1250, 2°). Elle constitue un des rares actes solennels de notre droit (1).

(1) Ne pas perdre de vue, le cas échéant, la formalité prescrite par l'article 5 de la loi hypothécaire.

1° L'acte d'emprunt et la quittance doivent être notariés;

2° l'acte d'emprunt doit indiquer la destination des deniers, c'est-à-dire mentionner que la somme est empruntée pour faire le paiement;

3° la quittance doit indiquer l'origine des deniers, c'est-à-dire mentionner que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le prêteur.

On reconnaît qu'il n'est pas nécessaire que les deniers empruntés et versés soient matériellement les mêmes. D'autre part, il n'est pas douteux qu'un seul et même acte notarié puisse constater à la fois l'emprunt et le paiement, pourvu que la double déclaration s'y trouve. On remarquera qu'une déclaration expresse de subrogation n'est pas requise; elle résulte implicitement de l'observation des formes prescrites.

Le but des formalités prescrites par l'article 1250, 2° est de prévenir des fraudes. Supposons un immeuble grevé de trois hypothèques successives. Le débiteur rembourse, sans subrogation, le créancier premier en rang. Les créanciers subséquents montent en rang. Il faut éviter que le débiteur qui, dans la suite, aurait encore besoin d'argent, puisse, au moyen d'un emprunt antidaté ou d'une quittance postdatée, subroger son prêteur dans les droits du premier créancier qui a été désintéressé antérieurement. Ce serait faire revivre frauduleusement l'hypothèque éteinte et frustrer les créanciers postérieurs du rang qu'il ont acquis par suite de cette extinction. L'authenticité et la double déclaration exigées par la loi mettent obstacle à cette fraude.

Cette subrogation consentie par le débiteur s'opère sans la volonté du créancier et même malgré lui (art. 1250, 2°, in fine). Si le créancier refusait de signer la quittance mentionnant l'origine des deniers, le débiteur lui ferait des offres réelles et consignerait la somme, en faisant mentionner l'origine des deniers dans le reçu délivré par le receveur de la Caisse des dépôts et consignations : ce dernier étant un fonctionnaire public, l'exigence de la loi quant à l'authenticité sera remplie.

En fait, il est rare que le débiteur soit obligé de recourir à cette subrogation. Le créancier, sachant qu'un refus de sa part n'empêcherait pas la subrogation de s'opérer, la consent lui-même.

Section 2

EFFETS DU PAIEMENT AVEC SUBROGATION ET COMPARAISON AVEC LA CESSION DE CREANCE.

374.- EFFETS.

Les effets sont indépendants du mode de subrogation. Qu'elle soit légale, qu'elle soit consentie par le créancier ou par le débiteur, la subrogation est, dans notre Code, une institution homogène.

1° Le subrogé a la créance même du créancier et non seulement ses garanties.

Ce principe est aujourd'hui unanimement admis. Le solvens ou le prêteur est subrogé dans tous les droits du créancier, ce qui comprend tous

les avantages attachés à la créance : hypothèque, privilège, gage, cautionnement, titre exécutoire, caractère commercial de la créance, action en résolution contre l'acheteur pour défaut de paiement du prix (dans le cas de subrogation à une créance de prix de vente), etc... (Cass., 27 janvier 1966, Pas. 1966, I, 680; Cass., 17 mars 1967, Pas. 1967, I, 865, R.C.J.B., 1967, 416, obs. De Preter). Le subrogeant ne peut acquérir plus de droits que n'en avait le subrogé; les exceptions lui sont donc opposables (Cass., 16 avril 1974, Pas. 1974, I, 873; Cass., 17 novembre 1975, Pas. 1976, I, 337).

2° Le créancier n'est tenu à aucune garantie envers le subrogé (Laurent, t. 18, n°14; motifs Cass., 12 janvier 1872, Pas. 1872, I, 34).

Cette règle reste vraie, alors même qu'il s'agit d'une subrogation conventionnelle consentie par le créancier. Le subrogé n'a pas acheté la créance; le créancier ne la lui a pas cédée. Sans doute, si le versement avait été effectué, non pour éteindre la créance, mais pour entrer dans les droits du créancier et comme prix de cette substitution, il y aurait cession de créance. Mais telle n'est pas l'hypothèse. Celui qui a fait le versement l'a fait pour éteindre la créance et le créancier n'a consenti à le subroger dans sa créance éteinte que pour assurer son recours contre le débiteur. Le créancier ne lui garantit rien. Aussi, en cas d'inexistence de la créance, il ne pourra être question pour le solvens de recourir en garantie contre le créancier; il n'aura à sa disposition, le cas échéant, que l'action en répétition de l'indu; il ne pourra réclamer des dommages-intérêts et demander compte des intérêts depuis le jour du paiement que si le créancier était de mauvaise foi (art. 1378 et 1380).

Au contraire, en cas de cession de créance, tout au moins si elle a lieu en exécution d'une vente ou d'un contrat assimilé, l'inexistence de la créance donne lieu à garantie au profit du cessionnaire: celui-ci pourra réclamer ses frais d'achat, les frais de poursuite contre le cédé, les intérêts même si le créancier était de bonne foi (art. 1693 et art. 1630 cbnés).

3° Le solvens n'est subrogé que dans la mesure de ce qu'il a effectivement payé (Cass., 15 mars 1928, Pas. 1928, I, 111; Cass., 6 décembre 1965, Pas. 1966, I, 443).

En effet, le but de la subrogation est simplement de permettre à l'auteur du paiement d'obtenir plus sûrement le recouvrement de son avance. Cette règle reste vraie, alors même que le solvens aurait fait un paiement partiel en obtenant quittance du total. Il n'est subrogé aux droits du créancier que dans la mesure de ses déboursés.

Tout autre serait le cas d'un cessionnaire qui aurait acquis la créance. Ce cessionnaire pourrait réclamer au débiteur l'intégralité de la somme due par lui, quand même il aurait acheté la créance à un prix inférieur à sa valeur nominale. Ainsi, à supposer qu'une créance de 10.000 francs ait été cédée pour 5.000 francs, le cessionnaire devient créancier du débiteur pour 10.000 francs.

4° La subrogation ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie (art. 1252).

Supposons que le solvens ait été subrogé à la suite d'un paiement partiel et qu'il n'ait pas obtenu quittance pour le solde. Dans ce cas, le

créancier conserve l'excédent de sa créance et, lorsqu'il fera valoir ses droits, le subrogé ne pourra se prévaloir contre lui de la subrogation. Cette solution résulte de la disposition formelle de l'article 1252 et on l'explique par la maxime : "nemo censetur subrogasse contra se"⁽¹⁾. Soit une dette de 200.000 francs garantie par une hypothèque; un tiers paie 100.000 francs et est subrogé dans les droits du créancier; le débiteur devient insolvable; l'immeuble est vendu pour 160.000 francs. Le créancier primera le subrogé; il prendra 100.000 francs et le subrogé n'aura que 60.000 francs.

Tout autre serait la situation si un cessionnaire acquérait partie de la créance. Reprenant l'exemple précédent, supposons que le créancier cède la moitié de sa créance de 200.000 francs. L'immeuble est vendu pour 160.000 francs. Le cessionnaire, étant devenu pour moitié créancier hypothécaire au même rang que le cédant, tous deux auront des droits égaux. Il prendront chacun 80.000 francs.

Les difficultés se présentent en cas de conflit entre deux subrogés successifs (V. sur ce point Planiol et Ripert, t. 7, n° 1239).

Noter au surplus que : a) les parties peuvent convenir le contraire; b) le créancier n'est préféré au subrogé que lorsque celui-ci exerce l'action du créancier. S'ils entraînent en conflit sur la masse chirographaire (la dette étant chirographaire ou les sûretés étant insuffisantes), le tiers payeur se prévaudrait de son action personnelle et ils seraient payés tous deux au marc le franc.

5° Lorsque celui qui paie le tout était tenu pour son compte d'une partie de la dette (codébiteur solidaire dans le cas normal, codébiteur d'une dette indivisible, caution dans ses rapports avec les autres cautions), la subrogation n'a évidemment lieu que pour la partie de la dette pour laquelle il a recours contre ses coobligés. Mais, en outre, il résulte des dispositions des articles 1214 et 2033 (qu'on étend au codébiteur d'une dette indivisible) que le solvens doit diviser son recours contre les autres; qu'en conséquence, s'ils étaient plus de deux coobligés, il ne pourrait se prévaloir de la subrogation pour prétendre exercer un recours total, sa part déduite, contre l'un des coobligés (Pothier, Oblig., n° 281). La loi a voulu éviter ainsi une série de recours successifs (2). Nous reviendrons sur ces dispositions lorsque nous étudierons la solidarité et le cautionnement. Voir aussi l'article 875.

(1) Cette explication suffit lorsqu'il s'agit de la subrogation consentie par le créancier. Pour les cas où la subrogation est imposée au créancier (il n'est pas douteux, en effet, que la disposition de l'article 1252 ne s'applique à toutes les hypothèses de subrogation, étant donné la généralité du texte), on peut dire qu'il a paru juste de ne pas dépouiller le créancier d'un droit de préférence qu'il tient de sa garantie elle-même, et ceci d'autant plus qu'on suppose un paiement partiel, lequel n'a pu être effectué qu'avec le consentement du créancier (art. 1244).

(2) On décide que la subrogation conventionnelle ne pourrait produire des effets plus étendus que ceux qui sont attachés à la subrogation légale (V. Aubry et Rau, t. 4, § 158, note 82; Demolombe, t. 27, nos 610 et 611; Laurent, t. 17, n° 360).

375.- APPENDICE. COMPARAISON AVEC LA CESSIION DE CREANCE.

En exposant les effets du paiement avec subrogation, nous avons établi cette comparaison (2°, 3° et 4°) relativement aux effets de l'une et l'autre de ces institutions. Concernant leurs conditions, rappelons que : a) la cession de créance suppose toujours le consentement du créancier, tandis que la subrogation peut lui être imposée, tantôt par la loi, tantôt par la volonté du débiteur; b) la subrogation n'est pas soumise aux formalités de l'article 1690 pour son efficacité à l'égard des tiers (mais elle est, le cas échéant, soumise à la formalité prescrite par l'article 5 de la loi hypothécaire).

TITRE II

DE LA NOVATION ET INCIDFMMENT DE LA

DELEGATION (1)

GENERALITES.

376.- NOTION.

La novation est l'extinction d'une obligation par la création d'une nouvelle obligation destinée à remplacer l'ancienne.

Cette substitution d'une créance à une autre s'opère par l'effet d'une convention et l'on donne le nom de novation soit à l'effet qui se produit (ainsi que nous l'avons fait dans la définition ci-dessus donnée), soit à la convention qui le produit.

La convention de novation, à laquelle doit nécessairement intervenir le créancier, a un double effet : elle est à la fois extinctive et créatrice d'obligation. Sur la notion et les conditions de la novation, V. C. Pactet, De la réalisation de la novation, R.T.D.C. 1975, p. 435 et s., 643 et s.).

377.- ORIGINE. DROIT COMPARE.

Ainsi que nous l'avons vu précédemment dans l'historique de la cession de créance, la novation a joué un grand rôle en droit romain, à raison du principe de l'intransmissibilité entre vifs des obligations. La novation du droit moderne n'a d'ailleurs que de lointains rapports avec la novation du droit romain, où elle consistait dans la translation de l'id quod debetur dans une nouvelle obligation (ce qui supposait l'idem debitum) et était un acte essentiellement formaliste; très tard seulement apparut la prise en considération de l'animus novandi (V. Girard, pp. 704 et s.; Cornil, Mélanges Fournier, 1929, p. 87).

La cession de créance a fait perdre partie de son utilité pratique à la novation et le principe du consensualisme lui a enlevé son caractère

(1) Nous disons "incidemment" parce que, ainsi qu'on le verra, la délégation n'est pas toujours une cause d'extinction des obligations.

spécifique. Ce que réalise la convention de novation, les parties auraient pu le faire, en vertu de la liberté contractuelle, même si le Code n'en avait pas parlé; mais peut-être n'est-il pas inutile que la loi se soit expliquée sur certains points. Le Code civil allemand ne connaît plus la novation comme institution juridique distincte; elle y a été en quelque sorte absorbée par la cession de créance, la reprise de dette et la dation en paiement. Le projet de Code franco-italien des obligations a maintenu la réglementation de la novation, en apportant quelques changements aux textes du Code civil.

378.- DIVISION.

Nous examinerons successivement : 1° les conditions de la novation; 2° les différentes sortes de novation; 3° les effets de la novation. Un quatrième chapitre sera spécialement consacré à la délégation.

CHAPITRE I

CONDITIONS DE LA NOVATION

379.- ENUMERATION.

La novation suppose essentiellement : 1° l'existence d'une obligation à éteindre; 2° la création d'une nouvelle obligation; 3° une différence entre l'ancienne et la nouvelle obligation; 4° l'intention de novier; 5° la capacité des parties.

380.- EXISTENCE D'UNE OBLIGATION A ETEINDRE.

La création de la nouvelle obligation a pour cause, pour raison d'être, l'extinction d'une ancienne obligation. Dès lors, s'il n'y a rien à éteindre, l'obligation nouvelle ne naît pas, la novation ne se produit pas.

Ainsi en est-il lorsque la première obligation est nulle de nullité absolue. Exemple : obligation contraire à l'ordre public.

Que décider si la première obligation est nulle de nullité relative (ex. : pour cause d'incapacité ou vice de consentement) et si la novation intervient avant qu'elle ne soit annulée ? En principe, le sort de la novation restera incertain et dépendra de l'exercice de l'action en nullité contre la première obligation. Toutefois, si la novation a lieu en temps de capacité et en pleine connaissance de cause, si, par exemple, il s'agit d'un mineur qui substitue une dette nouvelle à sa dette ancienne, alors qu'il est devenu majeur, on devra interpréter l'engagement nouveau du débiteur comme une renonciation tacite à son action en nullité et, dès lors, la novation se produira, trouvant sa base dans l'extinction de l'ancienne obligation implicitement confirmée.

381.- CREATION D'UNE NOUVELLE OBLIGATION.

L'extinction de l'ancienne obligation a pour cause la création de la nouvelle. Dès lors, si l'obligation nouvelle ne naît pas, l'obligation ancienne subsiste, la novation ne se produit pas.

Il en est ainsi lorsque la nouvelle obligation est nulle de nullité absolue.

Si l'obligation nouvelle est nulle de nullité relative, le sort de la novation dépendra de l'exercice de l'action en nullité.

382.- DIFFERENCE ENTRE L'ANCIENNE ET LA NOUVELLE OBLIGATION.

La nouvelle obligation doit différer de l'ancienne. Il faut un élément nouveau, aliquid novi. La nouveauté peut concerner les sujets ou d'autres éléments de l'obligation. De là, les différentes sortes de novation, dont nous parlerons dans le chapitre II.

Quand l'obligation nouvelle est pareille à l'ancienne, l'acte nouveau ne peut valoir que comme reconnaissance de dette.

383.- INTENTION DE NOVER.

Il faut que les parties aient l'intention de nover (animus novandi) c'est-à-dire d'éteindre une obligation ancienne pour la remplacer par une nouvelle.

Aux termes de l'article 1273, "la novation ne se présume pas; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte".

La loi n'exige pas une manifestation expresse de volonté; la volonté de nover peut s'affirmer tacitement, pourvu qu'elle soit claire. D'autre part, il ne faudrait pas induire du mot "acte" que la loi exige un acte instrumentaire; le mot "acte" désigne ici l'opération, le negotium, et non l'instrumentum.

Quant aux modes de preuve, il faut s'en référer au droit commun; la preuve testimoniale et les présomptions humaines ne seront admises qu'en matière n'excédant pas 3.000 francs, ou s'il existe un commencement de preuve par écrit, ou s'il y a dispense de preuve par écrit.

Concernant la jurisprudence relative à ces différents points, v. Rép. Prat. de droit belge, v° Obligat.ens, n^{os} 1633 à 1644; Van Ommeslaghe, R.C.J.B. 1975, n° 118, p. 705 à 707; Cass., 12 avril 1969, Pas. 1969, I, 930; Cass., 9 mars 1972, Pas. 1972, I, 642; Cass., 6 novembre 1975, Pas. 1976, I, 300.

Le juge du fond apprécie souverainement si l'animus novandi existe et sa décision à cet égard échappe au contrôle de la Cour de cassation. Toutefois, celle-ci doit rechercher si, en droit, les faits constatés par le juge répondent aux conditions légales de la novation et s'ils en ont déduit de justes conséquences (V. Planiol et Ripert, t. 7, n° 1265; De Page, t. 3, n° 591; Cass., 14 novembre 1940, Pas. 1940, I, 292).

384.- CAPACITE DES PARTIES.

Il ne suffit pas, pour faire une novation, que le créancier ait la capacité de recevoir son paiement et le débiteur la capacité de payer. La novation n'est pas un paiement; c'est une convention substituant une obligation à une autre. Aussi l'article 1272 exige-t-il la "capacité de contracter". Il faut entendre par là que le créancier doit avoir la capacité de disposer de la créance ancienne, puisqu'il y renonce, et que le débiteur ou le nouveau débiteur doit être capable de s'obliger, puisqu'il contracte une nouvelle obligation.

CHAPITRE II

DIFFERENTES SORTES DE NOVATION

385.- DISTINCTION.

Le changement peut porter sur l'un des sujets de l'obligation, soit le sujet actif qui est le créancier, soit le sujet passif qui est le débiteur. Il peut aussi porter sur d'autres éléments de l'obligation. De là, les trois sortes de novation prévues par l'article 1271 : novation par changement de créancier, novation par changement de débiteur, novation par changement de dette.

Section 1

NOVATION PAR CHANGEMENT DE CREANCIER

386.- NOTION.

Il y a novation par changement de créancier lorsque le débiteur s'engage envers une autre personne lui désignée par le créancier et que ce créancier primitif le décharge de sa dette envers lui (art. 1271, 3°).

Le débiteur et la chose due restent les mêmes, le créancier seul est changé. Exemple : je promets à Paul ce que je dois à Jacques et Jacques me décharge de ma dette envers lui.

Cette application de la novation était, nous l'avons vu, fréquente en droit romain, à raison du principe de l'intransmissibilité des créances entre vifs. Le changement de créancier n'était primitivement possible que par le moyen d'un engagement pris par le débiteur envers un nouveau créancier, substituant ainsi une créance nouvelle à l'ancienne.

387.- COMPARAISON AVEC LA CESSION DE CREANCE.

La novation par changement de créancier diffère de la cession de créance sur les points suivants :

1° la novation par changement de créancier exige le consentement du débiteur, à qui on fait prendre un nouvel engagement. La cession de créance, au contraire, s'opère sans le consentement du débiteur; pour la rendre efficace à son égard, il suffit de recourir à l'une des formalités de l'article 1690 (formalités qui, en revanche, ne sont pas requises en cas de novation);

2° la novation par changement de créancier éteint l'ancienne créance, qui disparaît en principe avec ses garanties et autres accessoires (art. 1276 et s.) et est remplacée par une nouvelle. Tandis que, dans la cession de créance, la créance est maintenue et transmise au cessionnaire qui l'acquiert

avec tous ses accessoires et notamment ses garanties (hypothèque, cautionnement, etc...).

On voit ainsi combien la novation par changement de créancier est, en comparaison de la cession de créance, un procédé moins pratique et plus dangereux pour le créancier nouveau.

388.- INTENTION DE NOVER.

Pour qu'il y ait novation par changement de créancier, il faut (insistons-y) que l'ancien créancier décharge le débiteur. A défaut de cette décharge, il n'y aurait pas intention de nover; l'obligation aurait deux créanciers au lieu d'un et la situation serait analogue à celle qui existe en cas de solidarité active.

Il est évident qu'il n'y a pas novation par changement de créancier si le créancier se borne à indiquer au débiteur une personne qui doit recevoir pour lui (art. 1277, al. 2). Cette personne n'aurait que la qualité de mandataire, chargé de recevoir paiement et il ne se produirait ni extinction de la dette ancienne ni naissance d'une nouvelle dette.

Section 2

NOVATION PAR CHANGEMENT DE DEBITEUR

389.- NOTION.

Il y a novation par changement de débiteur lorsqu'un nouveau débiteur s'engage envers le créancier et que le créancier décharge l'ancien débiteur (art. 1271, 2°).

Le créancier et la chose due restent les mêmes, le débiteur seul a changé.

On distingue deux variétés de novation par changement de débiteur, selon que l'initiative de l'opération vient de l'ancien débiteur ou du nouveau débiteur. Ce sont la délégation novatoire et l'expromission.

A. Délégation novatoire. - Il y a délégation novatoire lorsque le débiteur ordonne à une tierce personne de s'obliger personnellement envers le créancier à payer la dette et que le créancier accepte ce nouveau débiteur en déchargeant l'ancien (art. 1275).

On remarquera soigneusement que la délégation n'opère novation, c'est-à-dire libération de l'ancien débiteur, que si le créancier décharge l'ancien débiteur (1), s'il accepte le nouveau débiteur en remplacement de l'ancien. L'article 1275 parle à ce propos d'une déclaration "expresse".

(1) Lorsque le débiteur est ainsi déchargé, il l'est définitivement, même si le débiteur qui a pris sa place devient insolvable, sauf (art. 1276) : 1° lorsqu'il a été fait, à ce sujet, une réserve expresse; 2° lorsque le délégué, à l'instigation du créancier, se trouvait déjà en état de faillite ou de déconfiture à l'époque de la novation. Voir, sur cette disposition de l'article 1275, qui donne lieu à controverses, les autorités en sens divers citées par Rép. prat. droit belge, v° Obligations, nos 1688 et s.

Faut-il croire que la preuve de l'intention de novover serait ici plus rigoureuse et que l'article dérogerait à l'article 1273 ? En se basant sur les passages de Pothier auxquels ces textes ont été empruntés, Planiol (t. 2, n° 555) se prononce pour la négative et cette opinion peut se défendre (Voir, en ce sens, De Page, t. 3, n° 589, mais voyez doctrine et jurisprudence en sens contraire dans Rép. Prat. droit belge, v° obligations, n°s 1678 et s.).

La délégation novatoire n'est pas fréquente. Quand un créancier accepte que son débiteur lui délègue un tiers qui prend la dette à sa charge, il consent rarement à libérer son débiteur primitif. L'opération conserve le nom de délégation, mais, faute d'animus novandi, elle n'opère pas novation. Elle est dite délégation simple ou imparfaite. L'ancienne dette n'est pas éteinte; le créancier obtient ainsi deux débiteurs au lieu d'un. Voir ci-dessous le chapitre IV, consacré à la délégation.

B. Expromission. - Il y a expromission lorsqu'un tiers s'oblige de lui-même à payer à la place du débiteur, qui est déchargé par le créancier.

Elle a lieu sans le concours du premier débiteur (art. 1274). C'est une conséquence logique du principe consacré par l'article 1236, al. 2, qui autorise un tiers à payer à la place du débiteur. De même qu'on peut libérer un débiteur en payant pour lui, on peut le libérer en contractant une obligation destinée à remplacer la sienne.

Il faut, bien entendu, que le créancier décharge l'ancien débiteur, sinon, à défaut d'animus novandi, il n'y aurait pas novation; il y aurait seulement adpromission, c'est-à-dire adjonction d'un débiteur à un autre.

On trouvera des cas intéressants de novation par changement de débiteur dans Colin et Capitant, t. 2, n° 537; Dalloz, Rép. Prat., v° Obligations, p. 38; Anvers, 30 novembre 1923, Pas. 1924, III, 145; Cass. fr., 12 décembre 1866, D.P. 1867, I, 433; comp. Cass., 6 novembre 1975, Pas. 1976, I, 300.

Section 3

NOVATION PAR CHANGEMENT DE DETTE.

390.- NOTION. DEVELOPPEMENTS.

On dit qu'il y a novation par "changement de dette" (faute d'un terme plus précis) lorsque, - le créancier et le débiteur restant les mêmes - "le débiteur contracte une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte" (art. 1271, 1°). C'est la novation inter easdem personas que certains appellent novation objective.

Quand un changement dans la dette emporte-t-il novation ? On pourrait être tenté de répondre : quand les parties auront eu l'intention de novover, c'est-à-dire d'éteindre l'ancienne dette et de la remplacer par une nouvelle. Et cela est vrai d'une façon générale. Mais il y a des changements tels qu'on ne peut les concevoir sans l'intention de novover. Lorsque les