

UNIVERSITE DE REIMS CHAMPAGNE ARDENNE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

THESE POUR LE DOCTORAT EN SCIENCES JURIDIQUES DE
DROIT PRIVE

Sur

LA NOTION DE NOVATION

Présentée et soutenue publiquement

Le 05 Septembre 2006

Par

SENE Pape Demba

Sous la Direction de

Mr. Marc BILLIAU

Professeur à l'Université de Paris XII

Membres du jury

Mr. Marc BILLIAU : Professeur à l'Université de Paris XII

Mr. Stéphane PIEDELIEVRE : Professeur à l'Université de Paris XII

Mr. Jacques MOURY : Professeur à l'Université de Reims

Mme Sandrine CLAVEL : Professeur à l'Université de VANNE

Mme Anne DE WINCKELE BAZELA : Maître de conférence à Lille 2

« La mort et la naissance en un même lieu et un même temps, n'est-ce pas surprenant ? Un tel lieu où se transmute la vie, ne serait-il pas plus approprié de l'appeler le « POINT VIE » plutôt que le « point mort » ? »

M.L. Dioptaz, « Sarbacana et perceptions trans-paradoxaes »

INTRODUCTION

1- « *Inépuisable théorie des obligations ! Vieille comme le droit, elle a toujours la fraîcheur d'un système né d'hier. Parce que l'infinie diversité des situations qu'elle régit en réactive toujours l'acuité. Parce que l'évolution des idées qu'elle reflète en infléchit sans cesse les conceptions. Parce que le renouveau des figures qu'elle affronte en sollicite sans fin les schémas. Il arrive même que l'épreuve tourne en défi* »¹ ; ce pourrait être le cas de la novation qui, pour n'être pas de l'inédit, n'en constitue pas moins une énigme piquante et durable.

2- Quoi de commun, en effet, entre l'extinction d'une obligation et la création d'une autre sinon d'être les parangons de la novation ? Cet accouplement baroque illustre à la fois la difficulté d'une définition de la notion et son omniprésence au contentieux. La novation est une notion aussi simple dans sa définition qu'elle apparaît d'autant plus compliquée dans ses applications ; elle est également une notion aussi couramment invoquée au contentieux qu'elle semble d'autant plus redoutée dans son observation.

¹ DIDIER R. Martin, *Du changement de contractant*, D. 2001, n° 39, Chron. Doctr., p. 3144

3- Consacrée, au chapitre V du titre III du livre III du code civil qui traite de l'extinction des obligations, la novation est réglementée par les articles 1271 à 1281. Deux de ces articles, 1275 et 1276, se rapportent, cependant, à la délégation, mécanisme sensiblement distinct, mais qui, dans l'une de ses variantes, la délégation parfaite, comporte une novation.

Les rédacteurs du code ont fait état dans ces articles, des différentes manières dont peut s'opérer la novation, de ses conditions et de ses effets.

Cependant, ces dispositions ne donnent que quelques éléments d'une définition de la novation. De fait, sur la foi de textes obscurs, sa construction demeure essentiellement prétorienne. Mais l'on sait les inconvénients des constructions jurisprudentielles qui ont ainsi présenté des contours incertains et fuyants de la notion.

4- Il est d'ailleurs curieux de remarquer que cette novation, qui a acquis droit de cité et qui reste toujours une institution mystérieuse, mal définie, n'ait pas l'objet d'une étude d'ensemble à l'époque contemporaine².

² On peut cependant citer la thèse de M.-A. VAN WINCKELE-BAZELA, *La notion de novation*, Lille 2001. Cette absence étonnante de monographies relatives à la novation contraste avec le grand nombre d'études doctrinales qui lui furent consacrées tout au long du 19^{ème} siècle. De nombreuses thèses furent ainsi écrites : LOMPRES Alexandre, *De la novation contractuelle*, thèse Paris 1856 ; DUPLESSIS, *Etudes sur la novation et la délégation en droit Romain et en droit français ancien et moderne* thèse Paris, LGDJ 1869; Ch. LEROUX, *De la novation en droit romain et droit français*, thèse Paris, éd. Mourgues 1861 ; GIDE P, *Etude sur la novation et le transfert de créance en droit romain*, thèse Paris, Larose 1879 ; V. L. VERONREVILLE, *Etude sur la novation en droit romain et en droit français*, thèse Bordeaux 1873 ; CHANOIT M., *De la novation en droit romain et en droit français*, thèse Caen, éd. Valin 1880 ; G. D'AUVERVILLE, *De la novation en droit romain et en droit français*, thèse Lyon, 1882. Il ne faut pas aussi oublier les thèses écrites au début du 20^{ème} siècle : TATOVICI, *De l'évolution de la novation*, thèse Paris 1908; NEGRE Pierre, *Des conditions d'existence et de validité de la novation en droit romain*, thèse Aix-en-provence 1925.

5- Peut-être faut-il voir là une conséquence de cette réputation, assurément exagérée, d'encombrement et de complexité que la novation s'est faite à travers le temps. MARTY, RAYNAUD et JESTAZ déclarent ainsi : « *pratiquement la novation impossible gêne ceux qui souhaitent apurer le passé tandis que la novation obligatoire gêne ceux qui veulent la conserver. En toute hypothèse l'institution de la novation gêne tout le monde par l'incertitudes de ses limites et sans préjudice de la brutalité de ses effets* »³.

6- Toujours est-il qu'il résulte de cette absence de monographie une certaine méconnaissance de l'institution perceptible sur deux plans :

D'abord, dans son domaine. En effet, la novation, par son polymorphisme est à même d'intervenir les domaines les plus dissemblables.

Cette disparité du domaine de la novation, selon certains auteurs, aurait pour conséquence, non seulement une altération de son originalité, mais aussi une décadence de son utilité pratique :

7- Altération de son originalité car la novation, par les utilisations qu'on en fait, semble être un moule juridique susceptible d'application diverses :

On peut d'abord considérer, lorsqu'elle se fait par changement d'une des parties, que la novation constitue soit un moyen de cession indirecte de l'obligation par changement d'un des sujets dans rapport

³ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, Les obligations, tome 2, Le régime, p. 380, n° 410.

juridique, soit une technique d'extinction dans les rapports complexes lorsqu'elle intègre le mécanisme de la délégation.

Ensuite, la novation, lorsqu'elle s'effectue entre les mêmes parties, peut consister en une modification de l'obligation.

Bref, comme le rappelle Mr. Philippe MALINVAUD⁴ « ...*par ses multiples possibilités, la novation apparaît comme une sorte de « joker » juridique* ». Or un joker⁵ n'a aucune originalité, il est ce que les parties en font.

8- Inutilité de la notion car la novation, n'ayant pas de domaine propre, fait une concurrence inutile à des mécanismes prétendus plus adaptés.

En effet, dans une matière qui laisse aujourd'hui une grande place à une prétendue cessibilité de l'obligation et à une possible modification⁶ de celle-ci, sans subir les conséquences drastiques qu'aurait entraîné une novation, cette dernière fait figure d'institution désuète. Autrement dit, la novation, étant originalement perçue comme un mécanisme qui permet à des parties contractantes d'obtenir des résultats très voisins de ceux d'un transfert actif ou passif de l'obligation ou d'une modification de celle-ci, sa mise en œuvre se heurte à leur existence de mécanismes plus adaptés : elle serait ainsi

⁴ Philippe MALINVAUD, Droit des Obligations « *Les mécanismes juridiques des relations économiques* », 6ème éd. LITEC , p. 378, n° 304.

⁵ Voir Dictionnaire, Le Robert, Paris 1995 : « Carte à jouer à laquelle on est libre d'attribuer une valeur ».

⁶ ALAIN GHOZI, « *La modification de l'obligation par la volonté des parties* », thèse Paris II , LGDJ 1980, préf. Denis TALLON.

évincée par la cession de créance, la modification, le mutus dissensus et la dation en paiement⁷.

9- Dès lors l'utilité pratique et originale de la novation apparaît comme vaine. Cette prétendue régression de l'utilité et de l'originalité de la novation conduira d'ailleurs la doctrine contemporaine à parler d'une crise de la novation⁸ et même à préconiser sa disparition⁹. La simple référence au mot 'novation' suscite chez les auteurs contemporains prudence et scepticisme ; la seule unanimité qui puisse se construire autour de la notion a trait à la rigueur de son effet extinctif et à sa désuétude.

⁷ R. LIBCHABER, « *Les conséquences de la nullité de la convention novatoire lorsque celle-ci est imputable au créancier* », D. 1996, somm. p. 334, n° 3 : « *La novation est, on le sait, une cause d'extinction et de création d'obligations qui fait l'objet d'un statut enviable : le code civil l'a réglementée en elle-même, les tribunaux continuent de lui accorder une attention constante, et les parties de s'en servir. Pourtant l'arrêt évoqué montre bien que la novation ne mérite aucun excès d'honneur : derrière l'institution transparaît sans cesse le contrat de substitution d'obligation, et celle-là n'apporte rien qui ne soit réductible à celui-ci. On disait parfois, hier, que la novation n'avait pas de titre véritable à l'existence : par changement d'objet elle n'était guère qu'une dation en paiement aménagée, et par changement de débiteur une cession de créance. La novation survit manifestement à ces interrogations de fond ; mais on constate qu'elles demeurent aujourd'hui aussi fondées qu'hier, et qu'il arrive que la réglementation spéciale d'une convention nommée n'emporte aucun supplément par rapport à ce qui résulterait de la seule théorie générale des obligations* ».

⁸ COLIN et CAPITANT, « *Cours élémentaires de Droit Civil Français* », tome 2ème, 9ème éd. entièrement refondue par JULLIOT de La MORANDIERE, Paris Librairie Dalloz 1942, p. 382, n° 541.

⁹ R. SALEILLES, « *De la cession de dette* », Annales de droit commerciale, 1980, 2ème partie, p. 1 : « *La novation-substitution de notre droit français est une institution qui ne constitue pas un acte juridique indépendant; elle est en somme que la combinaison de deux actes successifs dont le rapprochement n'offre rien de particulier. La novation du droit français n'est que la constatation d'un résultat qui se fut produit sans que la loi eut à intervenir, par le seul fait de la libre convention... En tant qu'institution juridique spéciale, elle doit par conséquent disparaître de nos codes.* » ; Egalement, Anne VAN DE WYNCKELE- BAZELA, « *La notion de novation* », thèse sous la direction de Ch. JAMIN, LILLE II, 2001 : L'auteur propose, dans les grandes lignes de sa thèse, selon même ses propres mots « *des critères exogènes et endogènes de la disparition de la novation : « les critères exogènes de disparition vise à étudier les rapports qu'entretient la novation avec le contexte juridique dans lequel elle est insérée » (p.14, n° 19) ; elle en conclura que le système juridique français est apte à supporter une disparition de la novation. Quand aux critères endogènes de disparition de la novation, elle résulteraient de sa déformation par les applications résiduelles qu'on en fait, « la novation étant employée dans un sens commun, au sens générique du terme, et non plus en tant que mécanisme... » (p. 200); Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, obligations, régime général*, t. 3, 11ème éd. Cujas 2001/2002, p.90, n°117: « *elle (la novation) aurait dû disparaître; certains droits étrangers, tel le droit allemand, l'ignorent: la novation par changement de créancier a laissé sa place à la cession de**

10- Dans ces conditions, entreprendre une recherche sur la notion de novation peut s'avérer inopportune. Comme le rappelle un auteur¹⁰ « *quel intérêt existe-t-il, à se pencher sur un mécanisme, qui en raison de l'évolution du droit des obligations, paraît avoir perdu l'essentiel de son utilité pratique et le principal de sa spécificité théorique* ».

11- Cependant, on peut s'apercevoir qu'un tel pessimisme doit malgré tout être tempéré pour plusieurs raisons :

D'une part, si la novation est une notion autonome, elle peut se fondre dans ces mécanismes.

D'autre part, la novation a un domaine efficient qu'il ne partage avec aucune ces autres notions : la cession de créance ne concernerait en effet que les obligations de sommes d'argent, alors que la novation peut s'appliquer à toute obligation sans considération de son objet ; la novation seule permet une cession approximative de dette ; la novation seule peut permettre, hormis l'hypothèse de la dation en paiement, la modification d'un élément essentiel de l'obligation.

12- En fait, le désintérêt dont est victime la novation tient non seulement à l'absence d'ambition d'une étude plus approfondie offerte par la doctrine, mais également à un choix arbitraire opéré entre deux solutions qui consistait, soit à s'engager dans la voie suivie par la doctrine moderne, et comprendre la novation comme un acte juridique dangereux, qui en raison de la rigueur de ses effets, surtout l'effet extinctif, exclut la plupart des relations d'affaires et se réduit à une

créance; la novation par changement de débiteur, à la reprise de dette, et la novation par changement d'objet, à la dation en paiement."

¹⁰ Denis MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », thèse Paris : LGDJ 1992, Préf. F. CHABAS, p. 5 L'auteur dans ses termes parle de la clause pénale.

technique d'un très modeste emploi ; soit alors, vouloir saisir la novation dans tous ses aspects en recherchant son efficacité et sa spécificité par l'étude de son domaine propre au renoncement d'une construction qui s'arrêterait simplement à la diversité de ses formes et fonction.

13- L'étude réservée à la novation et qui est le choix de la doctrine moderne est une conception qui en fait un fossile juridique. Et, il est bien de le dire, comme il advient souvent, l'affirmation d'une apparence finit par lui donner une certaine réalité.

D'ailleurs, contrairement à ce qui est souvent affirmé, la novation est appliquée dans plusieurs législations étrangères. Les droits belge, italien, sénégalais, néerlandais, grec, anglais, allemand contiennent l'institution de novation qui est soit réglementée dans la loi, soit reconnu par la doctrine et la jurisprudence. Dans ce dernier cas, on considère souvent qu'elle a pour fondement le principe de la liberté contractuelle. En Suède également, il n'y a pas de règles légales sur ce point, mais la novation y est apparemment considérée comme un changement de créanciers ou de débiteurs ; il faut également mentionner à ce propos que la novation n'est pas utilisée de manière uniforme en droit suédois. En droit danois, la novation n'est pas non plus définie par la loi, mais elle est sous entendue quand créancier et reprenant remplacent l'ancienne créance par une nouvelle. Le rayonnement de la novation est d'autant plus net lorsque le projet européen de code des obligations lui consacre plusieurs articles.

La novation n'est pas donc en déclin et l'énorme contentieux en la matière en témoigne. Il faut donc aller au-delà du dogme trop facile, qui se retient sans effort et se laisse solennellement

déclamer : « la novation est une institution inutile et désuète ». On aura au moins dans cette dernière hypothèse, pris la précaution de ne pas clore le débat et se demander si l'excès de critiques adressées à la notion n'en a pas finalement masqué des utilisations originales. Tel est le premier objet de cette étude.

14- Sensible au plan de son domaine, la relative méconnaissance de l'institution se retrouve aussi au niveau plus profond de son analyse juridique.

La novation est en effet complexe, difficile à expliquer et sa nature juridique est ambiguë. Aussi l'absence de définition donnée par le code civil¹¹ ne rend-elle pas particulièrement périlleux son étude.

Ce mutisme légal sur la définition de la novation ne signifie, cependant, nullement que sa nature juridique ne pourrait être donnée. Sa recherche doit s'effectuer sur les textes qui la fondent. Encore que cette délimitation du champ d'investigation ne résout pas pour autant toutes les difficultés car les articles 1271 à 1281 du code civil ne laissent pas trop apparaître la solution.

15- La novation forme une catégorie juridique autonome dont chaque forme partage la nature juridique, bien qu'au sein de cette catégorie, la novation par changement de personne et la novation par changement de la dette se distingue par des caractères et fonctions secondaires. D'où la nécessité de trouver un dénominateur commun à toutes les différentes formes de novation.

¹¹ Ce qui n'est pas un oubli car, lors des travaux préparatoires, le tribunal de Grenoble avait présenté l'observation suivante: "*il est utile de donner la définition de la novation ; on propose la suivante: « La novation est la substitution d'une obligation à une autre. »*". En ce sens voir: DUPPLESSIS, « *Etudes sur la novation et la délégation en droit romain et en droit français ancien et moderne* », Thèse, Paris 1869, p. 199 et 200.

Il faut, cependant, dans l'analyse, se montrer prudent. Le risque est grand de s'arrêter aux caractères externes de l'opération et laisser échapper sa nature profonde. L'écueil est réel pour la novation.

16- Une partie de la doctrine¹² étudie principalement la novation sous l'aspect, au demeurant limité, de son effet extinctif et la range ainsi parmi les modes d'extinction des obligations. Plusieurs argumentations sont avancées. On a même invoqué comme argumentation, la place qu'occupe la novation dans le code civil jusqu'à l'assimiler au paiement¹³.

On peut comprendre ce désintérêt relatif à l'égard d'une étude plus accusée de la nature juridique de la novation considérée dans son ensemble car, comme l'écrit M. SIMLER¹⁴, *"l'effet créateur de la novation, pure et simple application de la liberté contractuelle, n'appelait de la part du législateur, aucune attention particulière. Du point de vue de la technique juridique, seul l'effet extinctif méritait de nouveaux développements"*.

¹² POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit. n° 581 – DUPPLESSIS, « *Etude sur la novation et la délégation en romain et en droit français ancien et moderne* », Thèse Paris 1869, p. 2 (encore que cet auteur est plus modéré car il considère que la novation peut être aussi bien rangée parmi les modes d'extinction que parmi les modes de création de l'obligation) – COLIN ET CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 9^{ème} éd. refondu par LEON JULLIOT DE LA MORANDIERE, Librairie Dalloz 1942, p.379 – PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, *obligations*, par EISMEIN, RADOUANT et GABOLDE, 2^{ème} éd. 1954, p. 658 – CABRILLAC et MOULY, *droit des sûretés*, 4^{ème} éd. Litec p.286 – YVAINE BUFFELAN-LANORE, *droit civil* 2^{ème} année, 6^{ème} éd. Armand Colin, p. 231 – A. BENABENT, *Droit civil, les Obligations*, 7^{ème} éd. Montchrestien, p. 518 – JACQUES MESTRE, E. PUTMAN ET BILLIAU. M, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 1098.

¹³ DUPPLESSIS, *Etude sur la novation et la délégation en droit romain et droit français ancien et moderne*, thèse précitée, LGDJ 1769 – ALAIN BENABENT, *Droit civil, les obligations*, 5^{ème} éd. Montchrestien, p. 518. – GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse LGDJ 1980, p. 40 et 41. Même avant le code civil, une telle position était soutenue par POTHIER (POTHIER, *Traité des obligations*, Paris : Debure, t. 2, 1768, n° 599)

¹⁴ SIMLER, *JURIS. Class. civil*, articles 1271 à 1281, Fasc. 10, voir Novation p. 25

17- Mais quel que soit le respect avec lequel nous devons accepter les opinions de ces auteurs, nous avouons que la doctrine qui traite de la novation comme mode d'extinction des obligations ne satisfait pas complètement et ce, pour différentes raisons :

D'abord, parce qu'on ne peut s'en tenir à la simple rédaction de l'article 1234 pour déterminer la nature juridique de la novation. Cet article porte déjà en lui l'imperfection lorsqu'il traite de la nullité ou de la rescision comme mode d'extinction des obligations.

Ensuite, parce que la novation et le paiement sont fondamentalement différents en ce que, d'une part, ils n'ont pas le même objet, d'autre part, en ce que le paiement, mode d'extinction de l'obligation, est aussi un mode d'exécution de celle-ci alors que la novation n'en est pas un.

Enfin, parce que cette doctrine nous semble un peu trop exclusive dans la mesure où elle fractionne l'unité même de l'opération de novation. L'extinction de l'obligation initiale et la création d'une obligation novée sont un tout dans la convention novatoire. L'appréhension de l'ensemble indivisible que forme la convention novatoire doit donc se faire au regard de l'ensemble et non au regard d'une seule composante. Cela justifie que l'on dépasse l'élément, c'est-à-dire l'extinction, et que l'on tienne compte du tout. Sauf à réduire sa nature juridique à l'excès, il faut renoncer à appréhender la novation comme mode d'extinction des obligations.

18- Il y a, certes, une intuition d'extinction de l'obligation. Cette caractéristique de la novation est indéniable. Il est cependant excessif d'en faire le critère déterminant qui assurerait l'originalité de

la notion. Cette extinction n'est qu'une phase dans une opération complexe.

19- C'est peut-être le vocable « mode » qui ne convient pas à l'extinction qui se produit dans la novation ; celui-ci semble trop exclusif dans la matière qui fait l'objet de notre étude. Le vocable « mode » signifie la manière générale dont un phénomène se fait, dont une action se fait¹⁵. Voir la novation comme un mode d'extinction signifierait donc que c'est l'extinction, et la seule extinction de l'obligation initiale qui forme l'objet de la convention de novation. Or, l'objet de la novation, relève moins dans l'extinction de l'obligation initiale que dans la création d'une obligation différente de la première par l'un quelconque de ses éléments substantiels. Il y a une nouvelle obligation, mais cette nouveauté ne tient qu'en un seul élément de l'obligation, c'est à dire *l'aliquid novi* ou l'élément nouveau.

20- L'objet de la novation ne peut donc être réduit à l'extinction de l'obligation initiale, qui n'en est qu'une phase. C'est ce que constate M. SIMLER¹⁶ lorsque celui-ci écrit : « *l'effet extinctif n'est qu'un effet second de la novation. L'objectif premier des parties réside dans l'avènement d'une obligation nouvelle qui consiste souvent dans la transformation plus ou moins profonde de l'obligation ancienne* ».

21- Aussi, appelons-nous spécialement l'attention sur cette dernière remarque, dans laquelle nous paraît ressortir très clairement la nature juridique de la novation que nous regardons moins comme un mode d'extinction que comme la transformation d'une obligation en

¹⁵ Dictionnaire "Petit Larousse illustré" 2004, voir mode

une autre. C'est d'ailleurs la nature juridique qu'avait la novation en droit romain. L'institution ne pourrait être donc mieux comprise qu'en partant de ses origines.

22- La novation, dans ses formes et fonctions, apparaît comme un mécanisme à multiples faces, mais derrière lesquelles se révèle une unité incontestable : la modification d'un élément substantiel de l'obligation.

Ainsi, à la nature juridique de la novation formée par la modification substantielle de l'obligation, correspond un régime juridique transcendant la diversité de ses forme et fonctions. D'ailleurs la cohérence juridique supposerait, qu'à l'unité de la nature juridique de la novation corresponde l'unicité de son régime juridique.

23- La démonstration proposée serait toutefois incomplète si l'on se contentait de cette unique prémisse. Affirmer que la novation, par son objet est une modification substantielle de l'obligation rend seulement compte d'une réalité sans appréhender véritablement les techniques mises en œuvre pour atteindre ce but, autrement dit, sans expliquer comment la modification substantielle se produit.

24- Les parties à un lien d'obligation ne peuvent pas le modifier dans ses éléments essentiels ou substantiels sans anéantir l'obligation tout entière. La loi permet alors aux parties de recourir à la novation, par procédé de décomposition, de soustraction et de création, mais le tout concomitant, de changer un élément substantiel et de sauvegarder les autres éléments qui ne seront pas affectés par ce changement. Cela s'explique par la rédaction de l'article 1271 (la novation s'opère de

¹⁶ SIMLER, JURIS. Class. civil, articles 1271 à 1281, fasc. 10.

trois manières : ...), qui laisse penser que l'on ne peut changer qu'un élément substantiel de l'obligation ; ce qui veut dire, qu'*a contrario*, tous les autres éléments de l'obligation initiale survivent.

Ainsi ce n'est pas une obligation entièrement nouvelle qui est obtenue, mais une obligation différente de la première dans un seul de ses éléments substantiels. L'obligation novée, issue d'un procédé de décomposition, de soustraction d'un élément et d'addition d'un nouvel élément, constitue donc l'objet essentiel de l'opération. Peu importe les mobiles des parties, la détermination de l'objet ne tenant que sur ce que les parties font et non sur ce qu'elles veulent. Cela est d'autant plus vrai que le code civil pose des conditions sans lesquelles l'opération ne peut être une novation, même si le caractère volontariste ne fait aucun doute.

25- De fait, seule une étude portant considération de l'opération entière, c'est-à-dire sans fraction de celle-ci, nous semble être à même de rendre compte de la nature juridique de la novation. C'est à ce titre que nous partagerons la manière de voir de certains auteurs :

C'est ainsi que LAROMBIERE¹⁷ définit la novation comme « *la transformation d'une obligation en une autre qui lui est substituée. La nouvelle obligation prend la place de l'ancienne qui, lui servant de cause, est en réalité plutôt changée qu'éteinte* ».

D'autres auteurs¹⁸, plus contemporains, confirment cette façon de voir : « *on ne peut pas, comme cela a longtemps été fait, continuer à étudier la novation comme un mode d'extinction du rapport*

¹⁷ LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 3, 2^{ème} éd. Durand, Paris 1895, ...

¹⁸ J. FLOUR, J-L. AUBERT, Y. FLOUR ET E. SAVAUX, *Les obligations «Le rapport d'obligation»*, 3^{ème} éd. Armand Colin 1999, p. 257, n° 415

d'obligation. En effet, il est impossible de dissocier l'extinction de la première obligation de la création de la seconde. Il en résulte que les deux opérations sont indivisibles et réalisent de ce fait une transformation de l'obligation ».

Enfin M. SERIAUX ne consacre-t-il pas une section traitant de la novation dans un chapitre intitulé, « *La modification du lien d'obligation* »¹⁹.

26- L'idée d'une transformation semble donc, pour notre part, être mieux à même de rendre compte de la nature juridique de la notion. La transformation serait « *un changement survenant dans un rapport d'obligation dont l'existence n'est pas remise en cause...et, la succession de deux obligations est en réalité une transformation dès lors que la seconde obligation est destinée à remplacer la première, et que l'extinction de l'une et la création de l'autre sont indivisibles, ce qui est justement le cas de la novation* »²⁰.

27- Cependant, si nous souscrivons à cette approche, force est de constater que l'on ne puisse utiliser cette terminologie car la transformation évoque l'idée d'un changement de forme qui pourrait faire penser à une novation par changement de forme²¹. A la terminologie "transformation", nous préférons donc celle de "modification substantielle".

28- Dès lors, l'objet de cette thèse entreprise est d'abord de démontrer qu'il est possible de voir dans la novation, malgré la

¹⁹ SERIAUX. A, Droit des obligations, PUF, 2^{ième} éd. 1998, p. 631.

²⁰ J. FLOUR, J.- L. AUBERT, Y. FLOUR ET E. SAVAUX, *Les obligations* «*Le rapport d'obligation* », op. cit., n° 258

²¹ Pour la novation par changement de forme, voir CARBONNIER, Droit civil « *les obligations* », t. IV, Collec. Thémis, PUF 1996, n° 1519

disparité de domaine, un concept avec un domaine propre distinct de bien d'autres notions qui sont prétendues partager le même domaine, voir même l'avoir évincer. Pour cela, il faut démontrer que la novation, si elle constitue une notion autonome, occupe un domaine qui lui est propre et qu'elle ne partage pas. Ainsi, s'émancipant des critiques émanant d'une conception doctrinale négative, l'étude vise à présenter une synthèse critique et constructive de l'utilité de la notion (PREMIERE PARTIE).

29- Une fois mise en évidence l'originalité de la novation l'effacement de sa disparité de façade et par la révélation de son domaine efficient, il sera alors possible d'étudier son unité dans sa nature juridique et dans son régime juridique (DEUXIEME PARTIE).

PREMIERE PARTIE

LA NOVATION, UNE NOTION POLYVALENTE MAIS ORIGINALE

30- La novation par son caractère polymorphe, peut être à même de remplir plusieurs fonctions dans le domaine de l'obligation contractuelle.

Ainsi, lorsqu'elle s'opère par changement d'une partie, elle peut soit permettre une transmission indirecte des créances ou des dettes, soit simplifier des rapports complexes par extinction ; lorsqu'elle s'opère par changement de la dette elle-même, elle permet de modification de l'objet ou la cause de l'obligation.

31- De fait, ces manifestations de la novation dans des domaines aussi dissemblables ont, selon certains auteurs, mis évidence, le fait

qu'elle était non seulement un mécanisme sans réelle originalité, mais était aussi une notion inutile faisant double emploi avec d'autres.

On affirme, par exemple, que la novation par changement de créancier fait double emploi avec la cession de créance qui, d'ailleurs, apparaîtrait comme plus simple et plus avantageuse ; que la novation par changement d'objet est évincé par la dation en paiement et la modification simple ; que la novation par changement de cause fait double emploi avec le mutus dissensus.

32- Cependant, une analyse approfondie de la notion montre que cette disparité n'a pas nuit à son originalité et que dans chacune de ces diverses fonctions, la novation préserve sa particularité par la satisfaction d'objectifs qu'aucune de ces notions ne peut satisfaire.

La novation par changement d'une partie garde toute son originalité malgré l'existence d'autres mécanismes prétendus concurrents. Ainsi la novation par changement de créancier, contrairement à ce qu'on affirme n'est pas évincée par la cession de créance, ce dernier ne concernant que les créances de sommes d'argent. Aussi faut-il rajouter que l'absence en droit français de la cession de dette donne à la novation par changement de débiteur une originalité certaine dans ce domaine

Ensuite, la novation par changement de la dette, au lieu de faire double emploi avec la modification ou le mutus dissensus, ces derniers ont plutôt consisté à révéler son domaine efficient. On va voir ainsi que la tendance du droit positif est de cantonner l'application de la novation par changement de la dette aux seuls changements affectant les éléments essentiels de l'obligation, à savoir son objet ou

sa cause, alors que la modification est appliquée aux changements non essentiels, non substantiels. Quant au mutus dissensus, alors qu'il s'applique au contrat, la novation, elle, ne s'applique qu'à l'obligation.

33- Convient-il alors, compte tenu de la disparité du domaine de la novation, de rechercher, dans cette première partie, l'originalité de la notion de novation par l'étude : d'abord de la novation par changement d'une partie avec les multiples domaines dans lesquels elle est appliquée et de la comparer avec les mécanismes avec lesquels elle est prétendue faire double emploi (TITRE I), avant d'en faire autant pour la novation par changement de la dette (TITRE II).

TITRE 1

DOMAINE DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT D'UNE PARTIE

34- Cette novation peut concerner soit le débiteur soit le créancier. C'est ainsi que l'article 1271-2° et 3° précise respectivement : elle s'opère, « Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier »
« Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé ».

35- Cependant, alors que la novation par changement de créancier fait l'objet de toutes les critiques car n'ayant plus un domaine pratique utile (CHAPITRE PREMIER), la novation par changement de débiteur retient l'attention non seulement dans le domaine de l'extinction des obligations à l'instar de la délégation, mais aussi dans le celui des mécanismes qui permettent une cession de dette en droit français (CHAPITRE DEUXIEME).

CHAPITRE PREMIER

LE DOMAINE DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE CREANCIER

36- La novation par changement de créancier est prévue par l'article 1271-3° du code civil. Ce texte la définit comme celle qui s'opère, « lorsque par l'effet d'un nouvel engagement, un créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé ».

« La troisième espèce de novation », dit Pothier²², « est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau créancier, lorsqu'un débiteur, pour demeurer quitte envers son créancier, de l'ordre de cet ancien contracte quelque engagement envers un nouveau créancier. » Autrement dit, le créancier initial libère son débiteur en contrepartie de l'engagement souscrit par celui-ci envers un nouveau créancier, le tout dans une seule et unique opération.

37- Cette novation a un long passé derrière elle puisque, remontant de l'ancien droit romain, elle se situe aux origines de l'institution. Elle était très utilisée à Rome et permettait de contourner le principe de la rigidité du lien d'obligation pour réaliser ainsi une opération voisine de la cession de créance lorsque celle-ci n'était pas encore admise²³.

²² POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit., n° 584.

²³ P. GIDE, *Etude sur novation et le transfert de créances en droit romain*, thèse Paris 1879, p. 72 ; DUPLESSIS. A, *Etude sur la novation et la délégation en droit romain et en droit français ancien et moderne*, Thèse Paris 1869, p. 27

38- Aujourd'hui, la doctrine s'accorde à admettre qu'elle a beaucoup perdu de son intérêt et n'est guère plus utilisée de nos jours depuis la consécration légale de la cession de créance et autres succédanés²⁴ plus récents de la transmission des obligations²⁵. De fait, l'intérêt pratique de la novation par changement de créancier apparaîtrait, de prime abord, comme principalement historique.

39- Cependant une analyse profonde montre que cette novation, même si elle est évincée par la cession de créance dans le domaine de la transmission des créances de sommes d'argent, reste le seul procédé pouvant permettre la transmission d'une créance en nature (SECTION 2).

Mais avant de s'engager dans une cette analyse, il nous semble nécessaire de chercher le fondement d'une telle novation. Cette recherche pourra peut-être fournir l'explication du maintien d'une telle novation par les rédacteurs du code civil malgré la préconisation incessante de son abandon (SECTION 1).

²⁴ La subrogation personnelle par exemple.

²⁵ PLANIOL ET RIPERT, *Obligations 2ème partie*, 2ème éd. LGDJ 1954, tome VII, avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUAN ET G. GABOLDE, p.664, n°1256 ; COLIN ET CAPITANT, *Traité élémentaire de droit civil français*, refondu par JULLIOT DE LA MORANDIERE, t. II, 11ème éd. 1959, p. 853, n°1522 ; G. MARTY ET P. RAYNAUD, *droit civil, les obligations, t. II, le régime*, par PH. JESTAZ, Sirey 2ème éd. 1989, n° 409 ; B. STARK - H. ROLAND - L. BOYER, *les obligations, régime général*, 6ème éd. Litec 1999, p.221 n°530; PH. MALAURIE ET L. AYNES, *droit civil, les obligations*, 7ème éd. Cujas 1997, p. 626, n°1062; J. FRANÇOIS, *les obligations, régime général*, t. 4 par, 1ère éd. Economica 2000, p. 81, n°94: "Il faut d'abord constater que la novation par changement de créancier est tombée en désuétude, en effet, à l'instar de tous les système juridique moderne, le droit français reconnaît que les créances sont cessibles. Dans ces conditions, les parties n'ont plus aucun intérêt à recourir à la voie détournée de la novation par changement de créancier et le code civil aurait fort bien pu passer cette institution sous silence."

<p>SECTION 1 : LE FONDEMENT DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE CREANCIER AU REGARD DES DIFFERENTES CONCEPTIONS DE L'OBLIGATION</p>

40- Pourquoi la novation par changement de créancier a été maintenue par les rédacteurs de code civil malgré la consécration de la cession de créance ?

41- La réponse à cette question est liée au fondement historique de la novation et de ses liens avec l'évolution de la notion d'obligation.

42- Il convient donc d'étudier successivement les différentes conceptions de l'obligation dans leurs rapports avec la novation (Paragraphe premier), avant de voir comment la novation par changement de personne a encore pour fondement l'intransmissibilité des obligations (paragraphe deuxième).

Paragraphe premier : L'analyse de la novation par changement de créancier au regard des différentes conceptions de l'obligation

43- Dans toutes les sociétés, les individus se rencontrent, se croisent, échangent des biens et des services. Il y a entre eux un mouvement incessant de valeurs. Il y a des rapports qui impliquent qu'une personne doit offrir à un autre un objet ou une prestation déterminée. Il y a alors deux hypothèses :

Dans la première, l'objet de la prestation est acquitté sur le champ, au comptant (comme par exemple, lorsque l'acheteur paie le prix au moment de la conclusion de la vente). Ici il y aura des effets juridiques et une obligation, mais cette dernière est exécutée instantanément, exécution qui met fin à la relation juridique.

Dans la seconde hypothèse, l'acquittement de l'objet ou de la prestation aura lieu dans l'avenir, dans un certain délai. Là, le créancier fait confiance au débiteur ; il y a une obligation.

44- La notion d'obligation fait partie de ces concepts dont un sens peut être facilement donné mais dont la définition exacte est plus difficilement appréhendée. Comme le rappelle un auteur²⁶: "*Plus les notions juridiques occupent une place centrale, moins elles sont définies. L'incertitude demeure, non seulement sur la notion de contrat de droit elle-même, mais aussi sur celle d'obligation... . De multiples raisonnements juridiques mettent en œuvre ces concepts-clés dont les critères distinctifs n'ont pu être déterminés.*"

45- De fait, alors que la définition classique de l'obligation se fonde sur une conception subjective, qui considère l'obligation comme un lien de droit (I), existent des théories objectivistes qui analysent l'obligation comme un bien (II). La novation sera plus ou moins affectée selon qu'on est dans l'une ou l'autre des théories.

²⁶ CH. ATHIAS, *Restaurer le droit des contrats*, Dalloz 1998, Chron. p. 137.

I / L'analyse de la novation par changement de créancier au regard de la conception subjective de l'obligation

46- Le droit est un phénomène historique. Une approche exclusivement logique de la novation ne permettrait pas d'en saisir sa pleine signification. Comprendre la novation et ses rapports avec la théorie de l'obligation nécessite la connaissance de son origine, de son évolution, faute de quoi, notre étude risque d'être arbitraire.

La novation plonge ses racines dans le droit romain qui avait une conception subjective de l'obligation. Cette conception a eu pour conséquence l'intransmissibilité des obligations et l'apparition de procédés de cessions indirectes comme la novation par changement de créancier.

47- Il semble aussi que cette conception soit celle retenue par le code civil puisque celui-ci a maintenu la novation par changement de créancier.

A/ L'analyse historique

48- La novation est une institution qui remonte du bas empire romain. Notre étude risque donc d'être arbitraire si nous ne l'analysons pas historiquement. De fait, nous verrons d'abord la période du droit romain avant de descendre à celui de l'ancien droit.

1/ Le droit romain

49- La conception que le débiteur ou le créancier pouvaient changer mais que l'obligation restait identique était étrangère à la

pensée juridique romaine²⁷. La créance était liée à son titulaire et sa transmission, entre vifs, impossible. Un auteur a fait remarquer à ce propos que : « *bien que les noms de cession et de subrogation seront employés, ils ne désignent pas en droit romains de véritables transmissions. En effet, ce système juridique ignore le droit de créance et, a fortiori, sa transmission conventionnelle* »²⁸.

Nous verrons d'abord les fondements de cette incessibilité avant de voir ses conséquences.

a / Les fondements de l'incessibilité de l'obligation en droit romain

L'incessibilité de l'obligation en droit romain pouvait s'expliquer de plusieurs façons :

50- L'intransmissibilité pouvait d'abord tenir au fait que le droit romain n'englobait pas les formes nécessaires à la cession. En effet, comme le constate M. GHESTIN²⁹ : « *l'obligation ne pouvait naître que de certaines formes, qui devaient nécessairement être accomplies par le débiteur et le créancier en personne. Pour modifier l'un ou l'autre, il fallait accomplir de nouvelles formalités qui faisait naître une obligation nouvelle, sans pouvoir transmettre l'obligation initiale, avec ses caractéristiques et ses garanties* ».

51- L'incessibilité pouvait également résulter du fait que l'obligation ayant une double nature, personnelle et patrimoniale, de celle qu'on privilégiait : « *...L'obligation présente un double*

²⁷ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 8^{ème} éd. 1929, par F. SEEN, p. 776.

²⁸ LEPLAT FREDERIC, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse Paris X Nanterre, 2001, p. 29

²⁹ JACQUES GHESTIN, *La transmission des obligations*, *Travaux des IX^{ème}. Journées Jean Dabin*, LGDJ 1980, p. 6, N° 2

caractère : elle est un lien entre le créancier et le débiteur ; mais elle est en même temps un élément du patrimoine : valeur active pour le créancier, charge passive pour le débiteur. Suivant que l'on fera prédominer, dans la définition de l'obligation, l'un ou l'autre de ces caractères, on repoussera ou l'on admettra la succession aux créances et aux dettes. Si l'obligation est strictement un lien personnel, le changement de personne l'anéantira, et il faudra substituer au lien ancien un lien nouveau. Si au contraire elle est exclusivement une partie du patrimoine, elle pourra sauf modification, passer d'un créancier à un autre créancier ou d'un débiteur à un autre débiteur, de même qu'un droit de propriété circule sans s'altérer. Or de ces deux conceptions opposées, la première est celle du droit romain, et probablement celle de toutes les législations anciennes »³⁰.

52- Cette remarque semble très pragmatique et plus pratique, mais peut-on, comme l'affirme cet auteur, considérer exclusivement l'obligation comme une partie du patrimoine alors qu'elle suppose nécessairement deux personnes et se fonde sur une relation de confiance d'ordre psychologique ?

Quelles que soient les conceptions qu'on peut construire autour de l'obligation, le caractère personnel sera difficilement effacé.

53- L'intransmissibilité pouvait encore tenir au principe d'unité des éléments de l'obligation qui était ainsi considérée à Rome comme une institution consistant en un seul corps dont les éléments, y

³⁰ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, Paris : 2^{ème} éd. Sirey 1933, p. 483, n°905.

compris les personnes, sont confondus : C'est le caractère consubstantiel des éléments de l'obligation, les uns aux autres³¹.

54- Enfin, une dernière explication de l'intransmissibilité de l'obligation en droit romain, est celle qui vient du pouvoir de contrainte par corps que possédait le créancier sur son débiteur. En effet, le créancier avait recours à la contrainte physique pour assurer l'exécution de l'obligation. Le débiteur qui n'exécute pas son obligation, est menacé d'enchaînement, d'emprisonnement, et enfin de perte de la vie. La soumission du débiteur au créancier se traduisait par un lien matériel en cas d'inexécution; le débiteur était enchaîné (*ligatus*) dans la prison, et à la disposition de son créancier qui pouvait le mettre à mort ou le réduire en esclavage. Le droit du créancier sur l'*obligatus* était très voisin du droit de propriété sur un esclave. Il y a un état d'obligé, comme il y a un état d'esclave ; l'un et l'autre sont plus objets de droit que sujets de droit ; l'obligé ou le débiteur, est soumis à la maîtrise physique de son créancier. D'ailleurs, la notion d'obligation, droit personnel opposé au droit réel, n'apparut que lorsque la contrainte devenant plus humaine, le droit du créancier sur le débiteur se sépara du droit de propriété. L'obligation ne permet plus l'exécution sur le corps du débiteur, mais seulement sur son patrimoine considéré comme le droit de gage des créanciers. L'assujettissement de la personne du débiteur ou de son otage³² était un moyen de contrainte efficace pour imposer l'exécution³³. Or, aussi longtemps que le débiteur était responsable physiquement de sa dette, on ne pouvait pas transmettre la créance, car le débiteur ne devait pas être exposé à la force d'un créancier qu'il n'avait pas choisi.

³¹ Anne VAN DE WYNCKELE-BAZELA, *la notion de novation*, thèse Lille II, 2001, p.19, n°27 : « L'obligation était comprise comme un tout indivisible de la personne même du débiteur et du créancier ».

³² Le débiteur pouvait ainsi fournir un otage, particulièrement un membre de sa famille.

³³ ESMEIN, *fondement de la responsabilité*, RTD Civ. 1933, p. 639.

b / Les conséquences de l'incessibilité de l'obligation en droit romain ou l'apparition de procédés de substitution de créancier

55- Le principe de l'incessibilité, obstacle majeur face au développement du commerce, a favorisé l'emploi par les praticiens romains de techniques juridiques permettant de le contourner. GAIUS atteste ainsi l'existence de deux procédés de substitution³⁴ : la novation par changement de créancier et la *procuratio in rem suam* qui se développe à partir de l'époque des procédures formulaires³⁵.

56- La novation a connu, en droit romain classique³⁶, un développement considérable, pour pallier le principe de l'intransmissibilité des obligations. Les romains envisagent l'obligation non comme un élément du patrimoine, transmissible au même titre que les droits réels, mais uniquement comme un lien entre deux personnes qui ne saurait être changé. Au cours de l'évolution, le droit romain, après avoir admis la transmissibilité des obligations à cause de mort, a compris l'utilité d'autoriser leur transmission entre vifs, spécialement de permettre à un créancier de vendre ou de donner sa créance. Il s'est alors efforcé de remédier par des procédés indirects à la carence d'institutions permettant de réaliser directement cette transmission. Les romains imaginèrent d'éteindre, par une seule

³⁴ D'après GAIUS 2, 38, 39 : « si je veux que ma créance devienne la votre, je ne pourrait opérer ce transfert par l'un des modes usités pour transférer les choses corporelles, mais il faudra que, sur mon ordre, vous stipuliez de mon débiteur une novation ou que vous le poursuiviez en justice à ma place » traduit par P. GIDE, *Etudes sur la novation et le transport des créances*, Paris 1879, p. 240.

³⁵ La période des procédures formulaires s'ouvre avec la loi *Aebutia* datée du milieu du 2^{ème} siècle av. JC (J.-P. LEVY, *Histoire des obligations*, Les cours de droit 1995, p. 5). Le procès est lié par le magistrat lui-même qui en rédige le programme pour le juge. C'est le magistrat qui a le pouvoir d'accorder l'action sollicitée par le demandeur ou d'admettre l'exception réclamée par le défendeur (P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 1055 et s.).

³⁶ La période classique correspond aux bouleversements des idées et des faits : Multiplication des actes et des faits juridiques, développement du commerce et de la monnaie, sens pratique des juristes. Cette période, qui est l'une des plus belles du droit romain, couvre la fin de la république, de 146 à 27 avant J.C. et le haut empire, de 27 avant J.C. à 284. Elle se termine avec l'avènement de l'empereur Dioclétien.

opération, l'obligation entre les obligés originaires, pour la faire renaître entre l'un des obligés et le tiers à qui on voulait la transmettre. La novation apparaissait alors comme la conséquence et le correctif nécessaire de cette idée qu'un rapport obligatoire, une fois formé entre deux personnes, ne pouvait plus être modifié dans ses termes³⁷.

57- Plusieurs procédés formalistes étaient utilisés pour opérer novation : Il s'agit d'abord de la *stipulatio* qui était le procédé par excellence³⁸; du contrat *litēris* ou *expensilatio*. *a procuratio in rem suam* est un second procédé qui permettait aussi de pallier l'intransmissibilité des obligations. Le cédant nommait, à qui il voulait céder la créance, mandataire judiciaire tout en le dispensant de rendre compte³⁹. Dans la *procuratio in rem*, il s'agissait de transférer l'usage de la créance, mais non la créance elle-même. Le cédant demeurait titulaire de la créance, mais il autorisait un tiers, le *procurator in rem suam*, à poursuivre son exécution. Le pouvoir d'agir du *procurator* ne nécessitait aucun acte formel ou déclaration vis-à-vis de l'adversaire

³⁷ COLIN ET CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10^{ème}. éd. Dalloz 1948, n° 1521.

³⁸ La *stipulatio* est un contrat solennel, mais d'une solennité élémentaire : il se forme par une interrogation solennelle du créancier (le stipulant) suivie d'une réponse conforme au débiteur (le promettant). A la question du futur créancier : *promets-tu ?*. Le débiteur répond : *je promets*. La réponse devait suivre immédiatement la question, ce qui impliquait la présence des deux parties. La *stipulation* semble donc simple mais l'acte tire toute sa valeur du formalisme, et il faut qu'il soit rigoureusement observé. La simplicité de la stipulation et la rigueur de l'effet qu'elle contenait répondait parfaitement, non seulement, aux besoins de la novation, mais aussi aux besoins commerciaux de la cession indirecte de l'obligation pour laquelle la novation avait été créée. La stipulation pouvait ainsi englober toute sorte de novation, qu'il s'agisse de la novation par changement de débiteur ou de créancier ou de la novation, entre les même parties, d'une obligation morale dépourvue d'action en une obligation civile sanctionnée d'une action en justice. On retrouve là une unité du régime de la novation comme il en est aujourd'hui en droit moderne. La stipulation avait aussi l'énorme avantage de satisfaire l'une des exigences premières pour qu'il y ait novation en droit romain. En effet, on a vu que la novation n'était valable en droit romain que s'il y avait identité d'objet entre l'obligation initiale et l'obligation novée. Or par la stipulation, par exemple, lorsque que l'on voulait changer de créancier, la stipulation de l'objet déjà du était plus aisée : Le futur nouveau créancier (Paul) demandera seulement au débiteur (Jean) sous forme d'interrogation, « me promets-tu ce que me doit Titus (futur ancien créancier) ? ».

³⁹ JACQUES GHESTIN, *La transmission des obligations*, op. cit., p.6, n° 2

dans la procédure. Un accord interne entre le cédant et le cessionnaire (*procurator*) était suffisant.

Le cessionnaire pouvait ainsi faire valoir la créance dans un procès, tout en n'étant pas le titulaire. Il concluait la *litiscontestatio*⁴⁰, acte par lequel l'ancien créancier s'effaçait et le *procurator* devenait bénéficiaire de la créance. Le mandataire judiciaire était habilité, en cas de condamnation du débiteur, à encaisser la créance pour son propre compte.

Cette procédure permettait d'écartier deux inconvénients majeurs de la novation: l'intervention du débiteur, et la perte des accessoires de la créance. La situation du *procurator* était néanmoins précaire, car jusqu'à la *litiscontestatio* du cessionnaire avec le débiteur, l'ancien créancier demeurait titulaire de la créance⁴¹.

58- Des réformes consolidant les droit du *procurator* ont été envisagées et mises en œuvre: D'abord par le bénéfice d'une nouvelle

⁴⁰ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 8ème éd. , par F. SENN, 1929, p. 1072: "La procédure formulaire se déroule schématiquement en deux étapes, la première sous l'hospice d'un magistrat, et la seconde, d'un juge. Un principe de division interdit au magistrat de statuer. La première phase de l'instance s'achève par la *litiscontestatio*, une sorte de novation judiciaire qui fixe le litige. Le magistrat délivre une formule nommant le juge et lui indiquant sa tâche sous forme conditionnelle. Ainsi le magistrat demande au juge de vérifier si quelque chose existe, et selon les cas, d'absoudre ou de condamner".

⁴¹ Tant que la *litiscontestatio* n'était pas conclue, entre le *procurator* et le débiteur, le créancier initial mandant, écarté du procès mais titulaire de la créance, avait la faculté d'intervenir dans le procès, de conclure une *litiscontestatio* pour son compte et d'évincer le *procurator*. Ce n'est que par la *litiscontestatio* que le nouveau créancier mandataire prenait la place de l'ancien, et ce sans que les droits accessoires fussent détruits. Cependant, le recours à la *litiscontestatio* ne supprime pas tous les problèmes de la *procuratio in rem suam*, car il ne s'agissait pas d'un véritable transfert de droits (GHESTIN J. *La transmission des obligations*, op cit., p. 6.). Le créancier initial ne perdrait pas son droit du fait de la *litiscontestatio*, mais seulement la possibilité de faire valoir dans un procès. De même, le *procurator* ne devenait pas titulaire du droit, mais seulement bénéficiaire de la procédure. Outre ce premier obstacle, la *procuratio in rem suam* présentait l'inconvénient de revêtir la nature du juridique mandat, et d'être ainsi librement révocable par le cédant et jusqu'à la conclusion d'une *litiscontestatio*. Aussi, le décès du cédant ou du cessionnaire mettait à terme le mandat, d'où l'idée d'une réforme.

voie de droit, l'*actio utilis*⁴², pour le cas où le mandat du *procurator* avait pris fin par la mort d'une des parties.

59- On envisagea aussi la *denunciatio*. C'est ainsi qu'on a admis que le cessionnaire pouvait avertir le débiteur de l'opération entre le cédant et lui, pour éviter qu'il puisse payer entre les mains du premier. Mais la *denunciatio* n'était pas un fondement de la transmissibilité de la créance, elle avait seulement pour objet d'informer le débiteur de la cession.

60- Quoi qu'il en soit, la transmission des obligations n'était pas théoriquement admise en droit romain même si la pratique la faisait par des procédés de substitution. Il en sera de même dans l'ancien droit français.

2 / La période de l'ancien droit

61- La période de l'ancien droit est en quelque une continuité du droit romain malgré la diversité des règles selon les régions. Cette

⁴² "L'*actio utilis* désigne l'action créée par le prêteur pour étendre l'application des formules de la loi. Le prêteur consacre une telle action dans un cas analogue à celui prévue par la loi bien qu'une condition requise manque. La formule ainsi étendue par une fiction est qualifiée d'utile, par opposition à la formule direct ou vulgaire" (E. CUQ, op. cit., p. 735.). Cette action avait pour fonction de rendre l'action du *procurator* plus indépendante d'une action du cédant. Aussi, était-elle accordée en dehors de toute procédure dans le cas de l'achat d'une succession et d'une *procuratio in rem suam*. Elle était accordée dès lors que les parties avaient décidé de céder un droit (P. GIDE, *Etude sur la novation et le transport de créance en droit romain*, thèse précitée, p. 334 et s.). Par cette action, le cessionnaire n'agissait plus comme un *procurator*, c'est-à-dire en vertu d'un mandat, mais d'un droit qui lui est propre. L'*actio utilis* permettait ainsi une action du cessionnaire en son nom propre, mais le cédant conservait également son droit. Ce qui veut dire que le cessionnaire n'avait une action directe contre le débiteur que s'il a obtenu au préalable un mandat du cédant. D'où la distinction entre l'*actio directe* et l'*actio utilis* du cessionnaire⁴². L'*actio utilis* n'enlevant pas alors au cédant son droit sur la créance, le principe de l'intransmissibilité garde tout son empire: "théoriquement, le droit reste à l'ancien créancier, le principe de l'intransmissibilité est sauf." (R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil allemand*, LGDJ, 3^{ème} éd. 1925, p. 67.) Le débiteur pouvait donc payer entre les mains du cessionnaire, ce qui affaiblissait considérablement le droit du cessionnaire.

diversité des règles est d'ailleurs à l'origine de l'obscurité de cette période quant à l'évolution du droit civil.

Le principe de l'intransmissibilité de l'obligation reste, cependant, durant cette période, largement prédominant⁴³. Les coutumes n'échapperont pas à la fascinante puissance du droit romain. C'est ainsi que le fit remarquer ESMEIN⁴⁴, qui écrit : « *Dans le midi de France, où la coutume avait été profondément imprégnée du droit romain, où les populations vivaient en réalité sous l'empire du droit romain passé à l'état de coutume, les lois romaines, remises en lumière et en honneur, prirent sans difficulté force de loi vivante. Cela se fit naturellement, par le consentement des populations, par l'autorité de la coutume. Ce fut comme un pays qui, ayant perdu ses codes, aurait vécu pendant quelques siècles sur leur seul souvenir et qui les retrouverait un beau jour* ». Un auteur rajoutera que « *la renaissance du droit romain a eu, dans les régions méridionales, une telle influence sur l'opinion, et en particulier sur les magistrats, qu'elle parvient, sauf exceptions, à balayer les coutumes qui avaient cependant résisté, au Moyen-Age, aux premiers effets de la redécouverte des œuvres de Justinien, quitte en a subir un peu plus tard l'influence.* »⁴⁵

62- Le droit des obligations, dans l'ancien droit, n'a pu échapper à cette influence du droit romain et l'application des principes du droit romain ne devait donc faire aucun doute. On écrira d'ailleurs que « *la renaissance du droit romain avait exercé une influence si profonde qu'à partir du XIV^{ème} siècle, d'un bout de la*

⁴³ LEPLAT FREDERIC , *La transmission conventionnelle des créances*, thèse Paris X Nanterre, 2001, p.26, n°10.

⁴⁴ ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, par GENESTAL, 15^{ème} éd. Sirey 1925, p. 681

⁴⁵ ANDRE CASTALDO, *Introduction historique au droit*, 1^{ère} éd. Dalloz 1999, p. 380, n° 1141

France à l'autre, sans distinction de zones, certaines branches du droit privé furent régies exclusivement par les principes des lois romaines. Il en était ainsi en particulier des contrats et obligations »⁴⁶. Ceci sera réaffirmé par un autre auteur⁴⁷ qui écrit : « Il ne s'agit pas seulement du domaine des obligations, pour lequel les techniques romaines ont été reçues depuis longtemps...aussi bien au nord qu'au Midi : de ce fait, la matière présente une unité tout à fait remarquable dans tout le royaume ».

63- L'ancien droit étant donc fortement imprégné par le droit romain, il est normal de penser que le principe de l'intransmissibilité des obligations à titre particulier n'ait pas été entièrement atteint pendant cette période. Ce n'est que par des procédés détournés comme la novation et d'autres techniques que l'ancien droit est parvenu à la substitution de personne dans le rapport juridique. D'ailleurs la novation s'est de plus en plus affinée durant la période de l'ancien de droit. Mme VAN DE WYNCKELE-BAZELA⁴⁸ écrit ainsi : « Une seule remarque mérite cependant d'être formulée : tous les auteurs de l'Ancien droit, après avoir défini la novation en donnant son régime juridique. Ceci prouve clairement que la novation est considérée par tous comme un mécanisme à part entière, disposant d'une nature et d'un régime juridique propres. L'évolution entérinée par Justinien a donc été bien reçue ». Cet auteur rajoutera⁴⁹ plus loin que « durant toute cette période, on peut dire que la novation s'affine, mais rien ne change au fond ».

⁴⁶ ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Ibidem, p.687

⁴⁷ ANDRE CASTALDO, *Introduction historique au droit*, op. cit., p. 382, n° 1146

⁴⁸ Anne VAN DE WYNCKELE-BAZELA , *La notion de novation*, thèse précitée, p. 69, n° 115

⁴⁹ Anne VAN DE WYNCKELE-BAZELA, Ibidem, p. 71, n° 117

64- Si donc la novation s'est affinée pendant la période de l'ancien droit, c'est qu'elle devait être très utilisée et donc pallier l'intransmissibilité des obligations. On peut se convaincre de cette supposition en citant POTHIER⁵⁰. Ce dernier s'est préoccupé de pratique et de jurisprudence même s'il connaît parfaitement le droit romain. A travers ses écrits⁵¹, POTHIER conçoit le droit de créance comme un droit personnel du créancier qui ne peut être cédé entre vifs : « *la créance étant un droit personnel du créancier, un droit inhérent à sa personne, elle ne peut pas, à ne considérer que la subtilité du droit, se transporter à une autre personne* »⁵². Cette cession est cependant possible par héritage, car l'ayant droit poursuit la personne du *de cujus*. POTHIER recommande pour éviter cette intransmissibilité d'employer le mandat judiciaire ou la *procuratio in rem suam*.

B/ L'analyse du code civil

65- Le code civil ne donne aucune définition de l'obligation. Il ne définit que le contrat qui est une de ses sources⁵³. La doctrine contemporaine la définit cependant, comme « *un lien de droit en vertu duquel un individu, le créancier, a le droit de réclamer à un autre, le débiteur, l'exécution d'une prestation* »⁵⁴.

⁵⁰ Conseiller au Présidial d'Orléans (1720), POTHIER, né en 1699, devint professeur de droit français à l'Université d'Orléans, où il succédait à PREVOT DE LA JANNES, en 1749. Il cumule les deux fonctions jusqu'à sa mort en 1772. Bon romaniste, mais adepte de l'école du droit naturel, POTHIER publie en 1748 des « *Pandectes* » remises dans un ordre logique, « *naturel* ». Quelques années plutôt (1740), il avait publié un *commentaire de la coutume d'Orléans*, en collaboration avec PREVOT.

⁵¹ POTHIER, *Traité du contrat de vente*, in *œuvre de Pothier*, nouvelle édition, tome IV, Paris 1818, p. 317, n° 550.

⁵² POTHIER, *Traité du contrat de vente*, in *Œuvres complètes*, Paris, réédité par ROGRON et FIRBACH, 1835, § 551, p. 755

⁵³ Il y a aussi le délit ou le quasi-délit.

⁵⁴ G. RIPERT ET JEAN BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. II, 1957, p. 1 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris 1887, p. 9 ; CORNU, *vocabulaire juridique* ; PH. MALAURIE ET L. AYNES, *droit civil, les obligations*, 6ème éd. Cujas, n°2 ; FR. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 6ème éd. 1996, n° 2.

66- Cette définition moderne de l'obligation trouve son origine dans la définition de Justinien et celle de Paul.

Justinien définit l'obligation comme « *un lien de droit par lequel nous sommes astreints d'une manière nécessaire à payer quelque chose, conformément au droit de notre cité* »⁵⁵.

Pour Paul, « *l'obligation consiste essentiellement en ce que quelqu'un est astreint à faire ou à donner quelque chose au profit d'une autre personne, son créancier* »⁵⁶.

67- Il résulte clairement de ces définitions que le rapport d'obligation est conçu comme une relation personnelle qui s'établit entre le sujet actif et le sujet passif du rapport obligatoire, et qu'il ne peut être transmissible, ni à cause de mort, ni entre vifs, puisque le titulaire de ce droit, en cas de transmission, aurait changé⁵⁷. L'obligation, dans sa conception primitive, ne pouvait pas donc survivre à un changement de débiteur ou de créancier.

68- Un certain nombre de dispositions du code civil témoignent de l'adoption de cette conception subjective de l'obligation en droit français, conformément à la tradition romaine.

69- Parmi celles-ci, on peut relever que, en matière successorale, la transmission du patrimoine du défunt à ses héritiers repose sur la fiction de la continuation de la personne du *de cujus* par

⁵⁵ Justinien, Les institutes, III, 13, pr. 1 : *Obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura.*

⁵⁶ Paul, Digeste, XLIV, 73 Pr.

⁵⁷ L'adoption de cette théorie conduit, en principe, à retenir l'intransmissibilité des droits à cause de mort. Pour contourner cette difficulté, il a été nécessaire de recourir à une fiction selon laquelle l'héritier continue la personne du défunt.

ses héritiers. Cette fiction s'avère nécessaire car le patrimoine est classiquement conçu comme « l'ensemble des biens d'une personne envisagés comme formant une universalité de droit »⁵⁸. Il est « une émanation de la personnalité, une expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie »⁵⁹. Parce que le patrimoine est intrinsèquement attaché à la personne, il n'est, en principe, pas transmissible. Ce principe reçoit exception quand la personne décède puisque l'on considère alors que l'héritier est censé revêtir la personnalité du défunt, qui survit en lui ; l'héritier devient ainsi titulaire du patrimoine.

70- Le caractère personnel de l'obligation apparaît également à travers les règles relatives à l'exécution des obligations. En effet, au XIX^{ème} siècle, le débiteur qui ne payait pas ses dettes était publiquement déshonoré, maltraité par la législation, à la limite du droit pénal et du droit civil.

71- Parce que, dans le code civil, l'obligation est envisagée comme un rapport de personne à personne, la considération pour la volonté et la psychologie des individus inspire un grand nombre de dépositions relatives à la création des obligations, d'une part, et à leur circulation, d'autre part.

72- En matière de création d'obligations, il est ainsi admis que le contrat, source essentielle des obligations, naît de la rencontre des volontés. Le contrat, accord des deux personnes entre lesquelles il établit ce lien personnel, puisant sa force contraignante dans l'autonomie de la volonté, limité dans ses effets, par la théorie de la

⁵⁸ AUBRY et RAU, Cours de droit civil français selon la méthode de ZACHARIAE, Tome IX, par E. BARTIN, 5^{ème} ed., 1917, n 573, p. 333.

⁵⁹ AUBRY et RAU, op. cit., n573, p. 335.

relativité des conventions, aux rapports personnels qu'il établit, contribue à accuser dès la naissance de celle-ci le caractère foncièrement subjectif, essentiellement personnel de l'obligation⁶⁰.

73- En matière de circulation des obligations, les règles posées en 1804 témoignent d'une attention particulière portée au rapport personnel entre le créancier et le débiteur. Le silence du code civil quant à la cession de dette est à cet égard particulièrement éloquent.

Cet ensemble d'observations révèle l'attention portée au rapport interpersonnel entre le créancier et le débiteur.

Cette conception subjective tient en deux éléments : l'obligation est consubstantielle à sa source ; le lien personnel est indéniable.

1 / L'obligation est consubstantielle à sa source

74- Comme le rappellent des auteurs⁶¹ : « *le code civil de 1804 a fait du contrat la source essentielle de l'obligation, celle-ci devant naître d'abord et essentiellement de la rencontre de volontés de ses sujets et plus particulièrement du libre engagement du débiteur. Le contrat, accord des deux personnes entre lesquelles il établit ce lien personnel, puisant sa force dans l'autonomie de la volonté, limité dans ses effets, par la théorie de la relativité des conventions, aux rapports personnels qu'il établit, contribue à accuser dès la naissance de celle-ci le caractère foncièrement subjectif, essentiellement personnel de l'obligation* ». C'est vrai, on pourrait objecter dans cette analyse le caractère des obligations qui ont une source extra contractuelle.

⁶⁰ G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations, tome 1, Les sources, op. cit. n 3.

⁶¹ G. MARTY ET P. RAYNAUD, *droit civil, les obligations, t. II, le régime*, par PH. JESTAZ, Sirey 2éme éd. 1989, n°...

75- Cependant, comme le rappelle l'auteur lui-même, « *l'objection ne peut pas tenir si nous considérons les obligations purement légales comme exceptionnelles et les autres résultant d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé* »⁶², le plus souvent d'une faute, source de responsabilité que la théorie classique conçoit encore comme essentiellement subjective⁶³.

2 / Le maintien nécessaire de la personnalité du lien d'obligation

76- Dans cette analyse, l'obligation étant un lien de droit entre deux personnes, il apparaît que le débiteur et le créancier sont des éléments essentiels de celle-ci. En conséquence, c'est rompre ce lien que de changer de débiteur ou de créancier.

77- Cette conception de l'obligation explique sans doute le maintien, par le législateur, de la novation par changement d'une des parties et de la délégation de créance⁶⁴. Il convient, dès lors, de tenter d'expliquer le mécanisme de la novation dans le code civil à l'aide de l'analyse subjective de l'obligation. Cette dernière étant, d'ailleurs, en droit français, l'analyse traditionnelle et dominante⁶⁵.

78- Cependant, l'admission par le code civil de certains mécanismes comme la cession de créance sans qu'il y ait novation, montre que l'analyse subjective de l'obligation, même si elle fonde le

⁶² Article 1370 du code civil.

⁶³ Sur l'effritement de cette conception subjective de la responsabilité civile, V. G. VINEY. Sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, introduction à la responsabilité*, 2ème éd. LGDJ 1995, n°19, p. 24.

⁶⁴ HENRY, LEON et JEAN MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations "théorie générale"*, 9ème éd. Montchrestien 1998, par FRANCOIS CHABAS, tome II/ Premier volume, p. 12

⁶⁵ G. MARTY ET P. RAYNAUD, *droit civil, les obligations, t. II, le régime*, par PH. JESTAZ, Sirey 2ème éd. 1989, p. 7

mécanisme de la novation par changement de personne, n'exprime pas à elle seule tout le contenu de notre droit des obligations⁶⁶.

II/ L'analyse de la novation par changement de créancier au regard de la conception objective de l'obligation

79- Pour des considérations d'une adaptation nécessaire des activités économiques et commerciales en perpétuelle mutation et des risques de paralysie des échanges, le législateur a prévu dans les articles 1689 et suivants du code civil la possibilité d'une cession de créance.

N'y a-t-il pas là un changement de personne dans le rapport d'obligation plus aisée que la technique de la novation. On a même souvent souligné l'inutilité du maintien de cette novation par changement d'une des parties par les rédacteurs du code, lorsqu'on sait, en effet, qu'une partie peut se substituer à une autre dans un rapport d'obligation sans qu'il y ait pour autant novation. Les exemples tirés de la cession de créance montrent que le législateur comme la jurisprudence ne présentent pas nécessairement la modification de sujet de l'obligation comme emportant novation. La règle semble acquise que, dans la cession de créance, la nouvelle personne se greffe dans le rapport de d'obligation originaire au lieu de le reconstituer avec son cocontractant. C'est donc le même lien de droit sans altération de celle-ci qui continue entre les parties. La novation par changement de personne s'avère dès lors avoir perdu sa spécificité théorique.

⁶⁶ EMMANUEL JEULAND, « *Essai sur la substitution de personnes dans le rapport d'obligation* », Thèse Rennes 1996, p. 6, n° 5 : Qui considère que les deux conceptions données de l'obligation ne sont pas incompatibles « *les domaines de ces différentes analyses de l'obligation paraissent, en effet, distincts. Certaines obligations présentent ainsi un caractère objectif accentué et peuvent faire l'objet d'une cession. D'autres obligations conservent un caractère subjectif ... et ne peuvent être cédées.*

A/ Présentation de la conception objective

80- Il est possible d'isoler deux causes principales à l'émergence et au développement d'une analyse objective de l'obligation.

La première cause résulte des travaux de certains comparatistes français du début du 20^{ième} siècle, dont les deux principaux représentants sont SALEILLES et GAUDEMET. Se fondant sur l'analyse du droit personnel retenue en droit allemand, ces auteurs ont, en prônant l'adoption d'une telle conception, créé un environnement doctrinal favorable au développement de cette analyse en France.

Le second facteur d'explication est contemporain et résulte de la modification du comportement économique des sujets, personnes physiques ou morales, de l'obligation.

1 / Genèse doctrinale de l'analyse objective de l'obligation.

81- La conception objective, en ce qu'elle tend à faire abstraction des sujets, met l'accent sur le fait que l'obligation est un élément du patrimoine et qu'elle représente une valeur dans ce patrimoine. Du côté du créancier, il s'agit d'un élément qui doit figurer dans l'actif du patrimoine, du côté du débiteur, il s'agit d'un élément qui figure dans le passif du patrimoine. GAUDEMET⁶⁷ écrit ainsi: "*En droit moderne, sans perdre son caractère de lien entre deux personnes, elle (l'obligation) en a pris autre: elle est une valeur patrimoniale pour le créancier, une charge patrimoniale pour le débiteur. Elle*

⁶⁷ E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898, p. 30.

devient ainsi indépendante de la personnalité des sujets actifs ou passifs qui peut changer sans que l'obligation en soit affectée. D'où la transmissibilité active ou passive". Considérée à ce point de vue, *"l'obligation se détache de la personnalité des parties qui en constituent les deux termes et devient un rapport juridique susceptible d'une valeur pécuniaire indépendante des personnes entre lesquelles elle existe."* Ce qui importe, c'est la valeur de la prestation. L'auteur observe encore que la reconnaissance du transport de dettes à titre particulier se justifie pour « *faciliter les paiements sans déplacement de numéraire* ». Cependant, « *cette nécessité n'apparaît que dans une société où les relations commerciales sont très développées et le crédit fortement organisé* »⁶⁸ ; ce qui était le cas de la société française depuis, au moins, la fin du XIX^{ème} siècle⁶⁹. La conception subjective devrait donc être tempérée par la prise en compte de l'objet de l'obligation.

82- C'est certainement SALEILLES qui a introduit cette conception objective de l'obligation en France.

Afin de justifier la prise en compte du patrimoine plutôt que la personne, cet éminent auteur considérait que « *l'obligation est constituée par le fait promis, apprécié au point de vue de sa valeur pécuniaire. Considérée à ce point de vue, l'obligation se détache de la personnalité des parties qui en constituent les deux termes et devient un rapport juridique susceptible d'une valeur pécuniaire indépendante des personnes entre lesquelles elle existe* »⁷⁰. Ainsi cette acception ne se cristallise pas sur la personnalité du sujet passif de l'obligation qui

⁶⁸ E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898, p. 186

⁶⁹ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951, reprint 1992, n° 12, p. 30 et s.

⁷⁰ R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, Paris, 2^{ème} éd., 1901, n° 80, p. 71.

doit exécution, mais sur l'objet de l'exécution. L'objet de l'obligation représente une valeur patrimoniale. C'est afin d'obtenir cette valeur que le créancier a contracté. La personne du sujet actif devient alors relativement indifférente. Ce qui importe, c'est la valeur de la prestation. SALEILLES soulignait ainsi : « *ce que veut le créancier, c'est le résultat qu'il attend de la prestation ; il lui importe peu que ce résultat lui soit procuré par tel ou tel. Sans doute, la personne du débiteur lui importe pour la garantie de la créance ; mais la garantie de la créance n'est pas l'essence de l'obligation* »⁷¹. Cette valeur figurera pour le créancier à l'actif de son patrimoine et pour le débiteur au passif de son patrimoine. Plus précisément, LEREBOURGS-PIGEONNIERE soulignait que l'analyse objective de l'obligation ne signifie pas « *que la dette cesse d'être une prestation personnelle* » mais que « *la promesse d'un service volontaire, dans la généralité des cas, peut engager indifféremment n'importe qui au profit de n'importe quel créancier* »⁷². La seule exception qui est de nature à faire obstacle à cette approche objective résulte de l'existence d'une forte dose d'*intuitus personae*. En effet, si l'obligation a été expressément stipulée intransmissible, elle ne pourra alors faire l'objet d'une cession.

Cette évolution dans la conception de l'obligation, prônée par ces éminents auteurs⁷³, aboutit à analyser l'obligation⁷³ comme un lien de droit entre deux patrimoines.

⁷¹ R. SALEILLES, *ibidem*, n° 82, p. 74.

⁷² P. LEREBOURGS-PIGEONNIERE, *La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris 1914, p. 402.

⁷³ Saleilles ne contestait cependant pas que le code civil reflétait une image subjective du rapport personnel et était silencieux sur la cession de dette. Cependant il réalise une comparaison avec le code civil autrichien qui a progressivement admis la cession de dette et le code civil allemand qui reconnaît expressément cette institution, pour souligner que cette opération pouvait se réaliser dans le silence de la loi. : R. SALEILLES, *De la cession de dettes*, Ann. Dr. Com. 1890, doct., n° 40, p. 43.

Toutefois, cette approche, développée au début du XXIème siècle, n'a pu réellement s'imposer qu'encouragée par l'évolution de l'environnement économique ⁷⁴ :

83- Le premier facteur important concerne le développement et l'accélération du mouvement de dématérialisation de pans entiers du droit privé. La dématérialisation peut être définie au sens large comme consistant tout d'abord à ne plus prendre en compte le bien lui-même mais les droits qui portent sur lui ⁷⁵, et dans un sens plus restreint comme la suppression de l'*instrumentum* matérialisant ce droit au profit d'une inscription dématérialisée ⁷⁶. Les incidences sur les classifications traditionnelles sont nombreuses puisqu'on ne prend plus alors en compte la nature du bien mais sa valeur patrimoniale ⁷⁷. La notion de valeur permet alors de détacher l'obligation ou plus exactement la prestation stipulée de la personne des contractants au profit d'un rattachement aux patrimoines de ces personnes.

84- Le second facteur économique déterminant dans la consécration d'une approche patrimoniale de l'obligation résulte du développement de l'endettement et des principes gouvernant son traitement juridique. L'endettement n'a été réellement pris en compte

⁷⁴ V.L. VENIAMIN, *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, Thèse Paris, 1930, p. 226 : « l'action des données économiques sur l'élaboration de l'obligation civile lui a fait gagné une physionomie à beaucoup d'égards bien différente de celle que lui avait donné le code civil de 1804 ».

⁷⁵ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, tome III, Dalloz 1959, n° 477, p. 154. ; R. SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz 1979, n° 24 et 25, p.32 et s.

⁷⁶ Le mouvement de dématérialisation ne peut que s'amplifier sous la poussée de l'évolution des techniques qui obligent à une nouvelle interprétation de la notion d'écrit : la réforme du droit de la preuve par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 en offre une illustration particulièrement flagrante. voir par exemple : F.G. TREBULLE, L'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire, *Rev. dr. banc. fin.*, 2000, p. 114.

⁷⁷ R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, R.T.D. civ. 1958, n° 28, p. 344. Il apparaît toutefois nécessaire de ne pas généraliser cette prise en compte de la valeur à outrance jusqu'à effacer toutes distinction entre les biens matériels et les biens immatériels ; *contra*. A.

par le droit civil qu'avec l'ouverture du crédit aux particuliers⁷⁸. En effet, le recours systématique au crédit conduit à l'apparition de situations de surendettement. Des techniques spécifiques d'apurement du passif ont alors dû être mises en place. Ces procédures sont prévues par les articles L. 331-1 et suivants du code de la consommation⁷⁹. Quels que soient leurs *ratio legis*, ces procédures de traitement de l'endettement et du surendettement des particuliers et des entreprises supposent que des atteintes à la force obligatoire des engagements pris par le débiteur soient réalisées mais également que les obligations qui découlent de ces engagements puissent circuler.

85- Le premier effet qui résulte de la conjugaison des travaux doctrinaux du début du siècle et de l'apparition de nouveaux comportements économiques est la consécration contemporaine d'une analyse patrimoniale ou objective de l'obligation.

2 / La reconnaissance d'une approche objective et ses incidences sur la novation par changement de créancier

86- Les auteurs contemporains, tout en reconnaissant que l'obligation demeure un lien de droit entre un créancier et un débiteur, constatent, toutefois, que ce lien, au lieu d'unir la personne du créancier à celle du débiteur, constitue une valeur patrimoniale unissant le patrimoine du créancier à celui du débiteur⁸⁰. Il apparaît

PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel, Essai d'approche de la notion de bien*, Mélanges M. de Juglart, LGDJ 1986, p. 61.

⁷⁸ X. LAGARDE, *L'endettement des particuliers, Etude critique*, LGDJ 1999, n° 11, p. 35 : cet auteur explique cette généralisation du recours au crédit à travers ses fonctions qu'il caractérise comme le « moyen d'accéder à la propriété », et « d'homogénéiser les niveaux de vie ».

⁷⁹ Ces articles sont issus de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 dite loi NEIERTZ ; S. NEUVILLE, *Le traitement planifié du surendettement, réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuses et contentieuses*, R.T.D. com., 2001, p. 31 et s.

⁸⁰ V. par. ex. G. MARTY, P. RAYNAUD, tome I, *Les sources*, 2^{ème} éd. Sirey 1987, n° 4 et s., p. 5 et s.

alors détaché de la personne proprement dite du sujet actif et du sujet passif. Cette doctrine affirme aussi que la reconnaissance de cette analyse n'est pas antithétique de l'analyse subjective mais au contraire complémentaire. En effet, ce lien demeure personnel ; par ailleurs, si l'obligation comporte une dose d'*intuitus personnae*, elle demeure attachée à la personne du débiteur et du créancier et ne pourra plus circuler sauf accord exprès des deux parties⁸¹.

Il est alors important de constater que si la personne du débiteur ou du créancier devient relativement indifférente, la définition de l'obligation va alors se cristalliser sur l'objet du droit. Mme GJIDARA constate ainsi : « *Dans l'obligation moderne, le centre de gravité s'est déplacé du sujet vers l'objet de l'obligation ; il ne se situe plus dans le lien entre deux personnes, mais dans la prestation stipulée.* »⁸²

87- Cette conception objective de l'obligation a eu des répercussions sur la novation.

En effet, la novation par changement de créancier permet de pallier le principe de l'intransmissibilité de l'obligation par un procédé détourné. Cette fonction de la novation qui permet de prendre en compte la mesure de la personnalité du lien d'obligation n'est pas contestée. On perçoit alors aisément les incidences de l'analyse objective de l'obligation sur la spécificité théorique et pratique de la novation. En se détachant de la personne du débiteur et du créancier, l'obligation va pouvoir circuler plus aisément. Ce n'est plus la personne du débiteur ou du créancier qui constitue son centre mais la

⁸¹ E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préface L. CADIET, LGDJ 1999, n° 5, p. 6 ;

⁸² S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, préface A. Ghozi, LGDJ 1988, n° 182, p. 148.

prestation légitimement attendue par le créancier. Or la novation présente cette spécificité de considérer la personne qui en est titulaire. Ainsi la conception patrimoniale de l'obligation conduit à réduire les spécificités de la novation par changement de créancier.

Cette atténuation du rôle de la novation par l'admission d'une transmissibilité de l'obligation pourrait faire douter de la vitalité de la novation par changement de créancier en pratique.

Toutefois, nous le verrons⁸³, la novation par changement de créancier a un champ d'application beaucoup plus large que la cession de créance et que, malgré cette admission, la cession de dette reste toujours en droit français inconcevable.

Cela s'explique bien évidemment par l'incohérence de l'analyse objective de l'obligation.

B/ Critique de la conception objective

88- La conception objective, tout en reconnaissant que l'obligation demeure un lien de droit, affirme, toutefois, que ce lien, est aussi une valeur patrimoniale, donc susceptible de cession. C'est une conception dualiste de l'obligation.

89- Si l'analyse de la patrimonialité de l'obligation peut présenter un intérêt doctrinal certain en ce qu'elle propose une explication commode de certaines institutions comme l'engagement unilatéral de volonté et la cession de créance, elle ne peut convaincre que dans une scission possible de l'obligation ; ce qui serait un

⁸³ Dans la section 2 de ce chapitre.

raccourci inacceptable sur le plan juridique. Sans doute, derrière la personne du débiteur, c'est le patrimoine qui est assujéti, ce qui permet, dans une certaine mesure, de présenter l'obligation comme une valeur, voire comme un bien *lato sensu*⁸⁴.

90- Toutefois, l'obligation, même envisagée du côté du créancier, reste avant tout un rapport de droit entre deux personnes.

En réalité, l'analyse objective est surtout fondée sur l'utilité économique de la cession de créance. Et il est vrai que entre le droit et l'économie⁸⁵ il y a eu alternativement des rapports d'incompatibilité et d'antagonisme, puis de compréhension et de confusion. Mais au-delà de l'intérêt réciproque et compte tenu de l'ampleur de la remise en cause des fondements du droit des obligations, il convient de se demander s'il n'y a pas une phagocytose du premier par le dernier.

91- Il est aussi vrai que la référence en droit et en économie est la même : c'est l'individu. Ceux pour qui le droit se ramène « à un état d'optimum économique » et constitue le soubassement de l'économie, voient le droit des obligations comme un instrument économique, un fait économique. Cette conception instrumentaliste du droit des obligations conduit à une dénaturation de celui-ci, par rejet de sa logique et de sa dimension humaine, et cela revient à rétrograder les principes du droit des obligations à de simples impératifs de la vie économique, impératifs qui seraient eux-mêmes contingents en

⁸⁴ Le concept de « bien » a considérablement évolué vers l'abstraction. Loin de regrouper uniquement les choses qui en ont un support matériel, la notion recouvre désormais tout ce qui est traductible en argent. En ce sens : A. PIEDELIEVRE, « *Le matériel et l'immatériel, essai d'une d'approche de la notion de bien* », Etudes M. DE JUGLARD, 1986, p.55 et s.

⁸⁵ Sur les rapport entre droit et économie, voir : B. OPPETIT, « *Droit et économie* », Arch. de Phil. du Droit, 1993, tome 37, p. 17 ; Voir également J.M. POUGHON, « *Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat* », in Le contrat, Droit – Rev. Franc. de Th. Jur., 1990, n° 12, p. 49.

fonction des variations de cette dernière, de l'instabilité qui lui est inhérente et qui la caractérise.

Il est donc nécessaire, pour lutter contre tout empirisme anarchique, que la science juridique repose sur un maniement des idées s'appuyant sur des piliers articulés dans une logique. L'exigence concrète économique et sociale est un facteur qui, à elle seule, ne peut fonder la science du droit. Elle doit plutôt intégrer le raisonnement juridique mais ne saurait se suffire à elle-même. Certes, le droit doit s'adapter aux réalités positives de la vie des affaires d'où l'élasticité des concepts et la mutabilité des règles inhérentes à sa spécificité. Mais cela ne doit nullement exclure une modulation de ces réalités positives en fonction de valeurs supérieures.

92- Cette remarque légitime une question fondamentale : peut-on vraiment céder une obligation ?

La réponse à cette question montrera que la novation par changement de créancier a pour fondement le principe de l'intransmissibilité de l'obligation : si l'obligation est cessible, la novation par changement de créancier n'a aucune spécificité théorique. En revanche, si l'obligation est incessible, ce que nous allons démontrer, la novation garde toute sa spécificité théorique.

Paragraphe deuxième : L'intransmissibilité naturel de l'obligation : fondement de la novation par changement de créancier

93- Si nous retenons la conception subjective, c'est-à-dire que l'obligation est à la fois un lien de droit et une valeur économique, on

recense *de plano* deux obstacles à sa cessibilité : l'un est de principe et concerne le principe de l'effet relatif des conventions ; l'autre est d'ordre technique et est relatif à la permanence du lien personnel en cas de cession.

I/ L'obstacle de principe à la cessibilité de l'obligation : le principe de la relativité des conventions

94- L'atteinte au principe de la relativité des conventions⁸⁶ semble avérée à partir du moment où le débiteur-cédé va devenir débiteur d'une autre personne en vertu d'un contrat auquel il n'est pas parti. Le cédé est tiers au contrat de cession qui a fait naître la créance du cessionnaire. Le cédé, touché par le contrat de cession, est alors obligé par une convention à laquelle il n'a pas été partie et demeure étranger. La situation générée par le contrat de cession peut donc assujettir une personne, en raison de sa qualité de débiteur d'une des parties contractantes. Le contrat ayant pour objet le transfert d'une créance se répercute directement sur le débiteur cédé qui pourtant n'y a pas consenti. Il se voit imposer un nouveau créancier.

95- Cette atteinte au principe de l'effet relatif des conventions est justifiée par la doctrine par deux séries d'explications qui n'emportent pas la conviction :

⁸⁶ Il faut distinguer le principe de l'effet relatif des conventions et l'effet relatif de l'obligation. Un auteur, A. WEILL (Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, Dalloz 1938, n° 80), a dénoncé la fréquente confusion entre l'effet relatif des conventions et l'effet relatif de l'obligation. Les rédacteurs du code ainsi qu'une partie de la doctrine ramènent l'effet relatif du contrat à l'effet relatif de l'obligation. Or, selon A. WEILL, l'effet relatif des conventions fait que des obligations ne peuvent être créées qu'en faveur ou à la charge des parties contractantes ; l'effet relatif de l'obligation fait que seules ces dernières peuvent en demander l'exécution ou y être astreintes. Du point de vue de la cession de créance cette confusion a peu de conséquences lorsque l'ayant cause exige l'exécution d'un contrat entre son auteur et le débiteur. En revanche, cet effet relatif de l'obligation pourrait être en jeu lorsque la créance transmise provient d'un délit ou d'un quasi-délit. Encore que, dans ce dernier cas, la créance doit être constatée par le juge, et l'exigence d'un intérêt à agir suffit à écarter l'atteinte qui pourrait être portée au principe.

D'abord, un premier courant doctrinal justifie cette atteinte par la qualité de débiteur-cédé. En effet, cette doctrine a pu discuter de la qualité de « véritable tiers »⁸⁷ du débiteur-cédé à la cession. Ainsi pour M. AYNES : « *Sans être partie au contrat de cession, le débiteur cédé n'est pas tiers vis à vis du cessionnaire ; il devient instantanément son cocontractant, parce que la cause de l'obligation née du contrat créateur originaire est, en principe, maintenue en dépit du changement de créancier* »⁸⁸. Pour M. LARROUMET, « *Le débiteur cédé ne peut être considéré comme un véritable tiers au contrat de cession* », puisque cette opération « *est destinée à produire un effet directement dans sa personne et dans son patrimoine* »⁸⁹. Pour M. GHESTIN, « *l'objet même de la cession de créance, qui est un rapport personnel, interdit de considérer le débiteur cédé comme un tiers véritable* »⁹⁰.

En définitive, pour ces auteurs, c'est parce que le débiteur cédé est partie au lien d'obligation cédé ou même au contrat générateur de la créance cédée, qu'on lui discute la qualité de tiers à l'acte de cession.

Mais, à moins de redonner une nouvelle définition à la notion de tiers à un contrat, le débiteur cédé, même s'il n'est pas tiers à l'obligation originaire, l'est quand même à la conclusion de la cession à laquelle il n'a pas consentie. C'est le consentement et le seul

⁸⁷ J. GHESTIN, *La distinction des parties et des tiers au contrat*, JCP 1992, I, 3628 ; J-L. AUBERT, *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, RTD. Civ., 1993, p. 623 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*, RTD. Civ., 1994, p. 275 ; J. GHESTIN, *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*, RTD civ., 1994, p. 777.

⁸⁸ L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Economica, n° 20, p. 31 et s.

⁸⁹ CH. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse, n° 31, p. 56 : L'auteur en déduit que la cession de créance ne peut être assimilée au transfert de réel.

⁹⁰ J. GHESTIN, *in la transmission des obligations*, op. cit., p. 27, n° 36.

consentement qui peut attribuer la qualité de partie à un contrat. La seule qualité de partie à l'obligation cédée ne suffit pas à expliquer l'atteinte au principe de l'effet relatif du contrat de cession.

D'autres ont qualifié le débiteur cédé de « tiers intéressé »⁹¹, mais cette dénomination n'emporte pas non plus conviction, dans la mesure où il existe en droit beaucoup de situations où des personnes sont intéressées par un acte juridique sans pouvoir prétendre à la qualité de partie ; si l'on devait donc considérer ce critère d'intéressement, on éliminerait purement et simplement le principe du code civil ; d'où l'insuffisance de cette théorie.

Ensuite, le deuxième argument avancé pour justifier l'atteinte au principe de la relativité des conventions en la matière est que : la cession de créance n'entraîne pas une aggravation de la situation du débiteur. Que la cession entraîne seulement une modification de la personne du créancier mais ne change pas la créance elle-même. Selon cette doctrine, l'atteinte au principe de la relativité des conventions, même si elle est incontestable se justifie, par une première lecture abandonnée de l'article 1165 du code civil. En effet, un auteur relève que l'une des lectures traditionnelles de l'article 1165 peut non seulement expliquer l'originalité du statut de la transmission conventionnelle des créances au regard de l'effet relatif des conventions, mais justifier cette opération⁹². L'article 1165 dispose que les conventions « ne nuisent point aux tiers, et elle ne lui profitent » que dans le cas d'une stipulation pour autrui. Selon l'une des interprétations de ce texte, les termes nuire et profiter sont employés dans le sens qu'ils ont dans le langage courant, « les

⁹¹ PH. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, thèse LGDJ 2000, préface de J. HAUSSER, p. 393.

⁹² LEPLAT. F., *La transmission conventionnelle des créances*, op. cit., p. 216

conventions ne doivent causer aucun préjudice matériel, économique aux tiers, et ceux-ci ne pourraient en tirer aucun avantage du même ordre⁹³. La cession de créance répondrait à cette exigence, même du point de vue du débiteur. Le changement de créancier n'aggrave pas la situation du débiteur ou, du moins, l'utilité de la transmission du point de vue du créancier l'emporte en principe sur les inconvénients à l'égard du débiteur. Autrement dit, dès lors que l'opération ne modifie pas la source de l'obligation du débiteur, sa situation ne change pas à la suite de la transmission. Dans la mesure où les éléments patrimoniaux l'emportent sur les éléments personnels, l'atteinte à l'effet relatif se justifie du côté du créancier par l'utilité de l'opération et du côté du débiteur par le fait même qu'elle ne nuise pas à ses intérêts.

96- Cependant, si cette opinion explique l'atteinte au principe de la relativité, elle ne la justifie pas scientifiquement. Cette doctrine se borne seulement à décrire l'utilité de la cession de créance et non sa justification au point de vue scientifique. Elle ne dit pas en quoi et sur quel fondement un tiers peut être tenu à une convention dont il n'a pas été parti.

97- La seule justification possible semble se trouver dans la loi. En effet, si un tiers devient débiteur d'une personne avec laquelle il n'a pas contracté, c'est uniquement parce que c'est la loi qui a organisé cette relation avec une vigueur d'ailleurs particulière. Autrement dit, c'est parce que la loi, en consacrant la cession de créance, consacre par là même une exception au principe de l'effet relatif de la convention de cession.

⁹³ A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse précitée, n° 78,

II/ L'obstacle technique de la permanence du lien personnel lors de la cession

98- Même si aujourd'hui, on prétend que, dans la cession de créance, c'est l'obligation elle-même qui transmise⁹⁴ et qu'elle constitue, non seulement un lien de droit entre deux personnes, le créancier et son débiteur, mais aussi une valeur, " *un véritable bien, au sens juridique et économique du terme*"⁹⁵, cette représentation duale de la créance n'explique cependant pas la permanence du lien de droit lors du transfert de la créance. Rien, du moins à notre connaissance, dans la structure de l'obligation ne permet d'expliquer le maintien du lien de droit dans cette opération. A moins d'accepter que ces deux éléments, l'aspect personnel et l'aspect patrimonial, ont une existence indépendante.

A/ L'insuffisance des théories justificatives proposées

99- La permanence de ce lien revêt une importance considérable, surtout quant à la technique juridique et au fondement de la transmission des actions personnelles nées du contrat d'où la créance est issue.

Certaines constructions justificatives ont été avancées, mais elles n'emportent pas conviction.

p. 141

⁹⁴ Relativement au débat sur ce qui est véritablement cédé : l'obligation ou les droit qu'elle confère.

⁹⁵ J. GHESTIN, « *la transmission des obligations en droit positif français, travaux des IX^{ème} journées d'étude juridiques* J. DABIN, LGDJ 1980, p.1, n°1.

100- **La considération de la seule valeur économique de la créance** : Selon certains auteurs, la valeur économique attachée à la créance expliquerait sa possible transmission⁹⁶.

On a déjà montré l'insuffisance de cette théorie quant à la réalité de l'obligation en tant que lien de droit. Il est vrai que, le droit de créance, face active de l'obligation, représente pour son titulaire une indéniable substance patrimoniale.

Mais la transmission de la créance ne dépend pas de cette caractéristique.

D'abord, parce que la créance ne se réduit pas à un bien figurant dans le patrimoine du créancier; elle forme le côté actif d'un lien d'obligation entre deux personnes. L'obligation restreint la liberté d'une personne déterminée. Ainsi, fondant la transmission de l'obligation sur les seules considérations économiques, on gagne en économie ce qu'on perd en clarté.

En ce qu'elle se fonde donc non sur un mode de raisonnement, mais sur l'expression d'un jugement de valeur porté sur un résultat, en l'espèce l'utilité économique de céder une créance, la cession de créance se trouve dépourvue de toute vertu explicative par rapport à la réalité technique et scientifique de l'obligation dont on ne peut nier l'implication indéniable du lien personnel.

Ensuite, certaines créances comme le droit aux aliments, pourtant parfaitement évaluables en argent, demeurent intransmissibles, hors du commerce.

⁹⁶ M. DE JUGLART, *Obligation réelle et servitudes*, Thèse bordeaux 1937, p. 50 et s. ; E. GAUDEMET,

La valeur économique de la créance « *explique tout au plus l'intérêt de sa transmission, non son économie au sens structurel du terme. Il s'agit plutôt d'une description, d'un simple constat que d'une véritable justification* »⁹⁷. Cette opinion est partagée par M. AYNES qui écrit : « *La créance est bien un élément du patrimoine, une valeur économique. Mais c'est la conséquence, plutôt que la cause, de sa cessibilité* »⁹⁸

101- La transmission des accessoires. Puisqu'il s'avère impossible de saisir le concept de transfert de créance au moyen des notions de patrimonialité, la théorie de l'accessoire a été proposée comme élément justificatif de celui-ci. En effet, certains auteurs recourent à la notion d'accessoire comme critère pour justifier la permanence du lien personnel⁹⁹. Ces auteurs affirment « *qu'il n'y a de véritable cession, donc circulation de l'obligation que si celle-ci est transférée sur la tête d'un nouveau titulaire avec ses caractères et ses accessoires.* »

Cette référence à l'accessoire pour expliquer la permanence du lien personnel lors de la cession de créance semble un peu excessive.

D'abord, parce que *l'accessoire est un supplément qui s'ajoute à l'obligation sans en faire partie*¹⁰⁰. Cela signifie que les accessoires se rattachent à la créance mais n'affectent pas son identité. *Ce sont des*

Théorie générale des obligations, par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, 1937 (réimpression 1965)

⁹⁷ EMMANUELLE FRAUD, « *la notion de transfert de créance* », *Revue de la Recherche Juridique* 1998 – 3, page 820, n°6.

⁹⁸ L. AYNES, *La cession de contrat*, thèse, Economica 1984, Préf. Ph MALAURIE, p. 41, n° 34.

⁹⁹ PH. SIMLER, F. TERRE ET Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, éd. Dalloz 1996, n° 1175.

¹⁰⁰ GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ 1969, p. 218 et 219, n° 147. En ce sens, voir : M. CABRILLAC, *Les accessoires de la créance*, in études dédiées à ALEX WEILL 1983, p. 107 « *l'accessoire doit servir uniquement au paiement de la créance, à sa valorisation* ».

*éléments objectivement neutres*¹⁰¹, sans influence sur l'essence de l'obligation. Or, si l'on doit trouver un fondement au maintien du lien lors du transfert de la créance, c'est bien dans la matière de l'obligation considérée dans son essence, et plus particulièrement dans ses éléments substantiels.

Ensuite, parce que, le report des accessoires, en matière de cession, n'est pas une règle d'ordre public. En conséquence, les parties peuvent, en cas de cession partielle, décider que le cédant conservera les sûretés pour garantir le paiement de la fraction de créance restant à sa possession. D'où l'insuffisance du critère proposé. Comme, le recours à la notion de l'accessoire s'avère donc erroné, on a fait appel au consentement du débiteur.

102- Le consentement du débiteur. En effet, l'opinion qui défend cette dernière thèse pose comme fondement du maintien de la créance le consentement que le débiteur aurait à donner pour la cession¹⁰². Autrement dit, le débiteur ne sera plus un tiers mais une partie à la cession : au lieu de se contenter d'une simple signification pour information, son acceptation sera nécessaire pour que la face subjective de la créance se maintienne lors du transfert. Toute cession impliquerait par conséquent le consentement du débiteur, en raison de la nature du rapport d'obligation.

¹⁰¹ J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil « les effets du contrat »*, 3ème éd. LGDJ 2000, n° 86, p. 105

¹⁰² LARROUMET CH. , *les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse Bordeaux 1968, p. 63 et s. : cet auteur fait appel au consentement du débiteur à la cession. Pour cet auteur, toute cession impliquerait le consentement du débiteur, en raison de la nature du rapport d'obligation, lien de droit entre deux personnes. Le consentement du débiteur, s'il n'est pas donné immédiatement, devrait être présumé irréfragable, quant le rapport de droit n'est pas marqué *d'intuitus personae* ou affecté d'une inaccessibilité légale ou conventionnelle.

102- Cette thèse est *a priori* convaincante et l'on serait tenté d'y adhérer sans restriction. Le critère de l'engagement du débiteur, pour justifier la permanence du lien, paraît incontournable. On ne peut nier le rôle de la volonté dans la genèse de l'obligation¹⁰³. La volonté représente un des piliers, sinon le premier, de notre droit des obligations. Mais doit-on pour autant en faire la caractéristique substantielle du transfert de créance ? L'hésitation est permise. L'offre suivie de l'acceptation ne forme-t-elle pas le diptyque de la création d'un lien de droit ? En plus lorsque la volonté des parties n'est pas claire, quelle portée faut-il donner à l'acceptation ?

103- L'acceptation est-elle constitutive d'un nouvel engagement ou est-elle seulement un aveu de connaissance de la cession ?

Certains auteurs se sont prononcés en ce sens¹⁰⁴ et voient dans l'acceptation de la cession par le débiteur un nouveau rapport cédé-cessionnaire.

¹⁰³ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ 1961, Préf. R. PERROT, p. 1, n° 1.

¹⁰⁴ J. GHESTIN, CH. JAMIN ET M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2ème éd., LGDJ 1994, p. 753, n° 691 : En parlant de la cession de contrat ces auteurs précisent que « si ... le cédé accepte que le cessionnaire se prévale du contrat cédé en son encontre, on peut légitimement supposer que le cédé accepte la cession du contrat que le cessionnaire a conclu avec le cédant ; dans cette hypothèse, le cédé donne son accord pour que le cessionnaire soit désormais son cocontractant. On ne peut plus alors parler de cession de contrat : l'échange de consentement engendre un nouveau contrat qui se forme entre le cédé et le cessionnaire, dont les caractéristiques sont exactement identiques au contrat cédé... on revient dès lors à la situation classique d'une offre (par le cessionnaire) et d'une acceptation (par le cédé) dont la rencontre, l'accord de volontés étant le critère du contrat, forme une nouvelle convention... » . Par analogie à la cession de créance, cette théorie signifie que l'acceptation de la cession par le débiteur engendre une novation ou une délégation, encore que dans la première l'exigence d'un animus novandi sera difficilement satisfaite. En ce sens, voir aussi : H. CAPITANT, « *La cause dans les contrat* », 3ème éd., Dalloz 1923, p. 390, n°181.

On peut aussi invoquer à l'appui de cette thèse l'article 1295 alinéa 1 du code civil qui déclare inopposable au cessionnaire la compensation qu'aurait pu opposer le débiteur cédé au cédant, lorsque celui-là a accepté purement et simplement la cession de créance. Cette règle est contraire au principe de l'opposabilité des exceptions qui gouverne la cession de créance. Seule l'idée d'un nouvel engagement du cédé, par son acceptation pourrait expliquer ce refus.

D'autres, au contraire, considérant l'acceptation comme un simple aveu de connaissance de la cession intervenue, ne remettant nullement en cause l'idée même du transfert de créance¹⁰⁵. Cette divergence doctrinale est déjà signe de l'insuffisance du recours au critère du consentement du débiteur à la cession.

104- Le critère proposé demande une recherche de l'intention des parties. Or cette dernière, déjà source d'énormes difficultés, d'abord, dans sa recherche par le juge¹⁰⁶, ensuite dans celle d'un critère de distinction entre des institutions voisines comme la novation, le *mutuus dissensus* ou la simple modification, paraît être pour la doctrine le palliatif à toute carence à la recherche d'un fondement objectif des mécanismes de circulation ou de modification de l'obligation ou du contrat.

105- La volonté risque ainsi d'être à l'injustifiable fondement d'un mécanisme juridique ce que le subterfuge du *sui generis* est à la qualification du contrat. Le danger est que la volonté est tellement évanescence qu'elle pourrait permettre de justifier d'une chose et de son contraire.

106- Le maintien de la force obligatoire du contrat. M. AYNES, pour justifier que le maintien du caractère obligatoire du lien d'obligation en dépit du changement de créancier ne s'expliquait que par le maintien de la force obligatoire du contrat, a mis en évidence l'insuffisance de l'autonomie de l'obligation entre le cessionnaire et

¹⁰⁵ PH. MALAURIE ET L. AYNES, *Droit civil, les obligations*, 7^{ème} éd. Cujas 1997, p. 729, n°1222 : « l'acceptation du débiteur par un acte authentique n'est pas un engagement qu'il prend à nouveau... » ; Dans le même sens, B. STARK, H. ROLAND, L. BOYER, *droit civil, les obligations, Le régime*, 5^{ème} éd. 1997, p. 11, n° 24 : « Quant à l'acceptation par le débiteur dans un acte authentique, il ne faut pas se méprendre sur sa véritable portée. Il ne s'agit pas d'un consentement ».

¹⁰⁶ JACQUES GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, op. cit. p.9 et s.

le débiteur-cédé¹⁰⁷. Parce que l'effet de la cession est d'établir un lien d'obligation entre le cessionnaire et le débiteur-cédé, et que le consentement de ce dernier n'est autre que son consentement au contrat créateur de l'obligation, il faut en tirer pour conséquence que l'obligation du cédé envers le cessionnaire est identique à celle qui le liait au cédant¹⁰⁸. Ce qui suppose que la force obligatoire du contrat dont elle procède, et partant, sa cause ne soit pas altérée par le changement de créancier¹⁰⁹. En témoigne ainsi la règle de l'opposabilité des exceptions car sont opposables au cessionnaire celles-là même qui sont nées après la cession. Or cette solution ne se comprend qu'à la condition d'admettre que le contrat original demeure dans la mesure de l'obligation du débiteur-cédé¹¹⁰. Dès lors, conclut l'auteur, fondée sur la permanence de la force obligatoire du contrat original, « *la signification positive de la cessibilité des créances contractuelles permet d'affirmer que toute dissociation entre le contrat-source et l'obligation-objet est illusoire* »¹¹¹.

107- Finalement, à l'obstacle de l'atteinte au principe fondamental de l'effet relatif des contrats, s'ajoute l'obstacle technique rejetant toute possibilité de transmission volontaire d'une obligation. La transmission admise par le code n'est cependant pas sans fondement: elle repose sur une nécessaire distinction entre le lien de droit (l'obligation) et la créance qu'elle engendre.

¹⁰⁷ L. AYNES, *La cession de contrat*, thèse précitée, p. 25 et s.

¹⁰⁸ L. AYNES, *La cession de contrat*, *ibidem*, n° 19.

¹⁰⁹ L. AYNES, *La cession de contrat*, *ibidem*, n° 19 et 70 : La référence à la cause mérite ici d'être soulignée dans la mesure où l'auteur, rejoignant la conception de HAUSER, préconise l'élargissement de la notion de cause de l'obligation à celle du contrat (n° 113 et s.).

¹¹⁰ L. AYNES, *La cession de contrat*, *ibidem*, n° 31 et s.

¹¹¹ L. AYNES, *La cession de contrat*, *ibidem*, n° 34.

B / Le fondement de la cession de créance : la distinction entre le lien de droit (l'obligation) et la créance qu'elle engendre

108- Le créancier attend de l'exécution de l'obligation un résultat déterminé. A ce titre, l'obligation engendre nécessairement une créance qui correspond à une valeur économique et susceptible de constituer un bien objet de cession.

109- Cette constatation légitime une distinction entre l'obligation et la créance qu'elle engendre. La créance est en effet distincte de l'obligation qui l'engendre.

Ainsi détachée du lien droit de droit la créance devient cessible. Seulement, toutes les créances ne sont pas détachables du lien d'obligation qui les engendre ; donc toutes les créances ne sont pas cessibles.

110- L'étude du domaine de la novation par changement de créancier va nous permettre de mettre en exergue cette distinction entre l'obligation et la créance qu'elle engendre.

SECTION 2 : DOMAINE DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE CREANCIER

111- La novation pouvant réaliser une transmission indirecte de créance, il importe de l'étudier dans ce domaine. On prétend cependant que les avantages qu'offre la cession de créance écarteraient, dans la pratique, tout recours à la novation par changement de créancier¹¹².

112- Sauf que la cession de créance n'est possible que pour les créances détachables du lien d'obligation. Ces créances détachables, nous le verrons, ce sont les créances de sommes d'argent. Quant aux autres créances elles ne peuvent pas faire l'objet d'une cession pure et simple. Elles ne peuvent être cédées que de manière indirecte, c'est-à-dire par la substitution d'un créancier à un autre dans le lien d'obligation. Or, seule la novation par changement de créancier permet une telle opération (Paragraphe premier).

113- Mais même dans le domaine des créances de sommes d'argent, les parties peuvent avoir un avantage à préférer la novation par changement de créancier. Il échet donc de confronter les possibles applications de la novation par changement de créancier avec celles de la cession de créances pure et simple. Cette méthode comparative n'est pas sans valeur. Elle permet, en effet, opérant comme un révélateur, de faire apparaître que, même en faisant double emploi avec la cession

¹¹² L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Paris, 2^{ème} éd., Sirey 1933, n° 905, p. 484 : « aujourd'hui, on va droit au but : la loi permet aux parties de changer les termes d'un rapport obligatoire et, notamment, de le transmettre, activement ou passivement : la cession de créance enlève beaucoup de son utilité à la novation et l'on comprend que cette institution tende à se dissoudre, à se démembrer au profit d'institutions voisines ».

de créance, il est des cas où elle est plus avantageuse pour les parties (Paragraphe deuxième).

Paragraphe premier : Le domaine efficient de la novation par changement de créancier

114- Le droit moderne admet la cession de créance par la seule volonté du créancier et s'efforce de multiplier les procédés de cession¹¹³.

115- Mais un examen, même superficiel, de la pratique de la cession de créances nous amène à constater que celle-ci ne concernerait en fait que les créances de sommes d'argent. Les autres créances, telles les créances en nature, sont difficilement cessibles, voire même incessibles, parce qu'elles sont indétachables du lien de droit qui unit le débiteur au créancier.

¹¹³ L'agitation qui règne en la matière l'affirme. Depuis quelques années, les techniques juridiques qui font appel à la cession de créance se multiplient. Le législateur a mis au point une mosaïque de procédés comme le bordereau « DAILY », issu de la loi du 2 janvier 1981, dont l'objet correspond à la cession de créances professionnelles au profit des établissements de crédit (sur cette intervention législative : CH. GAVALDA, *La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles*, Dalloz 1981, p. 199 - CREDOT, *Observations sur les droit d'un banquier cessionnaire d'une créance Daily*: Petites affiches 10 déc. 1986, p. 16 - HEMMELE, *La cession de créances professionnelles*: Gaz. Pal. 1984, 1, doct. P. 79 - LEDOUBLE, *Contribution à l'étude des créances cédées dans le cadre de la loi Daily*: Petites affiches 3 et 5 nov. 1986 respectivement p. 18 et 19 - D. MARTIN et S. SYNDET, *Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée*: JCP 1987, éd. E, II, 14940 - SCHMIDT, *loi Daily et crédit des entreprises*: Gaz. Pal 1984, 1, doct., p. 77 - SCHREIBER, *La cession et le nantissement des créances contenues dans les actes unilatéraux de droit public dans le cadre de la loi Daily*, D. 1987, Chron. p. 295). Plus récemment, une loi du 23 décembre 1988, modifiée en 1993, a créé le fond commun de créances, organisme qui a pour finalité exclusive « d'acquérir des créances détenues par des établissements de crédit » (en ce sens voir : C. GOYET, *Remarques sur la cession de créances au fond commun de créances*, RJC 1990, p. 241). Ces deux procédés se joignent au cortège, déjà imposant, des techniques plus classiques de circulation de la créance que sont les effets de commerce et l'affacturage. Certes, ces procédés relèvent en général du monde des affaires. Cependant, le législateur n'en demeure pas moins prolix : que l'on songe, par exemple, à la loi du 15 juin 1976, relative à certaines formes de transmission de créances, qui contient plusieurs dispositions modifiant, pour les créances

Cette remarque, non seulement, amène à toucher une distinction fondamentale entre, d'une part, les créances de sommes d'argent et, d'autre part, toutes les autres créances (I) ; mais aussi à penser que la novation aurait un domaine efficient qui est celui des créances en nature (II).

I/ Distinction entre les créances de sommes d'argent et les autres créances

116- L'objet est un critère couramment utilisé pour construire une classification des obligations. C'est ainsi que la doctrine a pu hésiter entre la nature de l'objet : faire, ne pas faire ou donner ; le type de prestations qu'il suppose : obligation de moyens ou de résultat ; ou aujourd'hui sa matérialité : obligations en nature ou monétaire.

Mais cette classification, dernière venue, point encore tout à fait reconnue, n'est pas totalement nouvelle. En effet, les juristes ont toujours connu l'obligation monétaire. Mais son statut a changé avec le temps pour conquérir une autonomie croissante. Alors que la doctrine considérait autrefois l'obligation monétaire comme une modalité des obligations de donner¹¹⁴, cette dernière a progressivement acquis son indépendance en s'imposant comme une obligation spécifique et irréductible à toute autre¹¹⁵, avant de devenir pour certains auteurs le pivot d'une classification renouvelée des

hypothécaires, le régime habituel de la cession civiliste (en ce sens : DAGOT, *La transmission des créances hypothécaires*, JCP 1976 , I , n° 2820).

¹¹⁴ Cette conception est patente chez Mme CATALA : *La nature juridique du paiement*, précité, n° 63 et s.

¹¹⁵ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, tome 2, Le régime, précité, n° 9 et s., p. 8.

obligations¹¹⁶. Il revient ainsi à la doctrine du XXIème siècle d'avoir élaboré la catégorie des obligations de sommes d'argent comme ensemble spécifique, et de l'avoir opposée aux obligations en nature dans le cadre d'une classification pouvant prendre le relais de celle qu'avait forgée le code civil.

117- Il en ressort des travaux de la doctrine qu'une obligation doit être dite de sommes d'argent lorsqu'elle met en jeu des sommes d'argent, et qu'on la qualifie d'obligation en nature lorsqu'elle exclut toute monnaie¹¹⁷. La présence de monnaie apparaît ainsi comme le critère répartiteur des obligations, qui peuvent toutes être distinguées en obligations pécuniaires et obligations en nature selon que l'on y trouve trace de monnaie ou non.

Les obligations monétaires sont donc définies comme étant celles dont le compte et le paiement se font en monnaie.

II/ Le domaine efficient de la novation par changement de créancier : La transmission indirecte des créances en nature

118- La novation ne réalise une circulation de la créance que par voie de conséquence. En effet, l'expression « nover une créance » est un excès de langage car la novation ne s'applique pas directement à la créance, mais au lien de droit unissant le créancier au débiteur. C'est le rapport de droit, c'est à dire l'obligation, qui est novée et non la créance. Ce n'est que par voie de conséquence que le créancier substitué recueille la créance objet de l'obligation.

¹¹⁶ Par exemple, J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit., n° 9, p. 26.

¹¹⁷ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Obligations, tome 1, L'acte juridique, précité, n° 46 et s., p. 32.

119- En effet, le créancier d'une obligation attend de l'exécution de cette obligation un résultat déterminé. A ce titre, l'obligation engendre nécessairement une créance qui correspond à une valeur économique et susceptible de constituer un bien objet de cession.

120- Seulement, pour constituer un bien et pouvoir faire l'objet d'une cession, cette créance doit pouvoir être détachée de la personne des obligés. Or seules les créances de sommes d'argent sont détachables de la personne des obligés.

121- Aussi s'il est ainsi admis que la cession de créance trouve prédilection dans le domaine des obligations pécuniaires, cela n'est pas dû à un hasard. En effet, les créances de somme semblent être les seules susceptibles de faire l'objet d'une cession pure simple. Plusieurs justifications peuvent être données :

D'abord, parce que la créance de sommes d'argent a pour objet une quantité de monnaie susceptible de constituer un bien meuble¹¹⁸ objet de droit de propriété, et ainsi cessible (A).

Ensuite, parce que cette cession n'est possible que par anticipation. Or seul le propriétaire d'une somme argent objet d'une créance peut anticiper sur son droit (B).

¹¹⁸ Il n'est pas utile d'insister d'avantage sur le caractère mobilier de l'obligation de somme d'argent, sinon pour rappeler la difficulté mise en évidence par le doyen HAMEL (J. HAMEL, *Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie*, Mélanges Sugiyama, 1940, p. 83 et spéc. p. 88.) à propos du caractère corporel ou incorporel de ce meuble ; selon cet auteur, aucun problème ne se pose pour la monnaie scripturale (bien corporel), ni pour la monnaie métallique (bien corporel) : en revanche, une distinction doit être faite pour la monnaie fiduciaire ; si les titres ou effets sont au porteur, il s'agit de biens corporels car l'article 2279 du code civil trouve alors application ; si les titres ou effets sont nominatifs ou à ordre, il ne peut s'agir que de biens incorporels.

A/ La créance de somme d'argent : objet de droit de propriété

122- Le problème est de savoir si la somme d'argent est un objet possible de propriété ou s'il consiste en un droit de créance, un droit personnel de son titulaire, catégorie qui est classiquement incompatible avec l'existence d'un droit de propriété.

Dans la théorie classique du droit de propriété, ce droit ne porte que sur des biens corporels¹¹⁹. Une conception plus moderne, défendue par GINNOSSAR, propose d'admettre la notion de propriété d'une créance, bien incorporel.¹²⁰

123- **La thèse de GINNOSSAR.** Cet auteur¹²¹ va bousculer les certitudes classiques du droit de propriété. Il estime dans la mesure où une personne reste propriétaire, même s'il n'a plus de contact matériel avec la chose ou n'a plus tous les droits sur une chose, la définition du droit de propriété doit être revue. La propriété est : *« la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne »*¹²². La propriété se résume alors à une relation d'appartenance. Or, cette relation d'appartenance se retrouve dans le droit de créance. En effet, le créancier est seul à pouvoir exiger une prestation du débiteur : *« Comme l'acquéreur d'un bien corporel, le cessionnaire d'une créance n'a pendant la période transitoire qu'un*

¹¹⁹ J. GHESTIN, GOUBEUX. G, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, n° 223, p. 174

¹²⁰ GINNOSSAR, *Droit réel, propriété et créance - Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Thèse Paris, LGDJ 1960 ; v. également du même auteur *« Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel »*, R.T.D.Civ, 1962, p. 573 et s.

¹²¹ S. GINNOSSAR, *Droit réel, propriété et créance - Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Thèse LGDJ 1960 ; L'ouvrage a été critiqué par Jean DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, R.T.D. Civ. 1962, p. 20 ; Réponse de GINNOSSAR, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, R.T.D. Civ. 1962, p.573 ; Voir également J. CHEVALIER, pour qui la thèse de GINNOSSAR vise à redéfinir le droit réel. Or pour lui, le droit réel n'existe pas : RTD. Civ. 1960, p. 600.

simple droit de créance sur la créance cédée. Superposition de droit d'autant plus singulière qu'il faut lui rajouter un troisième étage : puisque toute créance « appartient » au créancier par l'office d'un droit de propriété, notre cessionnaire sera en dernière analyse, propriétaire d'une créance sur une créance. (...) La créance cédée, le cessionnaire n'en est pas moins propriétaire : il ne peut s'en prévaloir que contre le cédant ; il a donc sur elle un simple droit de créance, lien de droit personnel entre lui et le cédant ; mais ce second lien de droit lui appartient en propre, il pourra le défendre contre quiconque y porterait atteinte sciemment et de mauvaise foi et notamment contre le débiteur cédé »¹²³. Cette faculté a une valeur. C'est ainsi qu' « une créance est un bien appartenant au créancier et rattaché à son patrimoine propre par l'effet d'un droit de propriété »¹²⁴.

La conséquence logique de ce droit de propriété sur la créance est également l'opposabilité du droit de créance à tous : le créancier dans ses relations avec les tiers peut exiger d'eux le respect de son droit¹²⁵. Les éléments constitutifs de la propriété (*usus, fructus, abusus*) se retrouvent aussi dans le droit de la créance ; la propriété de la créance sera enfin susceptible de démembrement¹²⁶.

GINOSSAR écrit ainsi : « *Un droit de créance ou d'obligation n'est pas simplement, comme on l'avait cru, un lien de droit entre créancier et débiteur : outre ce dernier obligé de donner, de faire ou de ne faire, le reste du monde est tenu d'une obligation d'abstention. Tout droit de créance s'analyse donc en deux rapports juridiques*

¹²² GINOSSAR, op. cit., LGDJ 1960, p. 33

¹²³ GINOSSAR, op. cit., LGDJ 1960, p. 76-77

¹²⁴ GINOSSAR, op. cit., LGDJ 1960, p. 35

¹²⁵ GINOSSAR, op. cit., LGDJ 1960, p. 36

¹²⁶ GINOSSAR, op. cit., LGDJ 1960, p. 47 et 51

distincts et coexistants, l'un relatif, l'autre absolu, ayant le même sujet actif, mais des sujets passifs différents. Le rapport relatif constitue la substance même de la créance ; le rapport absolu en assure simplement la maîtrise au créancier et la protection à l'égard des tiers. Aussi ce rapport absolu mérite-t-il pleinement le nom de « propriété » : tout créancier est propriétaire de sa créance, il en jouit et en dispose comme un propriétaire le fait de sa chose, et les tiers lui en doivent également le respect. La seule différence entre la propriété d'une créance et celle d'un bien corporel réside en ce que, dans une certaine mesure, les tiers censés connaître celle-ci sont censés ignorer celle-là et sont, par conséquent, autorisés à la méconnaître ; mais l'exception déroge quelque peu à la règle, elle ne la dément pas dans son principe »¹²⁷.

124- Cette thèse a été approuvée par M. ZENATI¹²⁸. Ce dernier estime tout d'abord, que contrairement à la théorie classique, le droit de propriété peut porter sur un objet incorporel. Le droit romain avait admis cette possibilité et le code Napoléon n'avait pas réduit l'objet de la propriété aux choses corporelles. Pour lui le régime juridique des choses corporelles s'adapte également aux biens immatériels. La propriété n'est pas fondée sur une possession matérielle de la chose. Les biens incorporels peuvent être acquis de la même manière que les biens corporels. M. ZENATI estime ensuite qu'il faut rejeter la définition classique de la propriété par les usages qu'elle procure, mais s'attacher au mécanisme qui permet ces usages : l'exclusivité. La

¹²⁷ GINOSSAR, op. cit., LGDJ 1960, p. 85 à 86

¹²⁸ F. ZENATI, *Les biens*, éd. PUF 1988, p. 104 à 133 ; F. ZENATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD. Civ. 1993, p. 305 ; F. ZENATI, *Notion de propriété*, RTDCiv. 1995, p. 652

propriété, dès lors, est un « *rapport d'exclusion* », « *une chose m'appartient privativement à tous autres* »¹²⁹.

125- D'autres auteurs, sans pour autant admettre la notion de propriété d'une créance, ne l'excluent pas totalement¹³⁰. C'est ainsi que M. TERRE définit doublement la notion de bien : au sens étroit et matériel, il s'agit des « *choses qui sont l'objet de commerce juridique entre les hommes (une maison)...* », au sens abstrait et plus juridique « *ce sont des droits divers permettant de se procurer le bénéfice des choses (droit de propriété, droit de créance)* ».

On relève même une certaine analogie de la cession de créance avec la vente : « *la cession de créance est une hypothèse particulière de vente (ou de donation, d'échange, d'apport...)*. C'est un acte translatif. On ajouterait volontiers : *...de la propriété de la créance si ce terme ne désignait pas, habituellement, le principal parmi les droits réels, alors que la créance, par définition, est un droit personnel. L'analogie avec la vente est cependant réelle* »¹³¹.

126- Même si cette théorie n'a pas emporté l'adhésion de la doctrine¹³², elle est difficile à combattre dans le domaine des créances de sommes d'argent.

¹²⁹ F. ZENATI, op. cit., RTDCiv. 1993, p. 305 et 314 ; Voir également J. MOUSSERON, J. RAYNAUD et T. REVET, *De la propriété comme modèle*, Mélange André Colomar, Litec 1993, p. 287, n° 17 : « *La propriété se caractérise donc par l'exclusivité qu'elle confère en propre à une personne sur une valeur économique* ».

¹³⁰ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz 4ème éd. 1998, p. 339 et s. ; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 7ème éd. 1999, p. 1078

¹³¹ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 7ème éd. 1999, p. 1078, n° 1191.

¹³² J. DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, RTDCiv. 1962, p. 27 : « *si tout est propriété, il n'y a plus de propriété : le droit de propriété au sens spécifique s'évanouit* » ; Voir aussi P. JOURDIN, *Les biens*, Dalloz 1995, p. 8, n° 6 ; J. GHESTIN, GOUBEAUX, G. M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4ème éd. 1994, LGDJ, p. 186, n° 232

Il faut d'abord reconnaître que la doctrine qui défend la conception classique, se concilie mal avec l'évolution récente du droit positif dont la tendance est d'introduire dans notre système juridique une conception de la propriété des créances.

Il est aussi vrai que toute créance constitue une richesse parce qu'elle a une correspondance économique. Sous ce rapport, elle est susceptible de constituer un bien et faire l'objet de cession¹³³.

127- Nous ferons seulement remarquer que dans tous les cas où cette notion de propriété de la créance est consacrée, il s'agit de créances de sommes d'argent. Plusieurs exemples peuvent être donnés¹³⁴ :

128- Une des premières manifestations de ce mouvement intéresse la vente avec clause de réserve de propriété. La loi du 12 mai 1980 admet le report de la réserve de propriété sur la créance de prix de vente du bien, celle-ci pouvant être, par l'effet d'une subrogation réelle, revendiquée au même titre que la chose à laquelle elle se substitue¹³⁵.

129- La cession Dailly participe de la même tendance, car elle institue un mécanisme d'aliénation fiduciaire d'une créance à titre de garantie d'une créance, faisant ainsi des créances un objet de droit de

¹³³ M. BILLIAU, *La transmission des créances et dettes*, op. cit., n° 8, p. 12.

¹³⁴ On pourrait en trouver d'autres : Article L. 511-7 al. 3 du nouveau code de commerce, sur la propriété de la provision d'une lettre de change ; Article 17, Décret-loi du 30 octobre 1935, sur la propriété de la provision d'un chèque.

¹³⁵ M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, sous Trib. Com. Nanterre, 12 décembre 1986 et Trib. Com. Paris, 16 janvier 1987, RTD. Com., p. 291. Le principe de la revendication d'une créance a été critiqué : D. MARTIN, « *Du conflit relatif à la créance du prix du revendeur d'une marchandise acquise sous réserve de propriété* », D. 1986, chr. P. 323 ; E. du PONTAVICE, « *Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980* », *Revue Banque*, 1982, p. 57.

propriété¹³⁶. Il n'en va pas différemment des fonds communs de placement et des fonds communs de créances, que la loi qualifie expressément de copropriétés¹³⁷.

130- Enfin, on sait que l'usufruit ouvre à son titulaire un ensemble de pouvoirs qui s'exerceront directement sur la chose appropriée par quelqu'un d'autre, quelle que soit la personne changeante du propriétaire, en foi de quoi l'usufruit est considéré comme un droit réel. Peut-on alors constituer un usufruit sur une créance ?

Il semble difficile d'affirmer qu'on puisse sortir un droit réel d'une matrice de droit personnel et, nombreux sont les auteurs qui considèrent qu'il y a quelque monstruosité à construire un droit réel sur la base d'un rapport personnel. Pourtant, la possibilité d'un usufruit des créances a été ouverte par l'article 581 du code civil, et le fonctionnement en a été déduit par les tribunaux, presque constamment approuvés par la doctrine¹³⁸. Or cet usufruit des créances ne concerne que les créances de sommes d'argent, portant intérêt¹³⁹. On a ainsi fait observer que « *cette prise en compte exclusive s'évince de ce que le fructus de la créance n'est autre que l'intérêt des sommes prêtées, et de ce que le remboursement de la créance laisse place à une somme d'argent, ce qui ne serait pas si l'objet n'en était pas*

¹³⁶ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Thèse Paris 2, tome 1, p. 73. Cet auteur souligne également que l'avant-projet de loi relatif à la fiducie du 14 novembre 1990 consacrait la notion de propriété de la créance dans le texte de l'article 2063 bis, al. 2 (*idem* p. 75, note 3).

¹³⁷ Th. BONNEAU, « *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil* », R.T.D. civ. 1991, p. 1 et s., spécialement, n° 18 et 20.

¹³⁸ V. par ex., G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens*, 3^{ème} éd., par P. JOURDAIN, Dalloz 1995 ; D. VEAUX, *J. Cl. Civil*, Art. 582 à 599, fasc. 10, p. 42 et s. ; R. LIBCHABER, *L'usufruit des créances existe-t-il ?*, R.T.D. civ., 1997, p. 615 et s. ; F. ZENATI, *Les biens*, éd. PUF 1988, n° 245, p. 255 : « *l'usufruit des créances n'est une figure hétérodoxe qu'à la lumière de la théorie classique des biens. Quoi de plus normal que le créancier puisse dire de la créance qu'elle lui appartient au même moment où l'usufruitier de cette dernière prétend en faire usage ?* ».

¹³⁹ R. LIBCHABER, *L'usufruit des créances existe-t-il ?*, R.T.D. civ., 1997, n° 11, p. 622.

monétaire ». Cette spécificité de l'objet des créances soumises à l'usufruit incite à penser que les créances de sommes d'argent sont des biens objet de droit de propriété.

131- La somme d'argent, étant une quantité de monnaie, est donc un bien, mais un bien qui se distingue de tous les autres. Elle s'en distingue essentiellement en ce qu'elle n'est pas désirée pour elle-même, mais par ce qu'elle permet d'obtenir. « *Ce que l'on recherche à travers elle, c'est un pouvoir d'achat indifférencié. Elle est un bien qui se caractérise par le but auquel il est affecté...* »¹⁴⁰

132- On observe ainsi que les créances qui, par détermination de la loi, peuvent faire l'objet d'un droit de propriété, proviennent toutes d'obligations de payer une somme d'argent, et non d'obligations en nature, telles les obligations de faire¹⁴¹. Aussi n'est-il pas difficile de comprendre qu'elles soient particulièrement de nature à s'objectiver en une pure valeur patrimoniale dégagée du rapport personnel qui caractérise toute créance.

Incorporées dans un titre (une action, un effet de commerce), elles entrent de plain-pied dans le commerce juridique, constituent une monnaie scripturale qui circule et s'échangent, une marchandise dont l'utilisation et le comportement s'apparentent à l'usage qu'on peut faire des biens corporels. A ces biens de nature particulière, la notion de propriété sied, peut être, mieux.

¹⁴⁰ N. CATALA, *La nature juridique du payement*, préf. J. CARBONNIER, thèse LGDJ 1961, n° 82, p. 148

¹⁴¹ P. CROCQ n'est pas de cet avis et donne au soutien de sa thèse l'exemple du droit du preneur d'un bail commercial, obligation de faire auquel le droit reconnaîtrait le caractère d'une propriété. L'argument est techniquement exact mais on peut relever que : d'abord, la propriété commerciale n'est pas un concept consacré par le législateur, la formule étant d'ailleurs critiquée par certains auteurs comme étant approximative et dangereuse (D. BASTIAN, « *La propriété commerciale en droit français* », in Trav. Ass. H. CAPITANT, *Journée de veviers*, 1951, tome VI, 1952, p. 76 et s., spécialement p. 84) ; ensuite, s'il est une obligation de faire, le droit au bail est d'un type très

133- Il faut donc admettre que la créance de somme d'argent, une fois née, est entièrement séparable du lien d'obligation et vit de manière autonome. Elle se comporte alors comme n'importe quel bien, sur lequel le créancier, et les acquéreurs successifs, disposent d'un droit immédiat, voire même, pour reprendre les conclusions de GINNOSSAR, d'un droit de propriété.

Cela ne veut pas dire que les autres créances, celles en nature, n'ont pas de correspondance économique et donc insusceptibles de constituer des biens. Seulement, si ces créances peuvent constituer des biens, elles ne peuvent pas être cédées, car le mécanisme de l'anticipation inhérent aux créances de sommes d'argent, ne vaut pas pour elles.

Reste à savoir le mécanisme de cette cession par anticipation.

B / La cession par anticipation de la créance de sommes d'argent

134- On a vu que les créances de sommes d'argent peuvent être prises en compte plus ou moins indépendamment du lien personnel qui les a créés. Leur spécificité permet leur détachement. Ce que le débiteur doit au créancier, c'est une certaine quantité de monnaie, c'est-à-dire un bien. « *Il y a ainsi, dans toute obligation de payer, un transfert de propriété convenu portant sur la somme d'argent* »¹⁴².

135- Seulement, l'argent est une chose de genre et le droit attache automatiquement le transfert de propriété à la remise

particulier. Il s'intègre au fonds de commerce auquel on l'assimile parfois, ce qui tend à faire de lui une chose immatérielle.

¹⁴² M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ., n° 13, p. 94.

matérielle de la somme d'argent¹⁴³. Cela rend impérative l'exécution de l'obligation de payer une somme d'argent. Aussi faut-il souligner que le débiteur n'est pas tenu d'une obligation de transférer la propriété de la somme d'argent, ce transfert s'opère *solo consensus*, c'est-à-dire par l'effet de la loi¹⁴⁴. La seule obligation du débiteur est de faire, c'est-à-dire de remettre matériellement cette somme à son créancier. Inversement, le créancier, lui, est titulaire d'une obligation de faire.

¹⁴³ En principe, le transfert de propriété d'une chose de genre a lieu non au moment de l'échange des consentements, mais lors de l'individualisation de la chose. Désormais, si la chose périt, le débiteur doit pouvoir se libérer puisque les risques sont pour le propriétaire (*res perit domino*) : or le propriétaire, après individualisation, c'est le créancier. L'individualisation a fait de cette chose un corps certain. Qu'en est-il pour le transfert de propriété d'une somme d'argent ?

Le débiteur prépare les billets destinés à payer sa dette : il les met dans une enveloppe sur laquelle il porte le nom du créancier. L'enveloppe est détruite par le feu avant que le débiteur l'ait remise à son créancier. Nul doute qu'il y ait eu individualisation, pour autant a-t-elle permis le transfert de propriété de ces billets au créancier ? Sûrement pas. Dès lors comment expliquer que, pour une somme d'argent, l'individualisation ne suffise pas à transférer la propriété ? Cela tient sans doute à la nature même de la chose objet de l'obligation de somme d'argent. Pour que l'individualisation ait un effet libératoire, il faudrait par exemple que le débiteur soit tenu de remettre au créancier un nombre convenu de billets contenus dans une universalité de fait, un coffret par exemple ; si le coffret est volé, il est alors utile de savoir s'il y a eu individualisation pour en déduire les conséquences quant aux risques. Il est évident que cela demeure une hypothèse d'école ; en pratique, le débiteur doit telle somme et tant que les fonds n'auront pas été mis à la disposition du créancier, il n'y a pas transfert de propriété de la somme ou libération du débiteur, et peu importe l'individualisation. En ce domaine il est très rare qu'une somme d'argent puisse devenir un corps certain parce que la somme due n'est presque jamais l'élément d'un tout. Les autres choses de genre peuvent en pratique être portion d'une universalité et peuvent devenir par l'effet d'une individualisation établie, corps certain. L'objet de l'obligation de somme d'argent ne peut donc (ou si rarement) devenir un corps certain. ; ce qui en fait une chose de genre par excellence. Cela rend impérative l'exécution de l'obligation (G. SOUSI, *La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent*, RTDciv. 1982, n° 13 et s., p. 522 et 523).

¹⁴⁴ M. FABRE-MAGNAN, op. cit., n° 5, p. 89 : « ...une fois le transport de propriété librement et sciemment consenti, il n'est plus un effet de la volonté et c'est pour cela qu'il ne peut pas exister, à proprement parler, d'obligation de donner. Le transfert de propriété est toujours un effet légal, automatique du contrat, il a lieu de plein droit, malgré la diversité...des événement de nature à déclencher cet effet. Or, il est impossible de dire d'un fait qui se produit de plein droit qu'il correspond à une obligation pesant sur une partie.

Le transfert de propriété ne peut au demeurant pas constituer une obligation en ce sens qu'il s'agit non pas de quelque chose de matériel, de tangible, qu'un contractant pourrait accomplir, mais d'un concept abstrait, purement juridique. C'est alors le droit seul qui peut poser et définir ce qu'est le transfert de propriété même s'il laisse éventuellement les parties libres de décider du moment de ce transfert. Le débiteur n'est donc jamais directement obligé de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété ; il peut simplement être obligé de faire des actes matériels desquels, le droit positif – loi ou contrat – décidera de faire découler le transfert de propriété ».

136- Si, alors, le transfert de propriété n'intervient qu'au moment où le débiteur exécute la remise matérielle de la somme d'argent, comment expliquer que le créancier puisse céder une chose dont il n'est pas encore propriétaire ?

L'exemple donné par M. BILLIAU pourrait peut être nous aider : « dans la vente, le vendeur doit recevoir une somme d'argent et l'acheteur la chose objet de son désir, elle-même évaluable en argent. Le lien noué entre le vendeur et l'acheteur par lequel chacun peut exiger de l'autre l'exécution de ce qu'il a promis doit conduire à un résultat objectif consistant dans un transfert de valeurs dans les patrimoines de chacun »¹⁴⁵. M. BILLIAU, se référant à M. GHESTIN et G. GOUBEAUX¹⁴⁶, rajoute qu'« Une anticipation permet alors d'appréhender ces résultats dans les patrimoines respectifs en faisant abstraction du lien unissant les sujets de l'obligation. Elle permet de ne s'attacher qu'au résultat attendu de l'exécution de chaque obligation ; Et c'est ainsi qu'on voit apparaître la notion de « créance » qui n'est pas synonyme d'obligation. Autrement dit, la créance c'est l'anticipation du résultat économique objectif attendu de l'exécution de l'obligation. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le mot « créance » équivaut à crédit. Le vendeur, qui fait confiance à l'acheteur, sur la foi du lien qui le lie à lui, anticipe le moment du paiement, c'est à dire le moment où l'acheteur, débiteur, lui remettra la quantité de monnaie »¹⁴⁷.

¹⁴⁵ M. BILLIAU, *La transmission des créances et dettes*, op. cit., n° 8, p. 12.

¹⁴⁶ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ 1994, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, n° 216, p. 169 : « la créance a également une valeur pécuniaire. La prestation qu'elle donne le droit d'exiger représente une richesse future. Il est possible d'anticiper sur la perception de cet avantage en cédant immédiatement la créance à un tiers qui versera de l'argent pour obtenir l'exécution à son profit de l'obligation ».

¹⁴⁷ M. BILLIAU, *La transmission des créances et dettes*, op. cit., n° 8, p. 12

137- L'affirmation mérite une attention car si le vendeur peut anticiper le résultat objectif attendu de l'exécution de l'obligation, c'est parce qu'il s'agit d'une créance de somme d'argent. Cela s'explique pour deux raisons :

D'abord parce que ce résultat est une somme d'argent, c'est-à-dire une quantité de monnaie et donc un bien. M. BILLIAU va d'ailleurs dans ce sens lorsqu'il écrit : « *Dans l'exemple choisi, cette quantité de monnaie est un bien, à tout le moins un actif transmissible librement. Elle le sera évidemment lorsqu'elle sera entrée dans le patrimoine de l'accipiens, qui pourra en disposer à sa guise, mais elle l'est aussi avant cet instant, ici en tant que créance de somme d'argent. Le vendeur peut alors céder la quantité de monnaie que lui doit l'acheteur à terme ; et s'il le peut, c'est parce que le résultat économique de l'opération s'analyse juridiquement comme un bien susceptible d'ores et déjà d'être envisagé comme tel, indépendamment du lien de droit, même si celui-ci ne peut être sans influence sur sa nature...* »¹⁴⁸

Ensuite, parce que l'obligation de somme d'argent est une obligation dont on est sûre que l'exécution se fera en argent. L'exécution de l'obligation de somme d'argent présente une certaine perfection car, même en cas de défaillance du débiteur, le créancier peut obtenir la prestation due. Dans tous les cas, elle demeure une obligation de résultat. Ceci est une spécificité de l'obligation de somme d'argent qu'il est intéressant de mettre en œuvre.

En effet, dans le domaine de l'exécution forcée, l'obligation de somme d'argent donne généralement pleine satisfaction au créancier

¹⁴⁸ M. BILLIAU, *La transmission des créances et dettes*, op. cit., n° 8, p. 12

parce qu'il n'a pas à subir une exécution par équivalent. Il est inconcevable, en cas d'inexécution, d'avoir recours à la solution de rechange car il faudra se résoudre à remplacer une obligation de somme d'argent par une obligation de somme d'argent du même montant ! La seule issue possible est d'obtenir la prestation promise : seule l'idée d'exécution en nature a un sens en cas d'obligation de somme d'argent. L'exécution en nature se fera par la vente des biens du débiteur après saisie¹⁴⁹ ; le créancier recevra ce qui lui est dû sur le prix de vente de ces biens. C'est-à-dire qu'il recevra la somme d'argent que devait lui remettre le débiteur : la prestation initialement prévue a été exécutée.

Cette spécificité de l'obligation de somme d'argent n'est pas sans conséquences sur sa cessibilité. En effet, le cessionnaire d'une telle créance est sûr d'obtenir ce qu'il aura acheté, c'est-à-dire une somme d'argent.

137- Rien de tel lorsque l'obligation a pour objet une prestation de service. Prenons l'exemple de l'obligation de repeindre une maison souscrite par un artiste au profit du maître de l'ouvrage ainsi créancier d'une prestation de service. Peindre est une obligation qui ne peut être exécutée volontairement que par l'artiste; si celui-ci refuse d'exécuter son obligation, le créancier se contentera d'une exécution par équivalent. L'exécution par équivalent consiste à condamner le débiteur à verser au créancier des dommages-intérêts compensatoires : il s'agit donc d'évaluer le préjudice subi du fait de l'inexécution ; cela suppose l'intervention du juge et une modification de la prestation

¹⁴⁹ Sous réserve qu'il ne s'agissent pas de biens insaisissables. Le créancier pourra aussi opérer une saisie-arrêt entre les mains d'un tiers (sauf sur la portion insaisissable du salaire ou sur une créance alimentaire).

due ; le débiteur avait promis de repeindre une maison ; à la place, le créancier recevra une somme d'argent fixée par le juge.

138- On voit bien que, dans ce cas, ce n'est pas ce qui était dû qui a été obtenu. Alors si le créancier pouvait céder sa créance, le cessionnaire n'aurait aucune garantie d'obtenir ce qu'il avait acheté, c'est à dire l'activité de peinture. Certes, l'exécution forcée en nature est aujourd'hui possible pour les prestations de service ; mais, dans ces cas, non seulement elle interfère avec la liberté personnelle du débiteur, mais nuit souvent à la qualité de la prestation.

139- C'est ce risque d'inexécution par le débiteur, qui a pour corollaire l'éventualité pour le cessionnaire de ne pas obtenir la chose qu'il avait achetée, qui justifie que les obligations de service ne soient pas pratiquement cessibles.

140- Or lorsqu'une somme d'argent est due, l'inexécution de l'obligation ne se résout pas en dommages-intérêts compensatoires mais en exécution forcée, ce qui assure au cessionnaire, à qui le créancier avait cédé la créance, d'obtenir ce qu'il a acheté, c'est-à-dire une somme d'argent. De plus, la garantie du cessionnaire est renforcée, contrairement aux conséquences de l'inexécution des obligations de service, par le fait qu'il peut obtenir, en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution, des dommages-intérêts moratoires évalués forfaitairement, sans que le débiteur ne puisse lui opposer la force majeure.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Cependant, v. Cass, 3^{ème} 10 avril 1975, RTD. Civ. 1976, p. 151, Obs. G. DURRY : un débiteur justifiait le non-paiement d'une somme d'argent par son état de chômeur. La troisième chambre civile a, semble-il, estimé que, dans une telle hypothèse, une exonération était concevable ; en effet, dans un arrêt du 19 avril 1972 (Cass. civ. 3^{ème} 1972, D. 1973, Jur. p. 205, note Souleau ; RTD. Civ. 1973, p. 581, Obs. G. Durry), elle reproche à la cour d'appel de Paris de « n'avoir pas recherché si l'état de chômage invoqué par le débiteur dans ses conclusions, n'était pas un événement de nature à

141- Les créances en nature restent donc attachées à l'activité d'une personne, et ne sont pas ainsi cessibles ; les créances de sommes d'argent quant à elles, et parce qu'elles sont détachables du lien qui les a créés, sont des biens et donc objet de droit de propriété et cessibles par anticipation

Si donc la novation par changement de créancier peut s'appliquer à toute obligation, qu'elle soit de sommes d'argent ou de nature, la cession de créance, qui ne peut se concevoir pour les obligations en nature, se limite à une catégorie d'obligations, celles qui ont pour objet une somme d'argent.

142- Entre la novation par changement de créancier et la cession de créance existe donc une première différence notable de domaine d'application : la novation par changement de créancier est ainsi seule à pouvoir réaliser une circulation de l'obligation par la voie de la substitution de personne dans le rapport de droit. Cela ne l'empêche pas de faire double emploi avec la cession de créance mais seulement dans le domaine de la cession des créances de sommes d'argent.

Et encore, même dans ce dernier cas, il arrive que les parties aient plus intérêt à opérer par une novation par changement de créancier.

l'empêcher d'exécuter ses obligations ». Sur renvoi, la cour d'appel d'Orléans (C.A. Orléans, 25 octobre 1973, D. 1974, Jur. p. 66, note Souleau), confirme le jugement attaqué au motif qu'en l'espèce le chômage ne présentait pas les caractères de la force majeure. Le 10 avril 1975, la troisième chambre civile rejette le pourvoi formé par le débiteur, mais en raison des circonstances de fait de l'arrêt d'appel : elle semble persister dans l'idée que le débiteur de somme d'argent peut s'exonérer de son obligation s'il établit qu'une force majeure l'empêche de s'exécuter. Certains auteurs n'ont pas manqué de faire remarquer que c'est là s'engager dans une voie dangereuse pour les créanciers et rappellent non sans quelque nostalgie, que l'adage *genera non pereunt* suffisait jusqu'à présent à interdire au débiteur d'une obligation de somme d'argent une quelconque exonération par la force majeure.

Paragraphe deuxième : Le domaine partagé de la novation par changement de créancier

143- Définie comme « *la convention par laquelle le créancier (cédant) transmet à une autre personne (cessionnaire) son droit contre son débiteur* »¹⁵¹, la cession de créance s'explique par l'idée de détachement de la valeur que représente la créance de l'obligation qui lie le débiteur au créancier. Le droit romain n'était pourtant parvenu à la réaliser que par des procédés indirects¹⁵².

144- Cependant la moindre portée de la cession de créance, qui se borne à transmettre une créance de sommes d'argent, tend à favoriser, en pratique, son utilisation au détriment de la novation et la doctrine souligne unanimement le déclin¹⁵³ de la novation par changement de créancier. Il n'en reste pas moins que cette dernière, même si elle a pour domaine efficient les créances en nature, peut parfois mieux correspondre, dans le domaine des créances de sommes d'argent, aux besoins de la situation et à la volonté des parties.

¹⁵¹ HENRY, LEON ET JEAN MAZEAUD, *Leçons de droit civil « Obligations (théorie générale) »*, 9^{ème} éd. Montchrestien 1998, par FRANCOIS CHABAS, tome II/ Premier volume, p. 1275, n°1255.

¹⁵² Si les romains n'ont jamais admis théoriquement la possibilité pour un créancier de céder son droit à un tiers, ils avaient tout au moins, dans la *procuratio in rem suam*, un moyen de réaliser ce résultat. D'ailleurs, Pothier explique le mécanisme de transfert de créances par celui du droit romain : « *c'est la même créance qui passe du cédant au cessionnaire, lequel même n'est, à proprement parler, que le procurator in rem suam du créancier qui la lui a cédée* » (POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit., n° 605).

¹⁵³ Par exemple, F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., n° 1321, p. 1051 : « *la reconnaissance de la cessibilité des créances a privé la novation par changement de créancier de l'essentiel de son intérêt, sans interdire cependant de réaliser par cette voie indirecte ce qui, aujourd'hui, peut l'être directement* » ; J. FRANCOIS, op. cit., n° 94, p. 81 : « *il faut d'abord constater que la novation par changement de créancier est tombée en désuétude. En effet, à l'instar de tous les systèmes juridiques modernes, le droit français reconnaît que les créances sont cessibles. Dans ces conditions, les parties n'ont plus aucun intérêt à recourir à la voie détournée de la novation par changement de créancier et le code civil aurait fort bien pu passer cette institution sous silence* ».

I/ Novation par changement de créancier et la substitution de créancier sur l'initiative du créancier

Il s'agit ici essentiellement des hypothèses de cession de droit commun et de cession Dailly :

A/ Novation et cession de droit commun

145- **Les conditions de forme.** La novation par changement de créancier ressemble fort à une cession de créance, mais elle s'en distingue d'abord par le fait que, dans la novation, le débiteur participe à l'opération, il est l'une des parties à la convention, alors que dans la cession de créance, le débiteur cédé reste un tiers par rapport à la cession en ce sens que sa volonté n'y a pas été nécessaire. Ce qui explique d'ailleurs, que les formalités prévues à l'article 1690 du code civil pour l'opposabilité de la cession aux tiers ne sont pas nécessaires en matière de novation. Cet article prescrit que la cession doit être signifiée au débiteur, mais cette signification, dont le but est de l'avertir du changement de titulaire de la créance, ne suppose aucune manifestation de volonté.

146- Cependant, l'une des difficultés de la matière consiste dans la distinction entre l'engagement que le débiteur aurait pris et la simple acceptation par lui, dans un acte authentique ou sous seing privé, d'un nouveau créancier. En effet, l'article 1690 al. 2 prévoit la possibilité pour les parties de remplacer la signification prévue à l'article 1690 al.1 par une acceptation de la cession donnée par le débiteur dans un acte authentique. Si une telle acceptation n'est pas une condition de la cession, puisque celle-ci doit seulement être signifiée au débiteur, peut-elle, lorsqu'elle est donnée, constituer un

nouvel engagement et ainsi changer la cession en une novation par changement de créancier ? Autrement dit, cette acceptation est-elle seulement déclarative ou, au contraire, est-elle constitutive ?

147- L'acceptation, selon la doctrine dominante¹⁵⁴, n'est pas un engagement personnel et direct du débiteur envers le cessionnaire. Il ne s'agit pas non plus d'un consentement du débiteur cédé à la cession, car la cession n'exige pas l'acquiescement du débiteur cédé¹⁵⁵. Il ne s'agit que d'une mesure d'information du cédé. L'acceptation prévue à l'article 1690 du code civil constitue une simple reconnaissance de l'existence de la cession par le débiteur cédé. Grâce à cette acceptation, en forme authentique, le débiteur ne pourra plus soutenir qu'il ignorait la cession.

148- La jurisprudence a décidé que cette acceptation n'avait aucun effet novatoire et qu'elle n'empêchait pas au débiteur cédé d'opposer au cessionnaire les exceptions et moyens de nullité qu'il aurait pu opposer au créancier cédant¹⁵⁶.

¹⁵⁴ JEAN CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, 4^{ème} éd., PUF 1994, n° 136 ; LOÏC CADIET, *Transport de créance et autres droits incorporels*, J. Cl. Civ. Art. 1689 à 1695 fasc. 2, n° 114.

¹⁵⁵ Voir cependant, Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 1983 : JCP 1984, 20156, note BRUNO PETIT : En l'espèce, une cession de bail commercial avait été réalisée par un acte authentique, sans que fussent respectées les formalités de l'article 1690 : La cession n'avait été ni signifiée, ni acceptée par les bailleurs dans un acte authentique. La cour d'appel d'Angers, tout en constatant les relations directes et personnelles qui s'étaient instaurées entre cessionnaires et propriétaires, estima néanmoins que ceux-ci n'avaient pas par leur comportement renoncé à se prévaloir du défaut de signification de la cession. La décision pourrait rester anodine si elle se bornait à reprendre la solution selon laquelle, dans les rapports entre cédé et cessionnaire, l'acceptation prévue par l'article 1690 peut être donnée, non seulement par acte authentique, mais aussi par acte sous seing privé. Mais en fait, la cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel sous le visa de l'article 1134 du code civil. Il ne s'agit alors plus de l'acceptation prévue par l'article 1690, alinéa 2 du code civil, aveu formaliste de connaissance de la cession par le débiteur cédé. L'acceptation devient celle sur laquelle repose la force obligatoire du contrat. En visant l'article 1134 du code civil, l'acceptation doit s'entendre d'une véritable manifestation de volonté et non d'un simple aveu de connaissance de la cession.

¹⁵⁶ Cass. Req., 1^{er} Décembre 1873 : DP 1879, 1, p. 482 ; Cependant, dans la cession Dailly, Le droit français adopte une position assez ferme quant à la portée de l'acceptation du débiteur cédé : L'acceptation du débiteur est ainsi dans la cession Dailly un engagement de payer sans soulever d'exceptions, tel un engagement cambiaire. L'acceptation engendre donc un engagement autonome, distinct de la relation fondant la créance et conduit à l'inaoposabilité des exceptions (voir Cass. Com.

149- La solution dégagée semble logique, mais que décider en cas de doute sur la portée de cette acceptation ? Faut-il se lancer dans une recherche de l'intention des parties ou faut-il, présumer purement et simplement la cession de créance ?

Certains auteurs pensent, qu'en raison de la gravité des conséquences de la novation, il y a lieu, en cas de doute sur les véritables intentions du débiteur, d'opter pour la qualification de la cession de créance.¹⁵⁷

La jurisprudence ne semble pas être fixée sur la question. Certaines décisions ont conforté la position de AUBRY et RAU¹⁵⁸, tandis que d'autres se sont livrées à la recherche de l'intention du débiteur et ont même parfois retenu la qualification de novation¹⁵⁹. Quoiqu'il en soit, la présomption de la cession semble, dans ce cas, plus pragmatique et logique, car l'une des exigences premières pour qu'il ait novation est l'existence d'un *animus novandi*, et en l'espèce elle ne peut pas être présumée.

Faisons remarquer, cependant, que la demande d'acceptation de la cession par le débiteur n'a pas plus de légèreté que la novation par changement de créancier qui exige un engagement du débiteur à l'égard du nouveau créancier. La novation serait même plus sécurisant car l'obligation du débiteur serait exempte des vices de l'obligation originaire.

3 déc. 1991 : Bull. civ. IV, n° 370, p. 256.). Si le débiteur accepte la cession, il ne peut plus opposer au cessionnaires les exceptions fondées sur ses rapports avec le cédant, sauf si le cessionnaire en acquérant la créance a agi sciemment au préjudice du cédé (Cass. Com. , 30 juin 1992 : JCP éd. E, 1993, I, 243.)

¹⁵⁷ AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, t. 4, par BARTIN, n°324, p. 329.

¹⁵⁸ Cass. Civ. 2 Août 1847, DP 1847, 1, 315 ; Cass. Req. 20 Avril 1874, DP 1874 , 1, P. 343

150- Aussi, ce formalisme lourd et complexe prescrit par l'article 1690 du code civil s'accorde mal avec les impératifs de simplicité et de sécurité juridique liés à la consécration de la cession de créance, ce qui donne à la novation un avantage formel certain.

151- **Les conditions de fond.** Du point de vue du fond, la différence essentielle entre la novation et la cession de créance résulte de l'extinction de la créance que comporte la première.

La cession de créance a pour objet de transférer la créance entièrement et avec son maintien sur la tête d'un nouveau titulaire, tandis que la novation a un objet différent, qui est de modifier, par voie d'extinction et de création, un élément substantiel de l'obligation, le créancier.

Certes, dans la novation, lorsque c'est une des parties, élément de l'obligation, qui est concernée, les résultats obtenus se rapprochent sensiblement de ceux de la cession de créance. Mais à la différence de celle-ci, l'obligation est altérée du fait de la modification substantielle qui n'est pas possible sans cette conséquence. Aussi, faut-il relativiser cette altération, nous le démontrerons, qui ne fait pas disparaître tous les éléments de l'obligation initiale.

152- **Sur le plan des effets.** Quant aux effets, la différence ci-dessus a, en outre, des répercussions décisives qui peuvent révéler incontestablement la supériorité pratique de la cession de créance sur la novation par changement de créancier. Cependant, il n'en est rien.

¹⁵⁹ Cass. Civ. 9 Mars 1864, DP 1864, 1, p. 190

153- Dans la cession de créance, même si le créancier bénéficie de tous les droits et accessoires de la créance, cela ne lui est pas toujours favorable. En effet, les vices, qui affectaient le droit du cédant continueront à affecter la créance entre les mains du cessionnaire. Le débiteur conserve donc le bénéfice de tous les moyens de défense qu'il aurait pu faire valoir contre le créancier cédant. Il pourra, pour paralyser ou anéantir la créance, se servir à l'encontre du cessionnaire de tous les moyens de défense qu'il aurait eu le droit de faire valoir contre le cédant. C'est le principe de l'opposabilité des exceptions. Autrement dit, la cession de créance ne confère pas au cessionnaire un titre exempt de tous vices, ni même la possibilité d'un recours contre le cédant, qui ne lui garantit que l'existence de la créance. Le débiteur peut ainsi opposer: l'exception de garantie que lui devait le cédant en raison d'une éviction provoquée par le fait de ce dernier; les exceptions tendant à diminuer le montant de la créance cédée¹⁶⁰; l'autorité de la chose jugée entre le débiteur et le cédant; la prescription ou la forclusion. Aussi, le débiteur qui peut opposer au cessionnaire une exception inhérente à la dette, en raison du manquement contractuel du cédant, est *a fortiori* fondé à lui opposer la résolution du contrat qui ne fait que tirer la conséquence de l'inexécution ou la mauvaise exécution de celui-ci par le fait du cédant¹⁶¹. Sont également opposables au cessionnaire les exceptions postérieures à la cession qui, indépendamment de la cession, ont leur fondement dans le contrat. Dans la novation par changement de créancier, c'est tout le contraire qui se passe: la novation purge¹⁶² tous les vices qui affectaient l'obligation initiale. Le débiteur ne peut opposer au créancier nouveau les exceptions qu'il aurait pu invoquer à l'encontre du créancier initial. Les seules exceptions qu'il peut

¹⁶⁰ Versailles, 13 mai 1993 : RJDA 11/93, n° 935

¹⁶¹ Cass. Com. 2 juin 1992 : R.D. Banc. N° 34 nov. et déc. 1992, p. 235, obs. CREDOT et GERARD.

¹⁶² Hypothèse réservée où l'obligation initiale était affectée d'une nullité absolue.

invoquer sont les exceptions nées de la convention de novation ou celle tirée de la nullité absolue de l'obligation initiale car la validité de celle-ci est une condition de la novation.

Il s'avère donc qu'en matière de cession de créance, lorsque la créance est viciée, c'est le cédant lui-même qui est dans une mauvaise posture car il est, au terme de l'article 1693 du code civil, garant de la l'existence de la créance, et si elle est rendue inefficace par quelque cause de nullité, il devra indemniser le cessionnaire en lui remboursant le prix de cession et éventuellement avec dommages-intérêts. Ce problème, le cédant peut l'éviter en préférant la novation où celui-ci ne se pose pas. En effet, de l'existence même de la créance dépend la validité de la novation et même si la convention novatoire était onéreuse entre le nouveau créancier et l'ancien et qu'elle se trouve annulée pour inexistence de l'obligation, la question des dommages intérêts s'avérerait plus délicate dans cette hypothèse.

154- Pour le cessionnaire, l'opération peut aussi lui être défavorable surtout lorsque la créance cédée est litigieuse. En effet, le droit français prévoit la possibilité d'évincer le cessionnaire de la créance par le débiteur cédé sur le fondement de la notion de retrait litigieux¹⁶³. Le retrait litigieux est défini comme « *la faculté offerte au débiteur cédé, au cas où la créance est litigieuse, de retirer ladite créance des mains du cessionnaire au prix de la cession, par hypothèse toujours inférieure au prix nominal* »¹⁶⁴. Le débiteur (retrayant) se substitue purement et simplement au cessionnaire (retrayé) et reprend l'opération à son compte, en lui remboursant le

¹⁶³ Sur la notion de retrait litigieux : voir, PIERRE GODE, LOUIS LORVELLEC, *Cession de créance : cession de droits litigieux*, mai 1991, J. -Cl. Civ. Art. 1699 à 1701, fasc. D.

¹⁶⁴ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations*, t. 3, *Régime général*, 5^{ème} éd. 1997, p. 28, n° 56.

prix réel de la cession, ainsi que les frais et les coûts, avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite (art. 1699 du code civil). Le cessionnaire perd donc tout droit sur la créance cédée.

155- Ainsi, si le retrait litigieux répond au triple objectif¹⁶⁵ de couper court à des opérations spéculatives de la part d'usuriers, de donner au débiteur l'occasion de s'acquitter au meilleur compte ou de mettre fin à une procédure en faisant disparaître l'objet du litige, il n'en préjudicie pas moins le cessionnaire qui comptait faire une spéculation sur la créance en cause.

156- Quant aux sûretés garantissant l'exécution de la créance, le cessionnaire pourra en jouir alors que dans la novation le nouveau créancier ne peut en faire autant du fait de leur extinction consécutive à celle de l'obligation initiale. Mais cette difficulté n'est pas insurmontable :

D'abord, L'article 1279 du code civil permet aux parties de stipuler le transport à l'obligation novée des garanties de l'obligation initiale. Lorsque le report des garanties est stipulé, le créancier nouveau y a tout intérêt dans la novation puisque les garanties reprennent une nouvelle date et donc un nouveau délai de prescription en sa faveur. En plus les hypothèques légales qui garantissaient l'obligation initiale conservent leur date initiale et leur rang primitif.

Ensuite, cette règle trouve une limite, lorsque, dans une cession partielle de créance, le créancier cédant stipule le maintien des sûretés pour garantir le paiement de la fraction de créance restant à sa

possession¹⁶⁶. Dans un tel cas on aboutit à une situation similaire de celle qui découle d'une novation classique où «... les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée... »¹⁶⁷.

157- Aussi, certains auteurs, préconisent-ils, dans un tel type de cession, de présumer purement et simplement que le créancier cédant ait voulu conserver le bénéfice des sûretés, en raison de l'utilité incontestable qu'elles présentent pour lui¹⁶⁸.

158- Enfin, la novation met le créancier bénéficiaire à l'abri de toute déchéance de la part d'un autre cessionnaire de la même créance.

B / Novation et cession Dailly

160- La cession de créance de droit commun, si elle ne prend pas effet entre les parties dès la conclusion du contrat de cession, devient opposable aux tiers qu'après le respect de formalités particulièrement lourdes. Cette lourdeur a conduit les acteurs économiques à se détourner de la cession de droit commun.

161- On constate alors un développement des cessions de créances dérogatoires de droit commun. Cependant, ces dernières sont aussi caractérisées par un formalisme tenant à l'exigence de mentions particulières dans le titre représentant la créance (titres négociables) ou dans l'acte de cession (cession de créance instituée par loi dite

¹⁶⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations*, 7^{ème} éd. Dalloz 1999, p. 1083, n° 1199

¹⁶⁶ Pour un exemple : Cass. Civ., 27 octobre 1976, D. 1977. IR, p. 5

¹⁶⁷ Article 1278 du code civil

¹⁶⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit Civil, *Les Obligations*, Dalloz, p.901.

"DAILLY" du 2 janvier 1981)¹⁶⁹. Pour pouvoir être valables et produire leurs effets, les cessions de créances professionnelles doivent respecter donc un formalisme précis. Ce formalisme rapproche sensiblement ce type de cession aux effets de commerce.

162- Mais cette qualification d'effets de commerce aux cessions de créances professionnelle est souvent écartée par la doctrine. M. Jean. STOUFFLET, tout en écartant la qualification d'effet de commerce, utilise l'expression de « pseudo-cambiaire » pour qualifier l'opération¹⁷⁰. L'assimilation doit donc être écartée car le bordereau ne constate pas un nouvel engagement pour être qualifié d'effet de commerce¹⁷¹. Qu'en est-il alors lorsque le débiteur donne son consentement à la cession ?

163- De fait, la loi permet au cessionnaire de demander au débiteur de s'engager à le payer directement¹⁷². Mais le contentieux généré par cette acceptation, qui est d'ailleurs faite au profit du cessionnaire puisqu'elle a pour effet l'inopposabilité des exceptions par le débiteur à ce dernier, montre les limites d'une telle opération par rapport à la novation où l'on n'exige l'accomplissement d'aucune autre formalité que celle habituellement accomplie pour la conclusion d'un contrat et où l'inopposabilité des exceptions retrouve tout son empire.

164- En effet, l'acceptation dans la cession Dailly doit respecter le formalisme imposé par l'article L. 313-29 du code monétaire et

¹⁶⁹ Articles L. 313-23 et s. du code monétaire et financier.

¹⁷⁰ J. STOUFFLET, *Propos sur la transmission des créances*, Mélanges A. WEILL, 1983, p. 515 à 517 : l'auteur compare les formes requises par l'article premier de la loi du 2 janvier 1981 pour la cession par bordereau Dailly à l'article 121 du code de commerce quant aux formes requises pour la lettre de change.

¹⁷¹ J. STOUFFLET, *Propos sur la transmission des créances*, Ibidem, p. 516

financier. En particulier la signature de l'acceptation doit être manuscrite. A défaut cette acceptation non conforme aux exigences de l'article L.313-29 est atteinte de nullité. La loi impose une telle rigueur de l'acceptation que les termes de l'intitulé sont strictement impératifs à peine de nullité : « *acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle* ». A part l'assouplissement qui tient au fait d'éliminer le terme de cession ou de nantissement pour ne retenir que le terme correspondant à l'opération en cause¹⁷³, la Cour de cassation exige le respect des formalités de l'article L.313-29 du code monétaire et financier. C'est ainsi que par un arrêt du 29 novembre 1994¹⁷⁴, la Cour de cassation a écarté l'argument d'un banquier qui a fait valoir dans son pourvoi que l'acceptation de la traite et son escompte devrait faire jouer l'article 6 de la loi du 2 janvier 1981 (actuel article L.313-29 du code monétaire et financier). En fait, pour la cour, l'acceptation de la traite n'est pas une acceptation Dailly, non seulement parce que cette dernière est subordonnée à l'accomplissement d'une formalité spécifique, mais également et surtout, parce que l'engagement cambiaire n'a pas la même portée que l'engagement Dailly. En fait, le tiré-accepteur ne renonce pas à ses exceptions à l'égard du tireur ou du donneur d'ordre, donc à l'égard du cessionnaire si celui-ci a l'une ou l'autre de ces qualités¹⁷⁵.

¹⁷² Article 6 de la loi du 2 janvier 1981

¹⁷³ Cass. com., 22 fév. 1994, RTD com. 1994, p. 537.

¹⁷⁴ Cass. com., 29 nov. 1994, RTD com. 1995, p. 173 Obs. CABRILLAC.

¹⁷⁵ CH. GAVALDA, *Sécurités et précarités de la cession de créances par voie Dailly*, JCP 1989, II, 15374, n° 15.

L'acceptation de la cession suscite aussi beaucoup de difficultés quant aux règles de preuve¹⁷⁶ et a des conséquences sur la preuve de l'existence de la créance¹⁷⁷.

165- On voit donc combien le besoin de sécurité, recherché par le cessionnaire dans l'acceptation du débiteur est miné par le formalisme de l'article L. 313-29 du code monétaire et financier. Or, on écarte la novation, dans les opérations de cession, par l'exigence qu'elle implique du consentement du débiteur qui constituerait une formalité lourde. Mais pour autant on sait que cette acceptation offre plus de sécurité au cessionnaire surtout quant à l'opposabilité des exceptions. Pourquoi alors ne pas préférer la novation qui n'implique pas tout ce formalisme, formalisme dont d'ailleurs le contentieux témoigne de sa défectuosité par rapport à l'objectif de rapidité recherché. En effet, même si dans la novation, il faut le consentement du débiteur, celle-ci, comparée à la cession-acceptation Dailly, semble mieux à même de répondre à la sécurité du cessionnaire. Ce dernier n'ayant dans le cadre d'une novation qu'à respecter les conditions générales du contrat et bénéficiera ainsi de l'inopposabilité des exceptions sans avoir à risquer un contentieux tenant aux formalités de l'acceptation-Dailly ou même un concours de la part d'autres créanciers cessionnaires de la même créance.

166- Vu donc tout le contentieux qu'il y a en matière de cession Dailly, contentieux qui est souvent relatif aux prescriptions

¹⁷⁶ CA Paris, 13 fév. 1991, RTD com., p. 273, note Cabrillac et Teyssié : La cour d'appel a eu à trancher la question de savoir si l'article 1326 du code civil était applicable à l'acceptation de l'article 6 de la loi Dailly. En l'espèce, le débiteur-cédé n'était pas commerçant. La cour a jugé que le droit commun de la preuve devait s'appliquer et donc que le cessionnaire ne pouvait pas prouver l'acceptation par la mention potée sur le bordereau dès lors qu'elle n'était pas complétée par l'indication de la somme écrite de la main du débiteur.

¹⁷⁷ Cass. com. 18 fév. 1997, Bull. civ., IV, n° 54, p. 48 : la cour a jugé que « *sauf acceptation de la cession par le prétendu débiteur, il incombe à celui qui invoque contre lui la créance de la prouver* ».

formalistes ou à l'opposabilité des exceptions, la voie de la novation par changement de créancier peut trouver sa place. Le seul problème qui peut se poser est en effet le sort des garanties affectées à la créance. Mais même dans ce dernier cas, l'obstacle n'est pas insurmontable car il suffit pour le cessionnaire de stipuler le maintien des garanties.

On pourrait même prévoir, par anticipation, dès la formation du contrat générateur de la créance entre le cédé et cédant, que les garanties affectées à la cette créance seront maintenues dans l'hypothèse d'une novation future. On peut aussi envisager que le débiteur donne son consentement anticipé, dès la formation du contrat, à une novation future de la créance. En conséquence, les cautions et autres garants de la créance, prendront ainsi acte du contrat avant de s'engager et donner ainsi leur consentement anticipé au report éventuel des garanties en cas de novation.

II/ Novation par changement de créancier et la substitution de créancier sur l'initiative du débiteur

167- Contrairement au paiement anticipé, dont l'objectif premier consiste à libérer le débiteur de tout ou partie de ses dettes, la substitution de créancier est quelques fois avantageuse pour le débiteur lorsque son créancier refuse de modifier les modalités d'exécution des obligations en cours, ou lorsque les exigences ne correspondent plus à la politique financière du débiteur¹⁷⁸. En général,

¹⁷⁸ F. RIZZO, *Le traitement juridique de l'endettement*, thèse , Presse Universitaire d'Aix-Marseille 1996, préf. J. MESTRE, p. 71, n° 45.

cette substitution de créancier se concrétise dans le cadre d'un prêt substitutif¹⁷⁹.

168- Le principe est que le débiteur, contraint par le poids d'un endettement excessif et par la passivité de son créancier d'origine, décide de lui substituer un autre prêteur, qui participe alors à la régénération de son passif, reposant sur l'extinction des engagements initiaux en vigueur et sur la conclusion d'engagements mieux adaptés à sa nouvelle situation. On assiste donc à une succession d'obligation, corrélative à l'éviction du créancier initial¹⁸⁰.

169- Le problème essentiel concerne le maintien des sûretés initiales, car le nouveau créancier souhaite, à l'évidence, conserver les sûretés originaires, au même rang ; d'où l'analyse des exigences du droit hypothécaire au regard de l'opération (A). Ensuite faut-il montrer que la novation est le procédé du droit des obligations qui permet d'obtenir au moindre coût et avec une sûreté optimale l'effet substitutif et la préservation des sûretés d'origine, notamment l'hypothèque (B).

A/ Position du problème face au droit hypothécaire

170- La volonté de conserver les sûretés réelles initiales, lors de la substitution de créancier, doit tenir compte des exigences du droit hypothécaire, selon lequel l'hypothèque représente l'accessoire d'une créance et se trouve gouvernée par un principe de spécialité.

¹⁷⁹ Voir en particulier Cass. Civ. 1^{ière}, 16 février 1977, Bull. civ., I, n° 96 : En l'espèce, plusieurs personnes avaient ensemble consenti un prêt, le remboursement devant être fait entre les mains d'un mandataire « qui pourrait reprendre le prêt avec ses propres capitaux... et se substituer un nouveau prêteur ». Cette substitution eu lien et un acte novatoire entre celui-ci et l'emprunteur fut établi, définissant un autre taux d'intérêt et de nouveaux délais.

¹⁸⁰ RIZZO, *Le traitement juridique de l'endettement*, idem, n°72.

En effet, le but recherché par les parties étant de remplacer un engagement devenu trop lourd par un autre moins contraignant, tout en préservant les sûretés, il faut que l'hypothèque constituée pour la garantie d'un prêt puisse en garantir un autre consenti par un autre prêteur¹⁸¹.

170- Or l'hypothèque, droit réel portant sur la valeur d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, représente nécessairement l'accessoire de la créance¹⁸². Elle suit le sort de la créance pour la garantie de laquelle elle naît : la transmission de la créance entraîne celle de l'hypothèque, et si la créance s'éteint l'hypothèque disparaît. Ainsi le caractère accessoire de cette sûreté constitue une limite infranchissable à son évolution et à sa transmissibilité ; elle demeure attachée dans sa consistance et dans son existence à la créance qui lui donne naissance¹⁸³.

171- Par ailleurs, l'hypothèque ne s'attache pas à n'importe quelle créance, mais précisément à celle pour la garantie de laquelle elle a été prise. Accessoire, l'hypothèque est aussi spéciale.

Ce principe de la spécialité se dédouble en un impératif de spécialité de l'hypothèque elle-même et en une exigence de spécialité de l'inscription.

La spécialité de l'hypothèque proprement dite ne concerne que l'hypothèque conventionnelle. L'acte constitutif doit énoncer, selon l'article 2132 du code civil, la somme pour laquelle l'hypothèque est

¹⁸¹ J. P. SENECHAL, *Les prêts substitutifs*, JCP 1987, éd. N, I, n° 3 à 12.

¹⁸² Sur le caractère accessoire de l'hypothèque, voir notamment : MOULY, J. cl Notarial, Répertoire, V° hypothèque, fasc. A à D, n° 123 et s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, éd. Dalloz, n°218.

¹⁸³ B. MAUBRU, *La transmission de l'hypothèque*, thèse, Toulouse 1974.

consentie, et la jurisprudence en déduit la nécessité d'indiquer la cause de la créance¹⁸⁴.

La spécialité de l'inscription intéresse l'ensemble des hypothèques et des privilèges spéciaux immobiliers. Selon l'article 2148 du code civil, le bordereau d'inscription doit indiquer « la cause de l'obligation garantie par le privilège ou l'hypothèque » ainsi que « l'indication du capital de la créance, de ses accessoires, et de l'époque normale d'exigibilité ».

On observe que le principe de spécialité et le caractère accessoire de l'hypothèque présente une finalité comme : la protection du débiteur. De fait, ils assurent ce dernier qu'en payant la créance pour la garantie pour laquelle l'hypothèque existe, il recouvrera son crédit hypothécaire, sans avoir le droit de la valeur de l'immeuble libéré par l'extinction de la sûreté. En outre, si l'acte constitutif doit énoncer la cause de la créance, c'est pour éviter que l'hypothèque garantisse successivement plusieurs créances du même ou de divers créanciers.

La spécialité de l'inscription se réfère également à un objectif de protection dans la mesure où l'article 2148 alinéa 3 du code civil dispose que l'inscription doit déterminer le montant et la cause de la créance garantie. Toutefois, il ne s'agit pas simplement de sauvegarder le débiteur. Les tiers, notamment les autres créanciers du débiteur et l'acquéreur éventuel de l'immeuble, doivent connaître la limite chiffrée de l'emprise de l'hypothèque sur la valeur de l'immeuble afin de la rattacher à une créance déterminée.

¹⁸⁴ Cass. civ. 6 fév. 1939, Sirey 1941, 1, p. 145, note R. RODIERE

La spécialité de l'inscription prémunit donc les autres créanciers contre « l'hypothèque volante »¹⁸⁵.

172- En définitive, il faut retenir, pour la recherche du procédé sur lequel repose la succession de créanciers et qui doit assurer le maintien des sûretés initiales, que tout privilège spécial immobilier, toute hypothèque légale ou conventionnelle, représente l'accessoire de la créance pour la garantie de laquelle il naît et disparaît avec l'extinction de cette créance.

Par ailleurs, même en présence d'une novation avec réserve expresse des sûretés, le privilège ou l'hypothèque ne peut garantir plus que ce qui reste dû au créancier lorsque l'opération de substitution intervient¹⁸⁶.

B/ La novation par changement de créancier, un mécanisme inhérent au prêt substitutif

173- Lorsque le créancier, partie au prêt initial, ne veut pas le modifier, l'emprunteur se trouve contraint de rechercher un nouveau prêteur acceptant de se substituer au premier. Plusieurs voies s'ouvrent alors pour réaliser l'opération : un paiement anticipé, une subrogation personnelle, ou encore une novation par changement de créancier¹⁸⁷.

¹⁸⁵ J. P. SENECHAL, « *Les prêts substitutifs* », art. précité, n° 8

¹⁸⁶ J. P. SENECHAL, « *Les prêts substitutifs* », art. précité, n° 12.

¹⁸⁷ J. P. SENECHAL, « *Les prêts substitutifs* », art. précité, n° 23 et s.; J. STOUFFLET et F. SCHAUFELBERGER, *La renégociation des prêts immobiliers*, RDI, 1988, p. 325 ; N. THIBIERGE, *Les prêts substitutifs*, RDBB, 1988, n° 7, p.76 ; M. VION, *La renégociation des prêts immobiliers*, n° 2 ets. ;

L'emprunteur peut donc conclure un nouveau prêt et opérer un paiement anticipé du précédent sans établir de lien juridique entre les deux actes. Ce procédé protège le second prêteur contre les éventuels vices affectant le crédit initial.

Mais, l'hypothèque conventionnelle garantissant le second prêt prend rang à la date de l'inscription, de sorte qu'elle risque d'être primée par d'autres sûretés inscrites depuis la réalisation du prêt d'origine.

Par ailleurs, cette solution s'avère onéreuse pour le débiteur, en raison, notamment, des émoluments de prêt et de mainlevée ainsi que de la taxe de publicité ; il paraît donc préférable de rechercher un autre mécanisme¹⁸⁸.

La subrogation réalise une véritable substitution de contractant : le nouveau prêteur va prendre, dans le rapport contractuel déjà établi avec l'emprunteur, la place du premier.

De fait, il s'agit pour le débiteur de contracter un nouveau prêt afin de rembourser par anticipation celui octroyé par un précédent prêteur, tout en faisant profiter le bénéficiaire de la subrogation des garanties attachées à la créance initiale, sans modification de leur rang. A cette raison s'ajoute une considération pratique : contraint d'accepter le remboursement anticipé, toujours stipulé dans les contrats de prêt, rien n'oblige pour autant le créancier à consentir à la subrogation de l'article 1250-1° du code civil¹⁸⁹. En revanche, lorsque

¹⁸⁸ M. VION, *La renégociation des prêts immobiliers*, *op cit*, n° 3.

¹⁸⁹ Selon l'article 1250-1° du code civil, lorsque la subrogation est consentie par le créancier, ce dernier « recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèque contre le débiteur : cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement ». Ainsi, cette forme de subrogation suppose un acte de volonté du créancier à l'origine

le paiement émane du débiteur, et qu'il s'effectue dans les formes prescrites à l'article 1250-2° du code civil, la subrogation s'impose au créancier.

174- Cependant la subrogation n'assure pas au nouveau créancier l'entière efficacité de l'opération. Il n'est pas, en effet, protégé contre les éventuels vices affectant le crédit initial. La subrogation ne purgeant pas les exceptions que le débiteur pouvait opposer au prêteur initial, le nouveau prêteur risque des erreurs qu'il n'a pas commises. Ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une novation.

La novation par changement de créancier opère, selon l'article 1271 du code civil¹⁹⁰, « lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé ». Concrètement, si on fonde le prêt substitutif sur une novation par changement de créancier, l'opération se déroule de la manière suivante : le nouveau prêteur rembourse par anticipation, en l'acquit de l'emprunteur, le prêt initial consenti par le prêteur initial, ce qui conduit l'emprunteur à se reconnaître débiteur du nouveau prêteur¹⁹¹. Conformément au mécanisme de la novation, il existe, dans ce schéma, un lien entre les deux engagements : le remboursement de l'obligation initiale constitue la cause de la nouvelle obligation.

d'une convention de subrogation conclue entre ce dernier et le tiers *solvens* à laquelle le débiteur n'a pas à intervenir (J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, LGDJ 1979, n° 71 et s. ; P. CHAUMETTE, *La subrogation personnelle sans paiement ?*, RTD civ., 1986, p. 33).

Selon l'article 1250-2° du code civil, la subrogation consentie par le débiteur intervient « lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette » et il peut alors « subroger le prêteur dans les droits du créancier (...) sans le concours de la volonté du créancier (J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *ibid* ; p. 301. CHAUMETTE, *La subrogation personnelle sans paiement ?*, *ibid*).

¹⁹⁰ P. SIMLER, *Novation*, J. cl. Civil, art. 1271 à 1281 ; DAGOT, *La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire*, JCP. Ed. G. 1975, I, 2693 ; PACTET, *De la réalisation de la novation*, RTD civ., 1975, p. 435, 642.

Sans doute, l'effet novatoire entraîne l'extinction des sûretés garantissant l'obligation initiale. Mais, en raison du lien qui unit la nouvelle obligation à la précédente, le créancier peut faire réserve expresse des privilèges et hypothèques en invoquant la mise en œuvre de l'article 1278 du code civil qui prévoit une dérogation au caractère accessoire des dites sûretés¹⁹².

174- Ainsi aménagée, la novation par changement de créancier se rapproche de la subrogation personnelle. Toutefois elle en diffère en ce qui concerne l'opposabilité des exceptions : la subrogation, emportant cession de créance, transfère au subrogé la créance avec les vices qui l'affectent ; le débiteur peut donc opposer au créancier subrogé les exceptions dont il dispose à l'encontre du créancier originaire. Au contraire, l'effet novatoire éteint l'obligation originelle pour lui en substituer une nouvelle, interdisant, de ce fait, au débiteur d'opposer au nouveau créancier les irrégularités ou les moyens de défense relatifs à l'obligation éteinte, ce qui semble conforme aux intérêts du nouveau créancier sans nuire au débiteur qui peut opposer les exceptions nées de la convention de novation. La novation se révèle donc préférable à la subrogation.

Conclusion du chapitre

175- On a vu la conception subjective de l'obligation ne permettait pas une transmission des créances, et que c'est à la technique de la novation qu'on fit appel, de manière à obtenir un résultat approchant, par le détour de la création d'une obligation nouvelle, conjuguée avec l'extinction de l'ancienne.

¹⁹¹ VION, *La renégociation des prêts immobiliers*, art. précité, n° 3.

¹⁹² Art. 1278 du code civil : Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

176- On a vu également que cet état des choses n'a que partiellement changé avec la consécration par le code civil de la cession de créance. Cette dernière, en effet, ne peut concerner que les créances de sommes d'argent qui peuvent être détachées du lien de droit qui unit le débiteur au créancier. Les créances en nature quant à elles restent insusceptibles de cessions pures et simples car indétachables du lien d'obligation et par conséquent donnent à la novation par changement de créancier un domaine efficient.

177- La novation par changement de créancier reste donc une institution originale au regard de la transmission indirecte des créances en nature.

CHAPITRE DEUXIEME

LE DOMAINE DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE DEBITEUR

178- « *La seconde espèce de novation, dit Pothier¹⁹³, est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau débiteur, lorsque quelqu'un se rend à ma place débiteur envers mon créancier, qui l'accepte pour son débiteur, et me décharge en conséquence* ». Cette espèce de novation est définie par l'article 1271-2° du code civil comme celle qui s'opère « lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier. » En d'autres termes, le créancier libère son débiteur originaire en contrepartie de l'engagement souscrit envers lui par un second débiteur. Le créancier reçoit l'engagement de ce nouveau débiteur et, simultanément, décharge l'ancien.

179- Le code civil français propose deux hypothèses de novation par changement de débiteur, qui se distinguent par le fait que l'une implique, et l'autre, non, la participation du débiteur initiale¹⁹⁴.

¹⁹³ POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit., tome II, n° 583.

¹⁹⁴ COLIN ET CAPITANT, *Traité élémentaire de droit civil Français, refondu par JULIOT DE LA MORANDIERE*, t. II, 11^{ème} éd. 1959, n° 1526 ; RIPERT ET BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le traité de PLANIOL*, t. II, *Obligations, Droits réels*, 1957, n° 1759 ; HENRI, LEON ET JEAN MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations* par FRANÇOIS CHABAS, 8^{ème} éd. Montchrestien 1991, n°1219 ;

Dans la première¹⁹⁵, un nouveau débiteur s'offre spontanément pour remplacer le premier. Le créancier et le nouveau débiteur réalisent seuls, sans le concours du débiteur initial, c'est cette novation qui tire du droit romain son appellation d'*expromissio*.

Dans la seconde, le nouveau débiteur est invité par le débiteur initial à s'obliger à ses lieu et place. Pour que ce changement soit novatoire, il faut que le premier débiteur soit libéré ; à défaut, on ne ferait qu'ajouter un second débiteur pour la même dette. Cette novation est très proche de la délégation parfaite, mécanisme complexe prévu par les articles 1275 du code civil : "la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation".

180- La novation par changement de débiteur a une utilité incontestable. Elle permet, lorsqu'elle intègre le mécanisme de la délégation, non seulement une simplification¹⁹⁶ des rapports juridiques (par exemple : en réduisant deux liens d'obligations en un seul. Si l'on suppose que A est créancier de B, et que ce dernier est lui-même créancier de C, il peut paraître commode, en supprimant les deux rapports A-B et B-C, d'établir un lien direct et unique entre A et C) (SECTION 1), mais aussi de pallier, de manière approximative, l'absence, en droit français positif, de la technique de la cession de dette¹⁹⁷ (SECTION 2). Encore que dans ce dernier cas, faut-il que le nouveau débiteur offre les mêmes garanties qu'offrait l'ancien pour

¹⁹⁵ Article 1274 du code civil.

¹⁹⁶ M. BILLIAU, *La délégation de créance : Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, Thèse LGDJ 1989, n° 3.

¹⁹⁷ SIMLER, *Juris - Class. Civ. Code, Art. 1271 à 1281*, p. 64, n° 3 ; JEROME FRANCOIS, *Droit civil, « Les Obligations, Régime général »*, Tome 4, 1ère éd. Economica 2000, P. 373

que le résultat soit fort semblable à celui qui serait résulté d'une véritable cession de dette¹⁹⁸.

¹⁹⁸ BEUDANT ET LEREBOURS - PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français, t. IX, Les contrats et les obligations* par LAGARDE, 2^{ème} éd. 1953, n° 1009 et s.

SECTION 1/ LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE DEBITEUR, UNE TECHNIQUE AU SERVICE DE L'EXTINCTION SIMPLIFICATRICE DES RAPPORTS COMPLEXES

181- La novation fait l'objet d'une section du code civil. Mais à l'intérieur de cette section, les articles 1275 et 1276 mentionnent une autre technique, celle de la délégation, qui, en raison de la place qu'elle occupe et du fait qu'elle est aussi une technique d'extinction simplificatrice des rapports complexes, pourrait trompeusement apparaître comme une variante de la novation.

Les auteurs s'efforcent le plus souvent de distinguer la délégation de la novation en raison de la confusion qui a longtemps existé entre ces deux opérations¹⁹⁹.

Il convient donc de les distinguer (Paragraphe Premier), avant de voir comment la novation peut remplir cette fonction d'extinction simplificatrice (Paragraphe Deuxième).

Paragraphe premier / Novation par changement de débiteur et délégation

182- Il existe deux catégories de délégations : la délégation imparfaite, dans laquelle le délégataire accepte un débiteur qui lui est délégué, sans pour cela renoncer à la première créance dont il pouvait

¹⁹⁹ En effet, La délégation comme la novation fut utilisée comme technique de substitution pour remédier à l'intransmissibilité de l'obligation.

être titulaire contre le délégant. La délégation parfaite dont la novation est une modalité qui emporte la libération du débiteur.

La délégation comme la novation peuvent aboutir au même résultat, mais elles sont deux institutions différentes et autonomes

I / Points de concordance entre la novation par changement de débiteur et la délégation

183- La délégation est envisagée par le code civil²⁰⁰ comme un mode d'extinction des obligations. La délégation se rapproche ainsi de la novation en ce : d'abord, elle suppose comme la novation une obligation préexistante (A) ; ensuite, l'obligation du délégué ou du nouveau débiteur est une obligation nouvelle (B).

A / La délégation comme la novation suppose une obligation préexistante

184- L'existence d'une ou deux obligations originaires unissant respectivement le délégué au délégant et le délégant au délégataire n'est pas, selon une opinion doctrinale traditionnelle et quasi unanime²⁰¹, obligatoire. La délégation serait donc concevable en dehors de l'existence d'une obligation du délégué envers le délégant, et même, en dehors de toute obligation préexistante entre le délégant et le délégataire. Les partisans de cette opinion défendent l'idée que la délégation est une technique contractuelle à usages multiples devant pouvoir servir, par exemple – toutes les combinaisons étant permises -

²⁰⁰ Articles 1275 et 1276

²⁰¹ Voir, par exemple MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, op. cit, n° 425, SIMLER, J- Cl. Civil préc., n° 15 et s. ; voir aussi l'exposé détaillée de cette doctrine par M. BILLIAU (*La délégation de créance, Essai d'une théorie de la délégation en droit des obligations*, LGDJ 1989, n°11 et s.).

de moyen pour une personne de consentir à une autre (le délégataire) un prêt ou une libéralité en lui déléguant un de ses débiteurs, au cas où existerait seulement une obligation du délégant envers le délégataire, de moyen pour le délégué de consentir indirectement au délégant une libéralité ou un prêt, ou directement, pourquoi pas, une sûreté en garantie de sa dette.

185- Deux auteurs au moins, cependant, sont opposés à cette opinion : M. BILLIAU et M. FRANCOIS. Si leur interprétation de l'opération devait s'avérer exacte, ce qui semble être le cas, du moins partiellement, il y a un risque de confusion entre novation et délégation.

186- M. BILLIAU²⁰² a fondé sa thèse sur l'idée que la délégation ne peut en aucun cas prendre place en dehors d'un contexte de préexistence de deux obligations, l'une du délégué envers le délégant, et l'autre du délégant envers le délégataire, et qu'elle ne peut, par conséquent, être rien d'autre qu'un mode d'extinction simplifié des obligations. M. BILLIAU avance ainsi plusieurs arguments :

Le premier tient à ce que la délégation puisse produire un effet novatoire : *« la délégation requiert en fait l'existence d'obligations primitives liant certains de ses intervenants au titre de ses éléments constitutifs. Elle apparaît comme une technique d'extinction simplifiée d'obligations. Le fait, unanimement admis, que la délégation puisse produire un effet novatoire est d'ailleurs un indice sérieux en faveur de cette analyse. En effet, il serait étonnant qu'un mécanisme dont*

²⁰² M. BILLIAU, *La délégation de créance, Essai d'une théorie de la délégation en droit des obligations*, Préf. J. GHESTIN, LGDJ 1989.

l'objet ne serait pas, par nature, l'extinction d'obligations puissent produire un effet novatoire »²⁰³.

Le deuxième est textuel : *« il résulte de la lecture de l'article 1275 du code civil que le délégant est préalablement débiteur du délégataire. En effet, ce texte énonce : « la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur... ». Il apparaît donc à l'évidence qu'une obligation antérieure unit ces deux parties. En outre, de sa formulation négative : « ...n'opère point novation, si le créancier n'a pas expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation », on peut déduire que le lien de droit subsiste lorsque la délégation ne produit pas d'effet novatoire, ce qui suppose qu'un tel lien existe. A défaut, on peut estimer qu'il s'agit d'une stipulation pour autrui. Enfin, les qualités de créancier du bénéficiaire de la délégation et de débiteur dans la personne du délégant sont expressément visées et l'article 1275 fait le lien entre ces deux protagonistes :...si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur... »²⁰⁴*

S'agissant de la nécessité d'une créance du délégant à l'encontre du délégué, M. BILLIAU commence par montrer qu'aucune décision ne pose en principe qu'une telle créance n'est pas nécessaire avant d'affirmer que finalement *« on peut considérer qu'aucun argument, ni exemple déterminant n'est véritablement pertinent pour justifier l'exclusion d'une obligation antérieure entre le délégant et le délégué ; un principe contraire doit donc être adopté »²⁰⁵.*

²⁰³ M. BILLIAU, *La délégation de créance, Essai d'une théorie de la délégation en droit des obligations*, op. cit., n° 7, p. 15.

²⁰⁴ M. BILLIAU, *Rép. Civ. Dalloz*, CD 2003, v. Délégation.

²⁰⁵ M. BILLIAU, *La délégation de créance, Essai d'une théorie de la délégation en droit des obligations*, op. cit., n° 38 et s., p. 48 et s.

187- M. FRANCOIS²⁰⁶ conclut aussi au rejet de la délégation sans obligation du délégué envers le délégant.

A l'occasion des développements qu'il consacre à la délégation, l'auteur relève que « *la doctrine dans son ensemble estime que la délégation ne supposerait pas forcément l'existence d'un contrat de base entre le délégué et le délégant* ». Entreprenant d'apprécier « *la notion de délégation sans contrat de base* (dans l'optique de M. FRANCOIS, la délégation sans contrat de base est la délégation conclue en dehors de toute obligation de base du délégué envers le délégant) *greffée sur une obligation originaire du délégant envers le délégataire* », l'auteur écrit qu'« *une telle notion correspond à des hypothèses d'opérations juridiques à trois personnes dont l'existence est tout à fait envisageable* ». Le problème est que plus loin, alors qu'il précise son propos, M. FRANCOIS prend le parti de considérer qu'« *il convient de ranger parmi les opérations pouvant répondre à la définition de la délégation sans contrat de base greffée sur une obligation originaire du délégant envers le délégataire une autre opération juridique triangulaire prévue par le code civil aux articles 2011 et suivants : le cautionnement*²⁰⁷. Or, l'opération qu'est le cautionnement a été rangé au préalable par l'auteur dans une catégorie d'opérations triangulaires distinctes de celle des opérations juridiques attributives : la catégorie des opérations juridiques triangulaires « *assises sur un contrat à effets bilatéraux* »²⁰⁸. Le concept de délégation sans contrat de base greffée sur une obligation originaire du délégant envers le délégataire apparaît dès lors à M. FRANCOIS

²⁰⁶ La thèse de M. FRANCOIS a pour objet l'étude d'une catégorie d'opérations juridiques que l'auteur nomme « opérations juridiques triangulaires attributives ». La catégorie comprendrait la stipulation pour autrui et la délégation de créance (J. F., *Les opérations juridiques triangulaires attributive (stipulation pour autrui et délégation de créance)*, thèse dactyl., Paris II, 1994.

²⁰⁷ J. FRANCOIS, op. cit., n° 391.

²⁰⁸ J. FRANCOIS, op. cit., n° 393

comme « *de nature à provoquer une confusion entre deux catégories d'opérations triangulaires pourtant tout à fait distinctes l'une de l'autre* ».

188- Il se trouve, cependant, que la chambre commerciale de la Cour de cassation a, par un arrêt du 21 juin 1994²⁰⁹, écarté l'idée que l'existence d'une obligation entre le délégué et le délégant puisse participer à la nature juridique de la délégation. « *C'est à bon droit, proclame la chambre commerciale, que l'arrêt (de la cour d'appel) déclare qu'il importait peu que le délégué ait été, ou non, débiteur (du délégant* »).

189- Quoi qu'il en soit, la thèse sur la nécessité, au moins, d'une obligation préexistante entre le délégué et le délégataire est encore inébranlable, et c'est là que se trouve le risque de confusion entre la novation et la délégation. Ce risque est encore plus net dans le contenu de l'obligation du délégué ou du nouveau débiteur.

B / Novation par changement de débiteur et délégation mettent à la charge du nouveau débiteur ou du délégué une obligation nouvelle

190- La délégation parfaite comme la novation par changement de débiteur emporte nécessairement création d'un rapport de droit nouveau. C'est un rapport juridique nouveau, conclu directement au profit du délégataire²¹⁰ ou du créancier en cas de novation par changement de débiteur.

²⁰⁹ Cass. com., 21 juin 1994 : Bull. civ. IV, n° 225 ; JCP 1994, éd. G, I, 3803, obs. M. BILLIAU ; Contrats, conc., consom., déc. 1994, n° 246, obs. L. LEVENEUR ; D. 1995, somm. 91, obs. L. AYNES ; RTDciv. 1995, p. 113, obs. J. MESTRE.

²¹⁰ M. BILLIAU, *La délégation de créance*, thèse préc., n° 113 et s., p. 115 et s. ; Rép. Civ. Dalloz, CD 2003, v. Délégation, n° 28

191- Cependant, un auteur M. FRANCOIS, soutient que l'obligation du délégué envers le délégataire n'est pas créée, contrairement à ce que l'on enseigne habituellement, par une convention passée entre ces derniers²¹¹. Selon cet auteur, en effet, la « *source efficiente* » de l'obligation du délégué envers le délégataire est ailleurs : là où se trouve sa cause²¹². Or, la cause de l'obligation du délégué²¹³ « *s'absorbe dans la cause de l'obligation générée par le contrat de base*²¹⁴ » et ne constitue pas un but nouveau²¹⁵. La conclusion à laquelle ces propositions mènent l'auteur est que la source efficiente de la délégation n'est rien d'autre que le contrat conclu entre délégant et délégué (comme la source efficiente du droit du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui se situe dans la convention passée par le stipulant avec le promettant) et que le consentement donné par le délégué à la délégation, dépourvu de toute valeur efficiente dans ses relations avec le délégataire, représente le consentement donné par un débiteur à son créancier (le délégant) d'accomplir son obligation de base, « *c'est-à-dire la prestation faisant objet de cette obligation* », au profit par rapport au contrat, à savoir le délégataire²¹⁶. En conséquence, l'engagement du délégué, qui n'aurait donc pas de cause nouvelle, ni d'objet nouveau, se trouverait dans une situation de dépendance (par rapport à la relation délégant-délégué), et le délégué pourrait, en principe, opposer au délégataire les exceptions tirées de ses relations avec le délégant.²¹⁷

²¹¹ L'auteur entend ainsi rapprocher l'engagement du délégué de celui du promettant dans une stipulation pour autrui.

²¹² M. FRANCOIS regarde la cause comme le but économique envisagé par le débiteur à l'occasion de la souscription du contrat, la justification économique issue de ce contrat.

²¹³ Sur l'ensemble de la question, Voir M. BILLIAU, *La délégation de créance*, thèse préc., n°142 et s., p.144 et s.

²¹⁴ C'est-à-dire, dans la terminologie de l'auteur, rappelons-le, par la convention unissant le délégué au délégant.

²¹⁵ J. FRANCOIS, thèse préc., n° 56 et s.

²¹⁶ J. FRANCOIS, thèse préc., n° 95, ainsi que p. 367, n° 467 où il écrit que « *c'est bien l'objet de sa propre obligation de base... que le débiteur devra accomplir entre les mains du créancier* ».

²¹⁷ J. FRANCOIS, *ibidem*, n° 414 et s.

192- Cette thèse, bien que pertinente, ne convainc pas :

D'abord parce qu'il est difficilement acceptable que la cause de l'engagement du délégué envers le délégataire puisse se confondre avec la cause de son engagement envers le délégant. D'ailleurs, on l'a vu, cet engagement du délégué envers le délégant n'est pas de l'essence de la délégation²¹⁸.

Ensuite, parce que, en admettant même que l'obligation assumée par le délégué envers le délégataire emprunte sa cause, voire son objet, à l'engagement souscrit envers le délégant, il n'apparaît pas que cela doive nécessairement déboucher sur la conclusion que l'obligation est strictement la même et que les exceptions opposables au délégant sont opposables au délégataire. La novation par changement de débiteur, par exemple, entraîne substitution à l'obligation primitive d'une obligation que l'on considère comme réellement nouvelle encore que rien n'ait pu être modifié quant à l'objet et à la cause.

193- Cependant, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a rendu une décision étonnante le 17 mars 1992²¹⁹. Cette décision tend à raccrocher l'obligation souscrite par le délégué, non à celle dont il serait tenu envers le délégant, mais à celle dont le délégant serait redevable envers le délégataire. La Cour de cassation fit valoir très simplement, et très clairement, sous le visa de l'article 1275 du code civil et par une affirmation très générale, que « *le délégué est seulement obligé au paiement de la dette du délégant* ».

²¹⁸ Cass. Com. 21 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 225.

²¹⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 1992 : JCP 1992, II, 21992, note M. BILLIAU ; D. 1992, 481, note L. AYNES ; R.T.D. civ. 1992, p. 765, Obs. J. MESTRE.

envers le délégataire, et qu'il se trouve déchargé de son obligation lorsque la créance de ce dernier est éteinte par la prescription ».

Si l'on croit cette décision de la Première Chambre civile de la Cour de cassation, le délégué ne s'engagerait donc pas à payer sa dette propre et son obligation ne serait pas réellement nouvelle : au contraire, l'obligation du délégué consisterait à payer la dette même du délégant envers le délégataire ; ainsi le délégué aurait la possibilité d'opposer au délégataire toutes les exceptions inhérentes à la dette du délégant envers lui.

194- Cette décision a naturellement de quoi dérouter. Elle déroute d'ailleurs d'autant plus qu'à peine quelques semaines plus tôt, comme l'a fait remarquer M. BILLIAU qui a annoté l'arrêt, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait adopté un parti exactement inverse à celui de la première Chambre civile en jugeant « qu'en cas de délégation de paiement imparfaite, le délégué ne peut, sauf clause contraire, opposer au délégataire les exceptions dont le délégant pouvait se prévaloir à l'égard de celui-ci²²⁰.

On peut, s'agissant du problème de la nouveauté de l'engagement du délégué, souhaiter ne voir dans l'arrêt de la Première Chambre civile qu'un accident, une parenthèse. La décision du 17 mars 1992 est en effet critiquable, car s'il est certainement exact que les rédacteurs du code civil n'ont envisagé la délégation que greffée sur une dette du délégant envers le délégataire²²¹, ils ont aussi sans aucun doute considéré que c'est à une obligation nouvelle que

²²⁰ Cass. com., 25 février 1992 : JCP 1992, préc. – M. BILLIAU précise toutefois que cette décision n'a pas été publiée au bulletin officiel des arrêts de la Cour de cassation.

²²¹ L'article 1275 du code civil, seul texte ou presque qui traite de la délégation, fait état, rappelons-le, d'une opération « *par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur* ».

l'engagement du délégué donne naissance, et pas simplement comme l'affirme un auteur, à un « *nouveau droit de poursuite, qui se substitue (délégation parfaite) ou s'ajoute (délégation imparfaite) à l'ancien* »²²² et qui donnerait ainsi lieu, soit à une sorte de transmission de dette, soit à une sorte de reprise cumulative de dette²²³. La preuve en est la mention faites par les rédacteurs du code civil, dans un article 1275 qui prend soins de prévenir la libération du débiteur (le délégant) si le créancier (le délégataire) ne l'a pas expressément déchargé²²⁴, d'une novation par changement de débiteur qu'il pourrait sembler naturel de voir se réaliser. Cette crainte des rédacteurs du code civil de voir l'intervention du délégué se traduire par une novation par changement de débiteur ne peut être regardée que comme une forme de reconnaissance de ce que l'engagement de ce délégué donne naissance à une obligation nouvelle et ne se traduit pas simplement par l'entrée d'un nouveau débiteur dans un rapport d'obligation préexistant.

195- La novation par changement de débiteur présente donc beaucoup d'analogie avec la délégation. Faudrait-il alors considérer, compte tenu du constat de la nécessité dans les deux cas d'un rapport fondamental et de l'identité des caractéristiques intrinsèques des engagement du délégué ou du nouveau débiteur (en cas de novation par changement de débiteur), que la distinction entre la délégation et la novation par changement de débiteur est impossible ? Nous ne le pensons pas.

²²² L. AYNES, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, D. 1992,p. 482.

²²³ La reprise cumulative de dette peut-être définie comme l'entrée d'un nouveau débiteur dans un rapport d'obligation préexistant sans libération du débiteur initial.

²²⁴ L'article 1275 dispose que « *la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point novation si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation* ».

II / Points de dissemblance entre la novation par changement de débiteur et la délégation

196- Malgré les ressemblances potentielles sur lesquelles l'accent a été mis jusque-là, des différences existent entre la novation par changement de débiteur et la délégation relativement au processus de formation de l'engagement nouveau (A) ainsi que sur les modalités du consentement du créancier ou délégataire à la libération du débiteur initial (B).

A / Le processus de formation de l'engagement nouveau

197- L'article 1275 du code civil définit la délégation comme « *l'opération par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers lui* ». Comme tout le monde s'accorde à le reconnaître, la délégation qui se greffe sur une obligation originaire du délégant envers le délégataire postule ainsi un ordre du délégant. Comme l'a défini M.BILLIAU, c'est « *l'opération juridique par laquelle un débiteur, appelé délégant, propose à son créancier, appelé délégataire, l'un de ses débiteurs, appelé délégué, qui consent à s'obliger personnellement envers le délégataire* »²²⁵. La délégation est ainsi une convention qui requiert nécessairement le triple consentement du délégant, du délégué et du délégataire. Une opération comme la novation par changement de débiteur, au contraire, peut parfaitement se former par voie d'un simple accord bilatéral entre le nouveau débiteur et le créancier, c'est à dire sans ordre ou sollicitation du débiteur initial. Le code civil dispose expressément dans son article 1274 que « *la novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier*

²²⁵ M. BILLIAU, Rép. Civ. Dalloz, CD 1993, v. Délégation, n° 1

débiteur ». A cet égard, la novation par changement de débiteur marque sa différence avec la délégation.

B / La libération du débiteur initial ou du délégant

198- La lecture des textes révèle une différence entre la délégation et la novation par changement de débiteur, s'agissant du consentement du créancier ou délégataire à la libération du débiteur originaire ou délégant.

L'article 1275 du code civil condamne le consentement tacite induit des fait et circonstances de la cause : le créancier doit avoir « *expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation* »²²⁶. En revanche, aux termes de l'article 1273 du code civil, « *la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte* » ; autrement dit, le législateur n'impose pas de déclaration expresse et admet la novation tacite.

199- Certains auteurs²²⁷, cependant, nient l'exigence spéciale de l'article 1275, et se posent la question de savoir si ce dernier n'est pas une répétition de l'article 1273. A travers cette discussion, c'est l'autonomie de la délégation parfaite qui est en cause.

²²⁶ Cass. civ. 3^{ième}, 12 décembre 2001, Bull. civ. III, n° 153, p. 120 : « *la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire de sa dette* ».

²²⁷ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 7, Obligations, 2^{ième} éd., 1954, par EISMEIN, RADOUANT et GABOLDE, n° 126 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome 4, Obligations, par BARTIN, 6^{ième} éd., 1942, §324, p. 331 ; H. L. J. MAZEAUD, op. cit., par F. CHABAS, n° 1241, p. 1215.

Pour PLANIOL et RIPERT, l'exigence spéciale de l'article 1275 ne se comprend guère²²⁸ ; elle n'est, pour d'autres²²⁹, qu'une simple exigence de la preuve de l'intention de nover.

Pour d'autres²³⁰, c'est-à-dire ceux qui affirment l'autonomie de la délégation parfaite, la déclaration expresse de l'article 1275 n'a rien à voir avec l'intention de nover mais a pour objet la renonciation à un droit, qui, exceptionnellement doit être expresse, mais non formaliste.

Ce deuxième courant doctrinale qui soutient l'autonomie de la délégation ne semble pas conforme à l'esprit de l'article 1275 et l'argument sur lequel il se fonde ne convainc pas. On sait, en effet que la délégation peut ne produire aucun effet novatoire, et l'engagement du délégué sera quant même un engagement nouveau ; ce qui peut laisser croire à une novation par changement de débiteur. Les rédacteurs du code civil ont alors pris le soin de prévenir la libération du débiteur (délégant) si le créancier (délégataire) ne l'a pas expressément déchargé, d'une novation par changement de débiteur. La délégation reste donc un mécanisme autonome puisqu'elle peut se réaliser sans novation ; mais lorsqu'elle réalise une novation, elle se confond avec celle-ci. La délégation novatoire étant ainsi une novation par changement de débiteur, l'exigence d'une déclaration expresse de volonté du délégataire peut être comprise comme une simple exigence de preuve.

²²⁸ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 7, Obligations, 2^{ème} éd., 1954, par EISMEIN, RADOUANT et GABOLDE, n° 126

²²⁹ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome 4, Obligations, par BARTIN, 6^{ème} éd., 1942, §324, p. 331 ; H. L. J. MAZEAUD, *op. cit.*, par F. CHABAS, n° 1241, p. 1215.

200- Ainsi, la délégation ne se confond pas, en principe, avec la novation par changement de débiteur et a une existence juridique indépendante. Seulement, lorsqu'elle intègre le mécanisme de la novation, en tant que modalité de sa réalisation, pour libérer le débiteur sitôt la délégation conclue²³¹, elle se confond avec la novation par changement de débiteur, et est ainsi apte à rendre les mêmes services que cette dernière.

Paragraphe deuxième / La novation par changement de débiteur, un mécanisme inhérent à l'extinction simplificatrice des rapports complexes

201- Pour réaliser une simplification, comme la délégation, il faut supposer que le débiteur est à la fois débiteur du créancier et créancier du nouveau débiteur. Autrement dit, il faut deux rapports fondamentaux, l'un du débiteur initial envers le créancier, l'autre du nouveau débiteur envers le débiteur initial.

Lorsque tel est effectivement le cas, l'utilité la plus évidente de la novation par changement de débiteur est de permettre un paiement simplifié, d'éviter un double paiement. Elle devient ainsi une technique d'extinction simplificatrice.

Soit A est débiteur de B créancier. En même temps, C a une dette envers A, C est donc débiteur et A est à la fois débiteur et

²³⁰ HUBERT, *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, thèse Poitiers, 1899, n° 167 et s. ; LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse dactyl. Bordeaux, 1968, n°228 et s. ;

²³¹ M. BILLIAU, Rép. Civ. Dalloz, CD 1993, v. Délégation, n° 2 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ, op. cit. : « une telle novation (la novation par changement de débiteur) est rare à l'état isolée ; elle se réalise parfois lorsqu'une personne déjà débitrice accepte de prendre la charge de la

créancier. A est donc en situation charnière, B est seulement créancier et C est seulement débiteur. Il faut une double opération de paiement d'où le problème de transfert de numéraire et le risque d'insolvabilité. On simplifie le rapport initial en changeant à la fois de débiteur et de créancier pour obtenir un seul paiement.

A qui est débiteur de B va demander à C, son débiteur de s'engager envers B. La dette de A envers B est éteinte, pour B, c'est un changement de débiteur. La personne C va donc promettre à B ce qu'elle devait jusque-là à A, la dette de C envers A se trouve éteinte, pour C c'est un changement de créancier. Il n'y aura plus qu'un rapport unique de C à B. Pour l'un et l'autre, il y aura eu un changement pour B de débiteur, pour C de créancier

dette qui sera ainsi novée ; la novation fait alors partie d'une opération plus complexe : la délégation ».

SECTION 2 / LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE DEBITEUR : UNE TECHNIQUE AU INHERENTE A LA CESSION DE DETTE

202- La conception romaine de l'incessibilité des dettes, qui est aussi celle de l'ancien droit, a influencé les rédacteurs du code civil, lesquels ont réglementé la cession de créance aux articles 1689 et suivants, mais n'ont consacré aucune disposition de principe sur la cession de dette. S'agit-il d'une simple lacune, qu'il serait permis de combler, ou d'une abstention justifiée par l'existence de quelque obstacle fondamental ? Cette question, relative au caractère cessible ou incessible de la dette, est encore aujourd'hui controversée (Paragraphe premier). A supposer que la dette soit incessible, les parties peuvent cependant recourir à une technique de substitution, qui est celle de la novation par changement de débiteur²³² (Paragraphe deuxième).

Paragraphe premier / Le principe de l'incessibilité de la dette

203- Le rejet par le droit français de la cession de dette a fait que la novation par changement de débiteur est un mécanisme fort utile car elle permet d'atteindre des résultats très proches d'une cession de dette

²³² Cass. Com., 26 juin 2001, www.legifrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 98-16853.

I / Le rejet de la cessibilité de la dette en droit positif

204- Si la créance, a été considérée comme une valeur plus patrimoniale que personnelle, la dette a gardé un puissant caractère de personnalité²³³. La jurisprudence ne manque de rappeler les termes de l'article 1275 du code civil, et d'affirmer que « la personnalité du débiteur d'une obligation ne saurait être présumée indifférente au créancier »²³⁴. Par conséquent, la cour de cassation n'admet pas une cession de dette à laquelle le créancier ne serait pas consentant. Deux décisions peuvent illustrer cette position :

205- D'abord, dans une affaire jugée par la première chambre civile le 2 juin 1992²³⁵, pour financer l'acquisition d'un fonds de commerce par deux époux, la BNP leur a consenti, en juin 1982, un prêt aux termes duquel ils s'engageaient solidairement envers elle. Par la suite, les emprunteurs ont divorcé et, par jugement du 14 février 1986, le juge aux affaires matrimoniales a homologué une convention de divorce précisant que le fonds serait attribué au mari, à charge pour lui de rembourser le solde du prêt. Une procédure de redressement judiciaire, convertie ultérieurement en liquidation judiciaire, a été ouverte contre le mari. La BNP a alors assigné l'épouse divorcée en paiement du solde du prêt. En appel, la banque est déboutée de son action aux motifs qu'aux termes de l'article 262 du code civil et 1104 du nouveau code de procédure civile le jugement de divorce régulièrement publié est opposable aux tiers et que le créancier n'avait pas formé tierce opposition dans les délais. La cour de cassation

²³³ COLIN et CAPITANT, dans une page éloquent, justifient l'attachement du droit français à sa doctrine traditionnelle. Ils en soulignent les raisons psychologiques et morales (COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaires de droit civil*, 9^{ième} éd., tome II, n° 642 et 643).

²³⁴ Cass. Civ. , 12 mars 1946, Dalloz 1946, p. 268 ; JCP 1946. II. 3114

²³⁵ Cass. civ. 1^{ère} , 2 juin 1992, Bull. civ. I, n° 168 ; JCP 1992, éd. G, I, 3632, p. 541, Observations M. BILLIAU.

censure l'arrêt de la cour d'appel de Pau, sous le visa des articles 1134 et 1165 du code civil, en indiquant « *que la convention des époux, même homologuée en justice, ne pouvait avoir pour effet en l'absence d'un accord du créancier, d'éteindre la dette de l'un des conjoints et n'avait de force obligatoire que dans leurs rapports réciproques* ». Ainsi, la haute juridiction souligne qu'une cession de dette, même partielle, ne peut libérer le débiteur sans le consentement du créancier. Plus précisément, le cédant (l'ex-épouse) ne peut prétendre être libéré à l'égard du cédé (banque) sans obtenir son accord car l'effet obligatoire du contrat de cession de dette se limite parties contractantes (les deux époux) et ne s'étend pas au créancier cédé.

206- Ensuite, un arrêt de la chambre commercial de la cour de cassation du 16 novembre 1993 reprend le même principe. Les époux Petit, actionnaires d'une société anonyme, se sont portés cautions hypothécaires de la personne morale au profit de la société CEPME. Par la suite, ils ont vendu la totalité de leurs titres M. Santiago par un acte où ce dernier engageait à assurer un transfert d'hypothèque et à faire lever la caution des époux Petit. Peu de temps après, M. Santiago cède à son tour les actions à M. Lagarde, conduisant les époux Petit à assigner leur cessionnaire en paiement des sommes qu'ils ont déjà réglées et qu'il seraient contraints de payer à la société CEPME en leur qualité de caution de la société débitrice principale. M. Santiago s'est défendu en soutenant que, lors de la cession, il a fait promettre à M. Lagarde en faveur des époux Petit des avantages à ceux qu'il s'était engagé à leur procureur. Ainsi, par l'effet de la revente, M. Santiago a cédé sa dette à M. Lagarde. La cour de cassation ne retient pas l'argument de M. Santiago. Elle relève que « *ayant retenu que M. Santiago était tenu en vertu de l'acte du 7 février 1985, de rembourser*

aux époux Petit les sommes dues à la CEPME, la Cour d'Appel n'avait pas à rechercher si M. Lagarde avait eu, à son tour, la volonté de s'engager dans les mêmes termes envers les époux Petit, dès lors qu'il n'est pas établi, ni même allégué, que ces derniers avaient consenti à ce que M. Santiago fût libéré de son propre engagement ». La juridiction confirme donc la possibilité pour un débiteur de se substituer conventionnellement un autre débiteur, mais elle conditionne l'opposabilité de la libération du débiteur initial au créancier à son consentement.

207- En définitive, ce qu'on appelle ici cession de dette se réduirait donc à une convention par laquelle un débiteur transmet sa dette à une autre personne se substituant à lui dans le rapport obligatoire originaire, et à laquelle le créancier cédé donne son consentement en acceptant le cessionnaire en qualité de nouveau débiteur tout en libérant le cédant de sa dette.

Or, une véritable cession de dette doit présenter trois caractéristiques fondamentales. Tout d'abord, l'opération ne doit consister ni à substituer une dette nouvelle à une dette ancienne, ni à créer une dette nouvelle à côté de l'ancienne, mais à passer la dette ancienne sans aucune modification, du cédant au cessionnaire. Ce transfert doit se réaliser par le seul accord du créancier. Enfin, par l'effet de la cession, le débiteur primitif doit se trouver libéré de son obligation, dont le cessionnaire est à l'avenir seul tenu²³⁶. Nulle part, cette possibilité pour un débiteur de transmettre de son vivant à un tiers l'obligation même dont il est tenu, et de se libérer par ce moyen sans l'accord de son créancier²³⁷, ne semble admise. Cette affirmation se trouve toutefois atténuée par la distinction doctrinale entre la

²³⁶ A. LEBRUN, « *La cession de dette* », Rép. Civ., Dalloz, n° 2

cession de dette parfaite et la cession de dette imparfaite, d'autant plus que le droit positif français ne s'est pas montré hostile à la cession imparfaite de dette, en vertu de laquelle le cédant demeure débiteur principal sans empêcher que le cédé puisse exiger aussi l'exécution au cessionnaire. Dans un arrêt du 7 janvier 1947²³⁸, la cour de cassation a en effet admis que même si le cédant n'est pas libéré, le consentement du cédé à la convention de cession conclue entre le cédant et le cessionnaire n'est pas nécessaire pour l'autoriser à demander le paiement au cessionnaire. Par conséquent la cession de dette produit effet sur le cédé même s'il n'y a pas consenti, son consentement semblant ainsi avoir pour effet que la libération du cessionnaire. De toute manière, même si l'état actuel du droit connaît plusieurs procédés de transfert de dette, la qualification de cession pure de dette à ces derniers est discutable.

208- Tout d'abord, le législateur a envisagé des cas de transfert de dettes en rapport avec un bien transmis. C'est ainsi qu'il a été déduit de l'article 1743 al. 1^{er} du code civil, que le contrat de bail est transmis à l'acquéreur de l'immeuble loué, avec ses créances et ses dettes. Plus remarquables sont les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence, en dehors des cas prévus par les lois spéciales, a admis qu'une obligation pouvait être liée à un bien au point de se transmettre de plein droit avec lui²³⁹. C'est à cette fin qu'a été créée la catégorie des obligations réelles, dites en charges réelles, obligations *propter rem*, ou encore obligations assimilées à des servitudes, qui sans répondre à la définition des droit réels s'attacheraient au bien dont elles réduirait l'utilisation.

²³⁷ M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ 2002, p. 102.

²³⁸ Cass. 7 janvier 1947, D. 1947, p. 163

²³⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juillet 1995, RTDCiv., 1996, p. 417, n° 4, obs. P. Y. GAUTIER

209- On voit cependant qu'il ne s'agit pas de cession de dette au sens strict, puisque ces hypothèses se bornent à mettre à la charge d'un nouveau débiteur l'obligation de payer ce dont un autre est tenu, sans libérer le débiteur primitif, ou à substituer un tiers au débiteur en le subordonnant à l'accord du créancier. Au surplus, on ne peut y voir la consécration d'une cession de dette à l'état pur, puisqu'il s'agit de dettes très particulières, dont la transmission n'est possible que parce que la chose à laquelle elles sont rattachées est transmise.

II / Le fondement doctrinal du rejet de la cessibilité de la dette

210- Certains estiment que le principe de l'incessibilité de la dette découle du fait que « *la dette est inséparable de sa cause* »²⁴⁰. En d'autres termes, « *la dette est incessible parce que le but poursuivi par le nouveau débiteur n'est pas celui que poursuivait le débiteur originaire* »²⁴¹; on ne peut donc transférer une dette sans en créer une autre relevant d'une cause différente : *Pour obliger le premier (nouveau débiteur) envers le second (le débiteur originaire), il faut que donc un contrat dont les particularités, -qui l'ont fait qualifier d'acte « abstrait »-, tiennent non pas à une exception à la règle de l'article 1108 C. civ., mais à l'extériorité de la cause de l'obligation de l'un des contractants à l'autre ; après tout, l'article 1108 C. civ. Exige une « cause licite dans l'obligation » ; il n'exige pas que celle-ci se situe dans les rapports des parties contractantes. Ce contrat, incapable de conférer au débiteur la qualité de successeur de son propre créancier, est créateur d'obligation, et non translatif. Au fond,*

²⁴⁰ L. AYNES, *La cession de contrat*, op. cit., n° 70, p. 61 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, éd. Cujas 1994-1995, n° 1239.

²⁴¹ L. AYNES, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », op. cit., n° 70 ; J. FRANCOIS, « *Les opérations juridiques triangulaires attributives. Stipulation pour autrui et délégation de créance* », thèse Paris II, 1994, n° 22 et s.

le principe de l'incessibilité de la dette n'est qu'une conséquence des articles 1108, al.4 et 1131 C. civ. : la dette n'a pas d'existence juridique en elle-même ; elle n'est que fonction et n'existe que par le but qu'elle permet d'atteindre. »²⁴²

211- Mais, comme le fait observer A. SERIAUX²⁴³, cette analyse présuppose que la cause de l'obligation est subjective, alors que la jurisprudence perçoit, au contraire, une notion objective de la cause de l'obligation, qui peut, à ce titre, être épousée par des personnes distinctes²⁴⁴. Ainsi, « *lorsqu'un individu s'oblige envers un autre dans une intention libérale, rien ne s'oppose à ce qu'une autre personne reprenne cet engagement à son compte avec la même intention, la même cause* »²⁴⁵. M. BILLIAU²⁴⁶ rajoute deux raisons supplémentaire qui font que l'argument tiré de la cause ne puisse être déterminant : « *En premier lieu, une dette, pas plus qu'une créance, n'a de cause ; elle a seulement une source, contractuelle ou non. Lorsque l'on envisage la cause, c'est donc celle du contrat, d'où sont issues les obligations. La cause n'est d'ailleurs qu'une condition de validité du contrat, c'est à dire de l'une des sources possible de l'obligation ; elle ne participe ainsi en rien de sa nature. En second lieu, et dans le prolongement de cette analyse, l'explication proposée ne vaudrait que pour les dettes ayant une origine contractuelle ; or, il n'y a aucune différence de nature entre une dette délictuelle et une dette contractuelle. Que le débiteur doive une certaine somme d'argent, en exécution d'un contrat, ou à titre de réparation des conséquences dommageables d'un délit, il est toujours tenu de la même chose* ».

²⁴² L. AYNES, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », op. cit., n° 70, p. 61

²⁴³ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd., 1998, p. 655-656, n° 179

²⁴⁴ Ibid., n° 28, p. 96 et s.

²⁴⁵ Ibid., n° 179, p. 655-656

²⁴⁶ M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ 2002, p. 105, n° 101.

212- Un autre courant doctrinal exprimé, notamment, par A. SERIAUX, considère que « *la dette n'est pas transmissible parce que, tout bonnement, elle n'est rien. On ne peut transmettre le néant. Il faudrait, pensons-nous, se réhabituer à cette idée très simple que la dette n'est pas un élément du patrimoine. Elle n'est pas un passif, strict équivalent à l'actif, mais l'engagement d'une personne qui le paiera avec ses biens. Si les créances sont transmissibles, c'est parce qu'elles constituent, au moins en puissance, un bien, une valeur que l'on peut acquérir. Les dettes, elles, ne sont pas des biens : ce sont au contraire des non-biens. Céder une dette n'a donc pas de sens* »²⁴⁷.

Pour ces raisons, la cession de dette reste difficilement acceptable. Pourtant cette cession aurait des avantages et la novation par changement de débiteur peut permettre d'y parvenir.

Paragraphe deuxième / La novation par changement de débiteur : un palliatif à l'absence de cession de dette

213- L'absence en droit français de la technique de la cession de dette fait de la novation par changement de débiteur un succédané utile pour la pratique. Mais, avant de montrer comment la novation par changement de débiteur est un succédané de la technique de la cession de dette, il faut voir d'abord l'utilité de cette dernière.

²⁴⁷ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd., 1998, p. 655-656, n° 179 ; Dans le même sens, M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ 2002, p. 105 : « *Enfin, la théorie la plus convaincante est celle selon laquelle la dette n'est pas un bien et qu'il n'est pas au pouvoir des parties d'en faire un bien* ».

I/ Utilité de la cession de dette

214- D'une part, la sortie de la dette du patrimoine libère le débiteur, au moins sur le plan économique, d'une charge qu'il ne maîtrise plus. Le plus souvent, son niveau d'endettement l'oblige à se décharger de certaines dettes dont la charge financière se révèle trop importantes par rapport à ses capacités de financement. En d'autres termes, n'étant plus à mesure d'assurer l'exécution de ses obligations, il est avantageux pour le débiteur de reporter sa dette sur autrui, ce qui lui permet de redevenir *in bonis*²⁴⁸.

215- D'autre part, l'introduction de la dette dans le patrimoine du nouveau débiteur préserve les intérêts du créancier dans la mesure où la solvabilité de son nouveau contractant confère à sa créance tout ou partie de son efficacité initiale. Le créancier y trouve donc son intérêt puisqu'il bénéficiera d'un nouveau débiteur solvable.

216- Enfin la cession de dette peut être un mécanisme de paiement simplifié en présence d'obligations préexistantes²⁴⁹.

217- La cession de dette n'est donc pas dépourvue de toute utilité économique et c'est pour cela que la pratique a imaginé d'autres mécanismes comme le contrat de defeasance²⁵⁰.

Depuis quelques décennies, l'endettement a pris une dominante en tant que moyen de financement des activités ou des ressources des entreprises. Dans ce contexte, évidemment caractérisé aussi par une

²⁴⁸ M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ 2002, p. 101, n° 98.

²⁴⁹ M. BILLIAU, *ibidem*, p. 102, n° 98.

²⁵⁰ J. P. BERTREL et M. JEANTIN, *Droit de l'ingénierie financière*, éd. Litec 1990, p. 179 et s.; Ch. LARROUMET, *Sur la réalisation d'une defeasance en droit français*, Mélanges A. Breton et F. Derrida, Dalloz 1991, p. 193 et s.

réduction de la part des fonds propres dans ce même financement, les prêteurs, soucieux de contracter avec des partenaires présentant des garanties satisfaisantes, attachent une grande importance à l'image et à l'état des entreprises. Or, la technique de la defeasance permet, justement, d'améliorer la qualité de cette image en modifiant la présentation comptable des dettes de l'entreprise.

Techniquement, la defeasance consiste pour une société dite émettrice à alléger son endettement en sortant du passif de son bilan un ou plusieurs emprunts obligataires, dont le service et l'amortissement se trouvent confiés à une entité juridique tierce, dite société de defeasance. Cette dernière assure le paiement des intérêts et le remboursement du capital au moyen des revenus et de la vente (en fin d'opération) d'un portefeuille de valeurs mobilières, également transmis par la société émettrice, qui demeure juridiquement tenue au paiement de l'emprunt obligataire en cause. La technique de la defeasance s'inscrit donc dans le cadre d'une restructuration du bilan. En diminuant le ratio endettement sur fond propre, elle augmente le capital confiance de l'entreprise émettrice et lui ouvre l'accès à de nouvelles sources de financement. La defeasance ressemble fortement à une cession de dette mais s'en distingue pour plusieurs raisons :

La première est que, l'entreprise émettrice et l'entreprise de defeasance sont tenues, vis à vis des créanciers obligataires, par la même dette. En d'autres termes, la dette à la charge de la société cessionnaire ne doit pas constituer une obligation nouvelle. Bien que économiquement déchargé de l'endettement, la société émettrice reste juridiquement débitrice. L'opération de defeasance introduit seulement une alternative quant au sujet passif de cette obligation. Ce qui explique qu'en cas de défaut de paiement par la société de defeasance,

l'entreprise émettrice se voit contrainte de se substituer au débiteur défaillant dans l'exécution du rapport obligatoire qui l'unissait aux créanciers.

La seconde tient au fait que le consentement des créanciers n'est pas requis au contrat de defeasance car les exigences de rapidité et de discrétion s'opposent à la mise en place d'une procédure tendant à obtenir leur acceptation. Il faut donc renoncer à toute solution conduisant à fonder le contrat de defeasance sur une cession de dette.

Mais si la cession de dette n'a pas été reconnue en droit français, la novation par changement de débiteur peut permettre d'aboutir à un résultat analogue.

II / La novation par changement de débiteur : un substitut à la cession de dette²⁵¹

218- Pour pallier les conséquences de l'intransmissibilité des dettes, les parties peuvent recourir à la technique de la novation par changement de débiteur.

219- Cette opération est possible sans le consentement du débiteur originaire. Elle repose donc sur un accord bipartite ou sur un accord tripartite, selon que le premier débiteur y demeure étranger ou qu'il y participe²⁵².

²⁵¹ On a également songé à la stipulation pour autrui. Une personne, qui est débitrice à l'égard d'une autre, passe une convention avec une troisième, par laquelle celle-ci promet de régler la dette entre les mains du créancier. Le débiteur est le stipulant, la tierce personne est le promettant, le créancier est tiers bénéficiaire. Dès l'acceptation par ce dernier de la stipulation faite à son profit, le promettant est personnellement lié envers lui. Ainsi la dette est-elle transmise du stipulant au promettant.

²⁵² La novation par changement de débiteur suppose un accord de volontés. Mais celui-ci n'a pas toujours besoin d'émaner des trois personnes concernées. C'est ce qu'affirme l'article 1274 du code civil : « la novation par la substitution d'un débiteur peut s'opérer sans le concours du premier

La première hypothèse, qui correspond à l'*expromissio* est rare en pratique²⁵³. Elle se réalise en vertu d'un accord du nouveau débiteur avec le créancier, le premier s'obligeant envers le second afin d'obtenir la libération immédiate de l'ancien débiteur. Cette novation permet ainsi au nouveau débiteur de faire une donation indirecte, ce qui correspond à l'une des utilités économiques de la cession de dette²⁵⁴. Donc, sauf à être animé d'une intention libérale, un tiers n'a *a priori* aucune raison de s'engager pour libérer le débiteur, et le créancier ne renonce pas facilement à ses prérogatives contre ce dernier. La novation par changement de débiteur se réalise donc généralement avec la participation du premier débiteur qui en prend même l'initiative.

Dans la seconde hypothèse, l'initiative appartient au premier débiteur qui soumet au créancier un nouveau contractant. Il y aura novation si un accord intervient entre ce dernier et le créancier et si le débiteur primitif est déchargé de son obligation par le créancier.

220- L'examen de la mise en œuvre de ce mécanisme dans les opérations de reprise de prêts, représentative de la novation par changement de débiteur, conduit à un constat de l'adaptation parfaite du processus de substitution de débiteur à l'objectif de cession de dette.

débiteur ». La solution n'est pas gênante pour le débiteur initial puisqu'il a tout à gagner à sa libération.

²⁵³ J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, éd. Armand Colin, 1999, n° 422.

²⁵⁴ J. FRANCOIS, *Les obligations*, Régime général, op. cit., n° 502, p. 373 : l'auteur précise que « la qualification de donation ou de prêt comme étant indirects s'impose en pareil hypothèse, puisque ladite donation ou ledit prêt résultera de l'exécution d'un acte juridique autre qu'une donation ou qu'un prêt, à savoir le contrat libératoire passé entre le nouveau débiteur et le créancier ».

En effet, quant on emprunte pour construire ou acheter un logement, il faut réserver l'avenir. Les échéances de prêt vont s'étaler sur plusieurs années. il se peut que, préalablement au remboursement de la totalité du prêt, l'emprunteur se trouve contraint, par les circonstances, de vendre²⁵⁵. Il fait alors qu'il puisse de dégager de toutes ses obligations, l'acquéreur lui succédant dans l'exécution du contrat de prêt.

On concevrait qu'en vendant son logement, l'emprunteur cède sa dette à l'acquéreur. Mais la cession de dette n'est pas admise dans notre droit, qui permet cependant, un procédé détourné -la novation par changement de débiteur- de parvenir au résultat cherché si le créancier y consent.

221- Cependant, en matière de prêt destiné à l'acquisition ou à la construction d'un immeuble, le contrat stipule couramment une clause de remboursement anticipé selon laquelle « *le prêt sera, si bon semble au prêteur, immédiatement exigible en principal, intérêts, frais et accessoires, en cas d'aliénation de l'immeuble affecté en sûreté hypothécaire* »²⁵⁶. Les prêteurs, quels qu'ils soient, exigent systématiquement une hypothèque de premier rang grevant l'immeuble vendu. Par conséquent, la « cession de dette » n'apparaît convenable que si l'on obtient du prêteur qu'il y consente en renonçant au jeu de la clause de remboursement anticipé ; et l'obtention de ce consentement exige que le transfert de la dette ne s'oppose pas à ce

²⁵⁵ H. MAZEAUD, *La vente d'un logement hypothéqué en garantie d'un prêt à la construction*, Etudes offertes à L. Julliot de la Morandière, Dalloz 1964, p. 376 et s. ; A. PRECIGOUT, *Vente d'immeubles*, JCP éd. N, 1974, n° 5657 ; M. DAGOT, *La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire*, JCP éd. G, 1975. I, n° 2693.

²⁵⁶ RIZZO, *Le traitement juridique de l'endettement*, préf. Jacques MESTRE, Presse Universitaire Aix-Marseille, 1996, n° 220, : qui cite ainsi M. MALAURIE, *La cession de contrat*, Cours de droit, Paris II, 1975-76, p.36.

que l'hypothèque initiale garantisse la créance du prêteur contre le sous-acquéreur.

Les conditions du consentement sont une chose, le mécanisme juridique susceptible de les satisfaire en est une autre²⁵⁷. On doit admettre que l'extinction du lien originel, unissant le prêteur au vendeur, et la création d'une obligation nouvelle à la charge du sous-acquéreur se réalise sous l'effet d'une novation par changement de débiteur.

Mais, puisque l'effet novatoire provoque la disparition de la créance du prêteur sur le vendeur, elle doit, en principe, provoquer aussi la disparition de l'hypothèque qui s'y attache à titre accessoire. Certes, il reste toujours possible d'en constituer une autre, garantissant la nouvelle obligation, mais elle ne pourra faire l'objet que d'une inscription prenant rang à sa date sans rétroactivité au jour de l'inscription primitive. Le créancier se trouve alors lésé dans le cas où le rang de l'inscription de la nouvelle hypothèque se révèle moins favorable que celui de l'inscription initiale. En conséquence, afin d'éviter que l'effet novatoire ne présente un tel danger pour le créancier, la loi du 16 juillet 1971 a ajouté un second alinéa à l'article 1279 du code civil, selon lequel « les privilèges et hypothèques primitifs de la créance peuvent être réservés, avec le consentement des propriétaire des biens grevés, pour la garantie de l'exécution de l'engagement du nouveau débiteur »²⁵⁸. En d'autres termes, si la

²⁵⁷ RIZZO, *Le traitement juridique de l'endettement*, op. cit, n° 220

²⁵⁸ Cette loi est venue corriger l'article 1279 qui semblait porter exception à la faculté de maintenir les sûretés, prévue par l'article 1278. En effet, la lecture de l'article 1279 laissait supposer que cette réserve était exclue en cas de novation par changement de débiteur : « lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur ». L'article 1279 n'avait-il pas alors pour résultat d'interdire le maintien de l'hypothèque dans la novation par changement de débiteur ? Deux interprétations étaient possibles : La première, c'est qu'en interdisant le transfert de l'hypothèque sur

novation par changement de débiteur éteint l'obligation initiale et en crée une nouvelle, l'article 1279 alinéa 2 du code civil prévoit, expressément, la faculté pour les parties de réserver les hypothèques et privilèges primitifs²⁵⁹.

Si les parties en conviennent, la novation par changement de débiteur permet ainsi le transfert au sous-acquéreur de la charge du remboursement, ainsi que le maintien des privilèges et hypothèques au profit du créancier : le vendeur d'un immeuble qui n'a pas encore remboursé la totalité du prêt dont il a bénéficié pour acquérir cet immeuble, est entièrement libéré ; il n'est plus tenu même hypothécairement ; aucune obligation ne pèse sur ses biens, aucun recours en garantie exercé par l'acquéreur ne le menace ; et la sûreté qu'avait obtenu le prêteur demeure intacte ; le prêteur consentira donc sans difficulté à changer de débiteur.

La solution à laquelle on est parvenu présente de l'utilité, non seulement pour le transfert des prêts à l'acquisition, mais en raison de ce que la disparition de l'hypothèque, du fait de la novation, a cédé le pas à la volonté des intéressés de maintenir l'hypothèque primitive.

les biens du nouveau débiteur, les rédacteurs de l'article 1279 ont entendu viser tous les biens du nouveau débiteur, sans aucune exception. Or, le bien vendu, qui était grevé d'hypothèque, est devenu un bien du nouveau débiteur, puisque celui-ci l'a acheté. En conclusion cette novation éteint purement et simplement l'hypothèque. Mais une autre interprétation de l'article 1279 pouvait être défendue. Sans doute l'article 1279 du code civil vise, sans distinction, les biens du nouveau débiteur, du moins interdit-il seulement de faire passer les sûretés sur ces biens. Or, dans la situation envisagée – celle de la vente du bien hypothéqué, consentie par l'ancien débiteur au nouveau débiteur – l'hypothèque ne passe pas d'un bien à un autre : elle demeure assise sur le même bien ; c'est ce bien qui change de propriétaire, ce n'est pas l'hypothèque qui change de bien. Il en résulte que l'article 1279 ne s'oppose pas à la validité de la convention autorisée par l'article 1278 : le créancier hypothécaire, quoique changeant de débiteur, conserve son hypothèque telle qu'elle était, avec son rang fixé par sa date d'inscription, sans qu'il ait aucune formalité nouvelle à remplir.

C'est cette seconde interprétation qui a été retenue par le législateur de 1971 qui a ainsi rajouté un alinéa 2.

²⁵⁹ COLIN et CAPITANT, *Traité de droit civil*, par JULLIOT DE LA MORANDIERE, tome 2, n° 1532 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ième} éd., tome XIII, par BECQUE, n° 1315.

L'esprit du droit français si favorable à la volonté des parties est sans doute mieux respecté.

Conclusion du chapitre.

222- Hormis ces hypothèses, la démonstration de l'intérêt qu'il y aurait à consacrer en droit français une cession de dette sans le consentement du créancier ne paraît nullement faite. Toujours est-il qu'un résultat similaire et suffisant peut être obtenu par la novation par changement de débiteur. L'évolution du droit français et de la pratique a montré que l'extension de celle-ci se trouve en quelque sorte bloquée d'un côté par le consentement du créancier et d'un autre côté par la disparition de l'hypothèque. Si ce dernier obstacle purement technique et découlant du caractère accessoire de l'hypothèque peut être surmonté par une réforme législative, et il en a été ainsi depuis 1971, sauf dans le cas où il s'agit de transférer l'hypothèque sur un autre immeuble et pas seulement de la maintenir avec la même assiette, l'autre obstacle paraît bien irréductible.

La cession dette, au sens où l'entendent ceux qui préconisent de s'inspirer des législations étrangères, s'est éloignée beaucoup plus que la loi du 16 juillet 1971 ne l'a rapprochée de la novation en complétant l'article 1279.

Conclusion du titre

223- Le droit est un phénomène historique. Une approche exclusivement logique de la novation n'aurait pas permis d'en saisir sa pleine signification. Comprendre la novation nécessite la connaissance de son origine et ses rapports avec l'obligation contractuelle, de son évolution, faute de quoi, notre étude risque d'être arbitraire. Un rappel de la conception de l'obligation par les droits romain, français ancien, et le code civil et ses rapport avec la novation nous a permis de montrer que la novation par changement de créancier se fonde non seulement sur une conception subjective de l'obligation, mais qu'elle a encore toute sa spécificité théorique du fait de l'incessibilité naturelle du lien d'obligation.

Aussi, l'étude du domaine pratique de la novation par changement de personne a-t-elle permis de voir non seulement, qu'elle avait un domaine propre et un panel plus large que la cession de créance, et quelques fois pouvait être plus appropriée au but que poursuivent les parties; mais aussi, qu'elle pouvait, en raison de l'absence en droit français de la cession de dette, aboutir à un résultat analogue.

La novation par changement de personne garde donc toute sa spécificité théorique et pratique. En est-il de même pour la novation par changement de la dette ?

TITRE DEUXIEME

LE DOMAINE DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE LA DETTE

224- Selon la formule bien connue de l'article 1134 du code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Les parties doivent exécuter précisément les obligations qu'elles ont contractées.

La règle de la force obligatoire des contrats est nécessaire à la vie économique qui repose sur la sécurité juridique. Tant l'intérêt social que celui des contractants commandent que les conventions soient exécutées conformément aux prévisions contractuelles.

225- Cependant, le même principe de l'autonomie de la volonté, qui a permis aux parties de fixer leurs obligations respectives, les autorise à les transformer et à substituer d'autres prestations à celles qui avaient été initialement stipulées. En effet, l'obligation contractuelle peut être adaptée aux circonstances nouvelles qui l'affectent ou susceptibles de compromettre son exécution. Cette obligation est souvent à terme ou à exécution successive, et parfois, en cours d'exécution, suite à des situations nouvelles, on devra la sauver en modifiant certains de ses éléments. Une telle opération peut

intervenir à tout moment entre la naissance et l'extinction de l'obligation.

226- La doctrine contemporaine a souligné que les parties pouvaient, pour cela, utiliser trois procédés : la modification, le *mutuus dissensus* et la novation.

Les changements dont une obligation est ainsi susceptible peuvent revêtir des aspects différents et constituer un point de friction entre la novation, la modification et le *mutuus dissensus*.

On accuse même la novation d'être encombrante et inutile dans la mesure où elle ferait double emploi avec modification et le *mutuus dissensus*²⁶⁰.

227- Nous ne partageons pas cette dernière opinion car si la novation a une autonomie et une signification juridique particulière, elle ne peut se dissoudre dans ces mécanismes que nous avons évoqués.

228- Pour révéler l'originalité de la novation par changement de la dette, il convient de la cantonner et de la limiter dans son domaine efficient. De fait, ne retenir que les manifestations originales de la novation, suppose de comparer son domaine avec ceux de la modification et du *mutuus dissensus*; ne filtreront de cette comparaison que les utilisations réellement originales de la novation par changement de la dette.

²⁶⁰ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, Les obligations, *Le régime*, op. cit., p. 378, n° 409.

La novation par changement de l'obligation va donc être mesurée à la modification et au mutus dissensus (CHAPITRE 2) dans le but de découvrir son domaine efficient (CHAPITRE 1)

CHAPITRE PREMIER

LA REVELATION DU DOMAINE EFFICIENT DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE LA DETTE

229- Signe de la disparité de son domaine, la novation est aussi très souvent utilisée dès lors que l'on cherche à modifier une obligation. C'est ainsi que le font observer COLIN et CAPITANT : « *lorsqu'il y a lieu d'opérer un changement d'objet ou de cause, elle (la novation) demeure le seul procédé juridique convenable.* »²⁶¹ Cependant, on n'affirme souvent la modification et du *mutuus dissensus* ont grignoté le domaine la novation par changement de la dette et, par conséquent, l'ont fait tomber en déclin²⁶².

230- Si l'affirmation mérite une attention particulière du fait des chevauchements possibles entre les domaines des différentes notions, elle ne semble pas convaincante. Bien au contraire, la novation par changement de dette a fait preuve d'une vitalité et d'une capacité de résistance à cette évolution qui incite à lui prêter la plus

²⁶¹ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par ESMEIN, op. cit., p. 664, n° 1257.

²⁶² Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Obligations, Régime général*, 11^{ème} éd. Cujas, 2001/2002 p. 91, n° 119 : « *La novation est devenue une source de complications inutiles. Elle pourrait disparaître au profit de nombreuses institutions : la remise de dette, la transaction, la dation en paiement, la cession de créance, la délégation, la modification ou le mutuus dissensus suivi d'une obligation nouvelle.* ». Dans le même sens, G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *Droit civil, les obligations*, 2^{ème} éd. Tome 2 « le régime », p. 378 : « *Dans la novation objective ..., les parties peuvent trouver un avantage à la création d'un titre nouveau. Toutefois elles obtiendraient le même résultat en mettant fin à leur contrat (mutuus dissensus) afin de contracter ensuite sur d'autres bases. Nous verrons qu'ici la novation se révèle une institution encombrante par la difficulté qu'on éprouve à la distinguer du mutuus dissensus comme de la simple modification dépourvue d'effet novatoire.* ».

grande attention. En fait, celle-ci est sortie comme régénérée de ces épreuves ; loin d'anéantir l'institution, les applications de la modification et du *mutuus dissensus* ont provoqué un surcroît d'intérêt à son sujet et révélé son domaine efficient.

La novation va donc être confrontée à la modification (SECTION 1) puis au *mutuus dissensus* (SECTION 2).

SECTION 1 : LES DOMAINES DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE LA DETTE ET DE LA MODIFICATION

231- Le mot « modification » a été emprunté au langage courant par le seul auteur qui ait consacré un ouvrage d'ensemble à la question et qui a eu ainsi le mérite de fixer la terminologie²⁶³. Certains affirment « *que ce choix linguistique s'imposait de lui-même dans la mesure où l'idée de modification correspondait à la réalité juridique dont on voulait rendre compte : d'ailleurs auteurs et tribunaux l'utilisaient déjà, mais au fil de la plume et sans intention particulière, c'est à dire sans avoir conscience de référer à une notion de droit tant que la théorie n'en avait pas été encore faite* ». La modification est ainsi rentrée dans le droit des obligations de façon spontanée.

232- Cela dit, c'est à M. GHOZI qu'il faut en emprunter la définition. Nous appliquerons sa définition de la modification du contrat et la définirons comme l'opération survenue en cours d'exécution du contrat qui, sans y mettre fin, introduit un changement dans l'un quelconque de ses éléments.

233- Selon les cas, la modification peut affecter une ou plusieurs des obligations issues du contrat primitif ; elle peut affecter les obligations d'une seule partie ou chacune des obligations réciproques. Par exemple, si on raisonne sur le cas d'un rapport obligatoire inexécuté en raison de la dégradation de la situation

²⁶³ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Thèse 1980, Préface D. TALLON.

financière du débiteur, la modification de l'obligation permet aux parties de réviser les conditions d'exécution de l'engagement du débiteur, c'est à dire de renégocier le montant et les modalités de paiement de sa dette²⁶⁴.

234- Cette modification résulte d'un accord de volonté entre le créancier et le débiteur, accord auquel la pratique donne des noms divers, notamment ceux d'avenant ou de protocole additionnel dans l'hypothèse la plus courante ou l'obligation résultait d'un contrat. La modification ne saurait être un acte unilatéral. Même si elle est à l'avantage d'une seule partie, le consentement de celui-ci sera requis.

C'est donc la liberté des parties qui prime. En effet, la liberté se présume, surtout en matière contractuelle, et aucun texte ni principe n'interdit de modifier l'obligation après sa naissance dès lors que les parties en tombent d'accord. L'hésitation ne peut venir que de la novation. On sait que la novation, suppose chez les parties l'existence d'un *animus novandi*. Or la volonté d'introduire un changement n'implique t-elle pas, par le fait même, celle de nover l'obligation ?

La réponse à cette question ne saurait être affirmative que si l'on considère l'obligation comme intangible dans tous ses éléments. Si l'on admet en effet que chaque élément de l'obligation participe à l'essence même de celle-ci, alors l'obligation doit obéir à la règle du tout ou rien de sorte que le seul choix possible résidera dans son

²⁶⁴ La convention de modification n'a pas toujours pour seul objectif d'aménager l'obligation en fonction de l'attente des parties. Parfois, elle permet d'éviter qu'un litige ne les oppose. A ce titre, elle évoque la transaction qui prévient une « contestation à naître » (article 2044 du code civil), ce qui nous contraint à les différencier. L'élément distinctif de ces deux contrat réside dans le fait que la transaction met fin à un litige en tranchant un conflit sur un point litigieux, alors que la modification permet la continuation amiable d'un contrat qui, en dehors de tout élément litigieux, devenait inadaptable. Voir à ce sujet : A. GHOZI, op. cit., n° 115.

maintien à l'identique ou dans son remplacement par une nouvelle obligation.

235- Mais en régime de liberté contractuelle, un pareil raisonnement n'a pas la moindre justification. Il faut, au contraire, distinguer entre les éléments essentiels de l'obligation, c'est à dire ses éléments constitutifs, qu'on ne peut en effet changer sans novation, et les éléments moins importants dont la variation n'a aucune raison d'affecter l'existence ou l'essence de l'obligation.

Le chevauchement actuel des domaines deux notions (paragraphe premier) justifierait d'ailleurs une telle distinction (paragraphe deuxième).

Paragraphe premier : Le chevauchement des deux domaines

236- Comme le rappelle M. SIMLER²⁶⁵, qui écrit, « *le principe de l'autonomie de la volonté laisse aux parties toute liberté de revenir, d'un commun accord, sur leur engagement, pour les éteindre, en modifier l'objet ou la cause ou en aménager simplement les modalités et conditions de leur exécution... De telles conventions introduisent par hypothèse un facteur de nouveauté plus ou moins important... , selon que les parties veulent une modification simple ou une modification substantielle ou même, à l'extrême, éteindre la convention qui avait donné naissance à cet engagement et en créer une nouvelle* ». Or, l'obligation comporte à la fois une pluralité d'éléments qu'il faut dénombrer et définir, d'où la nécessité d'une

²⁶⁵ SIMLER, J. Cl. Civ. Code, Art. 1271 à 1281, n°

organisation claire des modifications dont ces éléments sont susceptibles.

237- Cependant l'élasticité, voire l'imprécision dont le concept de novation par changement de la dette est susceptible par le code civil²⁶⁶, confrontée à la complexité et la fluidité des situations concrètes, laissent souvent place à divers raisonnements et donc à plusieurs solutions différentes.

Faut-il pour autant en rester là, ou faut-il nécessairement essayer de trouver une solution de frontière ?

MARTY, dans sa thèse²⁶⁷ rappelle qu'« *il n'y a pas dans le droit des notions qui doivent être considérées comme imprécises ou rebelles à toute organisation juridique* ». La novation peut donc être organisée. D'ailleurs, « *pour assurer la sécurité des relations juridiques, il ne suffit pas de repousser plus ou moins les limites de l'incertitude.* »²⁶⁸

L'intérêt de savoir si le changement apporté à l'obligation est seulement une modification simple ou une modification novatrice paraît alors capitale surtout quant au sort des sûretés qui garantissent l'exécution de l'obligation principale. En effet celles-ci survivent à la modification simple tandis que la novation les fait, en principe, disparaître sauf volonté contraire des parties.

Il ne faudrait pas permettre, en s'abritant derrière une prétendue novation, que l'une ou l'autre des parties puisse prétendre que les

²⁶⁶ Il s'agit essentiellement de la portée incertaine de l'article 1271- 1° du Code Civil.

²⁶⁷ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, thèse Toulouse 1929, Sirey, p. 214

²⁶⁸ GOUBEAUX G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse Nancy, LGDJ 1969, préface de Denis TALLON, p. 25, n° 12.

engagements antérieurs, avec les garanties dont ils étaient éventuellement assortis, sont désormais inexistantes et que les seuls engagements nouveaux ont force obligatoire.

Il est alors nécessaire, non seulement pour la clarté et la pureté des concepts, mais aussi pour la protection du contractant de bonne foi, de circonscrire le domaine dans lequel le changement apporté à l'obligation, sous réserve des autres conditions requises, réalise une novation par changement de la dette.

238- Ce rapprochement qui existe entre les différentes opérations citées présente un danger que M. COZIAN a cerné : « *notre arsenal juridique fourmille ainsi de mécanismes, plus ou moins proches les uns des autres, donnant des résultats souvent semblables, mais qui procèdent de schémas théoriques différents : on gagne en richesse ce que l'on perd en clarté* »²⁶⁹.

239- Or la "clarté" constitue une nécessité du droit. Le juriste a besoin de principes directeurs qui puissent le guider au sein d'une même catégorie juridique. La novation appartient à ces concepts qu'il faut maîtriser à l'instar de la modification simple et du *mutuus dissensus*. *L'action directe*, préf. PONSARD A., thèse LGDJ 1969

En outre, il est nécessaire, pour appréhender l'institution et de combler les vides juridiques, de suggérer la solution d'un critère de frontière enfin de rendre plus cohérent l'ensemble des procédés permettant une modification de la dette²⁷⁰.

²⁶⁹ M. COZIAN, *L'action directe*, thèse LGDJ 1969, préf. A. PONSARD, p. 13

²⁷⁰ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Obligations, régime général*, 11^{ème} éd. Cujas, 2001/2002 p. 90 : « *Depuis l'avènement du consensualisme, la novation oscille entre la simple modification et le*

Il ne suffit pas d'affirmer péremptoirement que telle ou telle opération relève de tel ou tel mécanisme juridique; encore, convient-il de trouver le support juridique adéquat permettant de justifier une telle assertion. Et dans cette recherche, il faut bien se rendre à l'évidence, l'article 1271 al.1^{er} pêche par son ambiguïté. L'équivoque qui s'attache à ce dernier ne permet ni de le cerner clairement ni de délimiter le champ d'application respectif de la novation et de la modification simple de l'obligation.

L'on ne peut donc se satisfaire de ce mutisme légal générateur d'une grande incertitude. Grande est alors, la tentation à la recherche d'un critère de frontière.

240- La méthode la plus naturelle dans cette recherche est celle qui consiste à partir du concret vers l'abstrait, c'est-à-dire partir des manifestations d'un critère de distinction en droit positif, puis par induction, remonter jusqu'aux principes.

Mais puisque la solution ne fait pas l'unanimité en doctrine²⁷¹ (I), il convient d'exposer les différentes opinions avant de voir le droit positif qui semble avoir une tendance à restreindre le domaine de la novation aux seules modifications substantielles de l'obligation²⁷² (II).

mutuus dissensus suivi d'une obligation nouvelle indépendante, au gré d'une hasardeuse recherche de l'intention des parties ».

²⁷¹ AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, tome IV, 5^{ème} éd., par ETIENNE BARTIN page 339; Dans le même sens, GHOZI, Thèse précitée, pour qui la volonté est à elle seule suffisante à réaliser la novation; – En sens contraire, V. PH. MALAURIE, *Droit civil, Les obligations*, éd. CUJAS 1997 p. 627

²⁷² Pour la suffisance de la seule intention des parties, V. Cass. Req., 1875 : Sirey 1876, 1, p.102. – En sens contraire, Cass. 1^{ere} civ., 20 nov. 1967, D. 1969, P. 321 note GOMAA « *quelle que soit l'intention des parties, une modification dans le montant de la dette ne suffit pas à caractériser la novation* ». En l'espèce, dans une vente d'immeuble avec reprise de la rente viagère, les parties avaient décidé de modifier le point de départ de l'indexation ; il a été jugé que cette modification était sans incidence sur la date de naissance de la rente, qui déterminait le taux des majorations légales. ; aussi, Cass. Civ. 1,

I / Les positions doctrinales

241- Peut-il y avoir novation, si les parties en ont librement décidé ainsi, sans qu'il y ait modification substantielle de l'obligation ou plus précisément sans que *l'aliquid novi* ne concerne un élément substantiel de l'obligation²⁷³ ?

C'est là, l'une des questions les plus controversées et qui est au cœur de notre démonstration : il s'agit de la détermination du domaine de la novation ou de la modification novatrice de l'obligation par rapport celui de la modification simple ; sur ce point, les opinions des auteurs varient à l'infini et ont donné naissance à des interprétations si différentes que l'on est en droit de se demander si toute tentative de conciliation n'est pas vouée d'avance à un échec certain.

242- Un premier courant doctrinal²⁷⁴ soutient la thèse selon laquelle il peut y avoir novation dès l'instant où la volonté des parties est clairement exprimée et quelque soit la modification opérée de l'obligation. Autrement dit, ce n'est pas la substantialité de l'élément changé qui constitue le critère déterminant du domaine de la novation de la novation, mais l'intention de nover. C'est ainsi qu'écrit M. SIMLER²⁷⁵: "*rien ne saurait empêcher aux parties de réaliser une véritable novation à l'occasion du changement d'une modalité objectivement secondaire de l'obligation. C'est l'intention de nover, et*

24 oct. 1978, Bull. I, n° 321 : En l'espèce, une promesse synallagmatique de vente sous seing privé où il est stipulé que l'acte authentique doit être signé avant tel jour. Il n'a été signé qu'après cette date. La novation n'a pas été retenue.

²⁷³ Il est généralement admis que les éléments substantiels de l'obligation sont : le débiteur, le créancier, l'objet et le cause

²⁷⁴ POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, in *Oeuvre de Pothier*, Paris 1813, p. 69, n° 560 ; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Thèse LGDJ 1980, p. 47, n° 104 ; SIMLER, J. Cl. Civ. Code, Art. 1271 à 1281, fasc. 10, n° 75 « Novation : introduction générale » 1996; JEROME FRANCOIS, *Droit civil, « Les Obligations, Régime général »*, op. cit. n° 112

²⁷⁵ SIMLER, J. Cl. Civ. Code, Art. 1271 à 1281, fasc. 10, n° 75

non l'importance objective de l'innovation, qui constitue la condition déterminante de la novation". Pour l'auteur, l'expression « changement de l'obligation » paraît suffisamment large pour épuiser toutes les éventualités. Cette façon de voir est partagée par M. GHOZI, qui considère *l'aliquid novi* comme ayant pour seule et unique fonction de différencier les deux obligations et que « *la moindre différence suffit pour constituer l'aliquid novi, qu'il s'agisse de l'objet tout entier ou des modalités d'exécution, de la cause ou l'identité des parties* ». L'*animus novandi* est ainsi considéré par ces auteurs comme une condition suffisante de la novation. Par conséquent la seule volonté des parties est susceptible d'entraîner une novation, quelle que soit la modification, importante ou minime, subie par l'obligation. Une obligation peut donc être nouvelle, si les parties en ont décidé ainsi, en vertu d'une modification de ses modalités ou de ses autres éléments accessoires. Or si la seule volonté de nover permet la novation, elle devient alors le pivot du mécanisme.

Cette solution, d'après cette doctrine s'impose, pour des raisons tant théoriques que pratiques. La justification est la liberté contractuelle, qui postule systématiquement au principe consensualiste, la possibilité du *mutuus dissensus*, implique que les parties puissent d'un commun accord décider de substituer une obligation nouvelle à leur rapport antérieur, alors même qu'elles auraient pu procéder par simple modification. La novation est, en effet, une convention comme les autres. On ne voit donc pas ce qui empêcherait, hormis une atteinte à l'ordre public²⁷⁶, les parties de la

²⁷⁶ Voir par exemple : Cass. Ass. Plén., 4 mars 1983, D. 1983, Jur. p. 381, concl. Cabannes : un professeur accepte de nover son contrat de travail originaire en une convention de collaboration de type purement libéral, tout en continuant à exercer ses activités sous la dépendance d'un employeur. La novation ne saurait être admise car « *la seule volonté des parties est impuissante à soustraire l'intéressé au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail* ».

façonner à leur gré. Pour ces auteurs, il s'agit, tout simplement, de respecter la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté. Un auteur²⁷⁷ va même plus loin et affirme : « *ainsi, il serait même possible d'admettre, si cela a été clairement accepté, une novation qui n'entraînerait aucune modification, ni de l'objet, ni des modalités de l'obligation, ni une substitution de débiteur ou de créancier* ». L'auteur rajoute, cependant, qu' « *il s'agit là d'une hypothèse d'école* ».

243- D'autres auteurs²⁷⁸, au contraire, considèrent que la seule intention novatoire ne suffit pas et que la modification des modalités ou éléments accessoires de l'obligation n'est jamais susceptible de provoquer une novation, quelle que soit par ailleurs la volonté exprimée des parties. En d'autres termes, même si les contractants décident expressément d'opérer une novation en éteignant une obligation pour en créer une nouvelle, la novation ne sera retenue que si cette dernière est suffisamment différente de l'ancienne²⁷⁹. Ainsi

²⁷⁷ Chris. CARON, Recueil Dalloz 1998, Jurisprudence, p. 549.

²⁷⁸ La solution est traditionnelle. Voir, G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des Obligations, tome 3, 2^{ème} éd., Paris, 1905, p. 15, n° 1708 : « *quant aux modifications apportées au service ou aux taux d'intérêts, elles se concilient parfaitement avec le maintien de la dette, car elles ne touchent nullement aux éléments constitutifs de l'obligation* » ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Droit civil français*, 2^{ème} éd., tome VII, Obligations, Deuxième partie, p. 666, n° 1260 : « *L'introduction d'un élément nouveau est essentielle, comme l'indique le terme de novation ; sinon il y aurait simple reconnaissance de l'obligation et celle-ci demeurerait toujours identique. Mais une différence quelconque ne saurait suffire. Modifier un détail n'est pas changer l'obligation. Certaines modifications sont de nature à entraîner l'apparition d'une obligation nouvelle, distincte de la première, parce qu'elles influent sur sa constitution même. D'autres à l'opposé sont trop faibles pour qu'il puisse être question d'obligation nouvelle.* » ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Droit civil, Les obligations*, tome 2 : Le régime, Sirey 1989, 2^{ème} éd., p. 387, n° 419 ; B. STARCK - H. ROLAND - L. BOYER, *Droit civil, les obligations "Régime général"*, 6^{ème} éd. LITEC 1999, p. 221, n° 531 : « *On se gardera de confondre novation et aménagement. Pour qu'il y ait novation, il faut que d'une obligation à une autre s'opère un changement substantiel, « métamorphosant », recherché par les parties ; si les contractants ne s'accordent après coup que sur un élément accessoire, substituant un règlement par chèque à un versement en espèces, consentant un atermolement de la créance, ect., il y a une simple modification de la convention initiale, nullement extinction de la créance* ».

²⁷⁹ En ce sens : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, Sirey 1933, 2^{ème} éd., tome 2, p.483, n°908 ; H., L., et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, *Obligation, théorie générale*, 8^{ème} éd. Montchrestien 1991 par F. CHABAS, p. 1255 ; P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une*

toute novation impliquerait forcément un « élément suffisamment nouveau »²⁸⁰. Cette intention est certes nécessaire, mais la novation doit aussi porter sur un élément essentiel de l'obligation et non sur un élément seulement accessoire. C'est ainsi qu'on a pu écrire que: *"D'une manière générale, chaque fois que l'élément nouveau s'analyse en un accessoire, on est en présence d'une modification de la dette dont seule l'exécution est changée; la dette initiale survivant, le mécanisme est enrayé. A l'inverse, dès que la modalité cesse d'être un élément accessoire, la novation trouve à s'appliquer."*²⁸¹ On a aussi soutenu que *"si le changement n'est pas essentiel, il y a une simple modification de l'obligation initiale qui subsiste, et non novation"*²⁸² » ou encore *«Il faut certainement que la nouveauté atteigne un certain degré et semble-t-il, qu'elle n'affecte pas uniquement le mode d'exécution de l'obligation, trop proche de la modalité pour avoir une vertu systématiquement novatoire ».*

Ce deuxième courant doctrinal admet, cependant, que le changement d'une modalité peut valoir, parfois, novation. C'est le cas, parfois, lorsque la modification affecte la condition dont l'obligation est assortie. En effet, selon une doctrine quasi-unanime, l'introduction ou d'une condition touche à l'existence de l'obligation de sorte que sa substance s'en trouverait altérée²⁸³. Dans ce cas, certains proposent de distinguer selon qu'il s'agit d'une condition résolutoire ou une

obligation, Les cours du droit, 1978-1979, p. 27-28 ; A. BENABENT, *Les obligations*, 6^{ème} éd. Montchrestien 1997, p. 500, n° 831 ; et C. PACTET, *De la réalisation de la novation*, RTD civ.1975, p. 435 et s., spécialement p. 658, n° 38.

²⁸⁰ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, op. cit., p. 383, n°415

²⁸¹ B. STARCK - H. ROLAND - L. BOYER, op. cit., p. 226, n° 541

²⁸² A. BENABENT, Droit civil, *Les obligations*, 8^{ème} éd. Monchrestien 2001, p. 546, n° 831 ; Dans le même sens, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Obligations, régime général*, 11^{ème} éd. 2001/2002, p. 89, n°116 : *« elle (la novation) implique un changement significatif de l'obligation originaires, faute de quoi il y'aurait simple modification de l'obligation ».*

²⁸³ Auteurs citée à n° 169

condition suspensive²⁸⁴: "*si la condition est résolutoire, l'adjonction n'atteint pas, dans l'immédiat, l'existence de l'obligation, de sorte qu'on pourrait y voir une modification. En revanche, si la condition est suspensive, l'adjonction introduit un changement si important que la réalisation d'une simple modification doive être exclue*". S'agissant de la suppression d'une condition résolutoire, la doctrine semble ne pas lui reconnaître un effet novatoire²⁸⁵, à l'instar de l'adjonction de condition.

244- Appréciation: La thèse du premier courant doctrinal, celle qui fait dépendre le critère du domaine de la novation à l'intention des parties, est difficilement discutable. En effet, la liberté se présume, surtout en matière contractuelle, et aucun texte ni principe n'interdit de nover l'obligation après sa naissance, en changeant un de ses éléments accessoires ou modalités, dès lors que les parties en tombent d'accord.

L'hésitation peut, cependant, venir de ce que la novation, dans ce cas, partagera le même domaine que la modification simple et que le seul critère de distinction entre ces institutions sera celui le plus habituel et, paradoxalement le plus évanescent, de la théorie du contrat : la volonté contractuelle. De fait on tombe dans le risque d'une recherche divinatoire de l'intention des parties qui, d'ailleurs, ne perçoivent pas cette distinction subtile.

D'ailleurs, un examen superficiel de son contentieux fait apparaître que, contrairement à d'autres mécanismes, la novation fait assez rarement l'objet d'une mise en place concertée, d'un montage

²⁸⁴ JEROME FRANCOIS, *Droit civil, « Les Obligations, Régime général »*, op. cit., p. 95, note de bas de page n° 2

²⁸⁵ JEROME FRANCOIS, *Droit civil, « Les Obligations, Régime général »*, op. cit., p.95

conscient par les parties au rapport d'obligation²⁸⁶. Dans la plupart des cas, on est en présence de relations contractuelles qui, au fil du temps, ont été modifiées par les parties, sans que celles-ci aient expressément déclaré vouloir faire une novation. C'est seulement par la suite, lorsque les relations se détériorent, que, pour échapper aux inconvénients que présente pour lui l'accord initial, l'un des contractants, ou un tiers²⁸⁷, va soutenir qu'il y a eu, à un moment donné, novation²⁸⁸. C'est également dans ce contexte, sous la forme d'une discussion sur l'existence à *posteriori* sur les effets d'une novation prétendue, que se croisent le plus souvent, devant les tribunaux, les chemins de la novation et de la modification simple. C'est là où réside le danger pour une opération aussi complexe que la novation, surtout qu'elle comporte autant de risques pour les parties, et spécialement pour le créancier, dont on sait qu'il va peut-être voir disparaître les sûretés attachées à l'obligation initiale. Ce danger est encore plus accru par le fait, que, souvent, l'acte ne révèle pas l'intention exacte des parties.

C'est pourquoi l'*animus novandi*, s'il est certes indispensable à la novation, ne peut être considérée comme suffisant pour la réaliser dans tous ses éléments indépendamment du degré de changement intervenu. SIMLER²⁸⁹, tenant de la thèse de l'*animus novandi* comme condition suffisante, reconnaît lui-même que « *dans la majorité des cas, la partie qui se prévaut d'une novation ne peut prouver directement l'animus novandi. Les éléments de preuve qu'elle est en mesure de faire valoir résident dans les circonstances qui ont entouré*

²⁸⁶ P. ANCEL, *Arbitrage et novation*, Rev. de l'Arbitrage, éd. Litec 2002, n° 1, doct., p. 3

²⁸⁷ On songe notamment à la caution, qui, en s'appuyant sur le caractère accessoire de son engagement, essaie fréquemment de trouver dans la novation prétendue de l'obligation principale une cause d'extinction de propre engagement.

²⁸⁸ P. ANCEL, *idem*.

²⁸⁹ Ph. SIMLER, *Juris-classeur civil*, fasc. 10, voir Novation.

l'acte. Parmi elles, l'importance même de la modification apportée sera souvent décisive". L'auteur rajoute que « souvent..., les parties ne songent pas à formuler expressément leur intention de modifier l'existant ou de créer, au contraire du nouveau. L'importance du changement opérée constitue alors, dans une large majorité d'hypothèses, le seul élément dont les juges puissent inférer l'existence d'une novation véritable. Du critère purement subjectif, seul décisif dans l'abstrait, on glisse inéluctablement vers un critère objectif, seul disponible dans les faits ».

Enfin, il faut reprocher à cette conception, qui considère l'*animus novandi* comme seule suffisante, de chercher à interpréter l'article 1271 al 1^{er} du code civil à la lumière de son l'article 1273. Cette démarche qui consiste à interpréter un article peu clair par un autre plus sibyllin encore est déconcertante. Nul, en effet, n'a jamais pu déterminer avec certitude le sens de l'article 1273. L'expression « *il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte* » peut bien signifier que la volonté de nover peut être déduit du degré de changement apporté à l'obligation.

C'est la raison pour laquelle nous optons pour la seconde solution, en l'occurrence l'exigence d'un changement essentiel, qui, non seulement facilite la tâche des juges, mais aussi offre plus de sécurité aux parties. La jurisprudence, malgré quelques contradictions, semble d'ailleurs abonder dans ce sens.

II / Le droit positif

245- L'essentiel de la jurisprudence relative à la novation est précisément consacrée à délimiter la frontière entre le domaine des simples modifications et celui d'une véritable novation.

A / Les changements non constitutifs de novation

246- La jurisprudence semble rejeter la qualification de novation lorsque *l'aliquid novi* qui marque la nouveauté de l'obligation novée par rapport à l'obligation initiale ne semble pas suffisamment caractérisé. Cependant, comme le rappelle les professeurs TERRE, SIMLER et LEQUETTE, « *un inventaire de tels changements serait aussi fastidieux qu'inutile, le principe étant que les modifications d'une obligation n'opèrent pas novation .* »²⁹⁰. Il peut néanmoins être instructif d'en relever un certain nombre d'exemples :

C'est ainsi que la jurisprudence rejette généralement l'existence d'une novation dans la concession, la prorogation ou la suppression d'un terme²⁹¹ ; lorsqu'un contrat à durée déterminée est changé en un

²⁹⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1329, p.1184.

²⁹¹ Par exemple : Cass.com., 27 mai 2003, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 00-14007 ; Cass. soc., 20 janvier 2002, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 99-46244 ; voir également : Cass. Civ., 9 février 1887, DP 1888, 1, p. 269 ; Cass. Civ. , 2 mai 1919, Gaz. Pal. 1919, 2, p. 317 ou Sirey 1920, 1, p. 271 ; Cass. Com., 7 février 1962, Bull. civ. III, n° 84. Le code civil confirme cette solution dans son article 2039 relatif au cautionnement: "la simple prorogation du terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution". Pour la doctrine voir AUBRY et RAU, *cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, op. cit., § 324, p. 328 et s. ; PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 264 ; COLIN et CAPITANT, op. cit., n°1527 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, par JESTAZ, op. cit., n° 419 ; CARBONNIER, op. cit. n° 348 et 351; TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n°1328 ; GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, op. cit., n° 304 ; STARK, ROLAND et BOYER, *Droit civil, Obligation, Régime général*, op. cit., n° 445.

contrat à durée indéterminée²⁹² lorsqu'il y a adjonction ou la suppression d'une sûreté²⁹³ ; dans la modification du titre constatant l'obligation²⁹⁴.

Un arrêt récent²⁹⁵ est particulièrement révélateur de cette jurisprudence :

Les faits étaient les suivants : M. Beauclair et Mme Clerisse ont obtenu le 17 juillet 1984 un prêt immobilier d'un montant de 380 000 F au taux de 8 % ; ce taux était un taux préférentiel, M. Beauclair étant salarié de la banque, mais il était prévu au contrat qu'en cas de cessation d'activité de l'emprunteur ou du co-emprunteur à la banque, le taux serait ramené au taux pratiqué normalement pour cette catégorie de prêt au moment de l'accord. M. Beauclair va quitter la banque dès 1984, et le taux du prêt a été porté conformément au contrat à 11,9 % à partir de mars 1985. M. Beauclair ayant cessé de payer les échéances en juillet 1992, et fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, la banque s'est alors retournée contre Mme Clerisse.

La Cour d'appel de CAEN, le 27 septembre 1995, rejette la demande de la banque au motif que « la durée du contrat a été modifiée, avec effet au 25 février 1985, pour être réduite de 264 à 180

²⁹² Cass. Soc, 5 janvier 1999, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 96 42908 : « la novation ne pouvait être déduite de la seule conclusion d'un contrat à durée déterminée après une relation de travail requalifiée à durée indéterminée »

²⁹³ RIPERT et BOULANGER, op. cit. n° 1760 et 1767 ; AUBRY et RAU, op. cit. , n°324 p. 328; BAUDRY- LACANTINERIE, op. cit. n° 1706. Jurisprudence en sens: Cass. Req. 20 février 1874, DP 1874, 1, p. 343; Cass. Civ. 2 mai 1919, S. 1920, 1, p. 271, Gaz. Pal. 1919, 2, p. 317; Cass. Crim. 5 novembre 1969, Bull. Crim. n° 286, Gaz. Pal. 1970, 1, p. 113

²⁹⁴ CARBONNIER, op. cit. n° 351; SIMLER, TERRE et LEQUETTE, n° 1324 (C'est surtout en matière de rédaction d'actes notariés en remplacement d'actes sous seing privé que le problème se pose ; la raison souvent invoquée pour ce refus de reconnaître l'effet novatoire de la rédaction d'un nouvel acte, est que ce dernier ne fait que constater l'obligation et qu'il n'a qu'une fonction probatoire). Jurisprudence en sens: voir, Cass. Civ. 2 mai 1919, Gaz. Pal. 1919, 2, p. 317, S. 1920, 1, p. 271 ; Cass. Com. 14 février 1972, Bull. civ. IV. N°55.

²⁹⁵ Cass. I^{ère} Ch. Civ., 2 décembre 1997, Dalloz 1998, juris. p. 549.

mois ; que cette réduction, jointe à l'augmentation du taux d'intérêt, même à supposer celle-ci légalement admissible, conduit à une modification importante de la charge mensuelle du remboursement, de nature à bouleverser l'équilibre du contrat, et que la charge financière mensuelle du crédit constitue une modification essentielle des éléments du contrat entraînant une novation par changement de débiteur ».

La Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel et affirme qu'en cas d'emprunt, il ne suffit pas, pour opérer novation, de modifier les modalités du remboursement.

Cette solution est constamment rappelée par la Cour de cassation :

Elle a ainsi, dans une décision du 3 mars 1998²⁹⁶ rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui avait retenu souverainement « *qu'il ne résultait pas d'un tel engagement, qui n'a porté que sur les modalités d'exécution du contrat, la volonté de nover le contrat de vente initial* » .

Un autre arrêt du 21 janvier 2003²⁹⁷ confirme également cette constance : « *en cas d'emprunt, il ne suffit pas pour l'opérer (la novation) de modifier les modalités de remboursement* ».

Enfin un arrêt, particulièrement récent, de la chambre commerciale du 30 juin 2004²⁹⁸ décide que « *la cour d'appel qui n'a*

²⁹⁶ Cass. Com., 3 mars 1998, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 95- 14628, voir également Cass. civ. 1^{ière}, 25 juin 2002, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 00-12593

²⁹⁷ Cass. Com., 21 janvier 2003, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 94-18829.

²⁹⁸ Cass. com., 30 juin 2004, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 02-15778 : en l'espèce le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir retenu que l'aménagement de la dette consentie par la

constaté qu'un simple aménagement des modalités de remboursement de la dette de la société débitrice principale, a exactement décidé que cette modification, qui n'opère pas novation, n'était pas de nature à libérer la caution ».

Cette solution, même si "*elle a contre elle le principe de la liberté contractuelle*"²⁹⁹, semble être celle que retient la jurisprudence qui vise ainsi à restreindre le domaine d'application de la novation au changement d'un élément substantiel.

Cette solution pourrait aussi s'expliquer non seulement pour des raisons pratiques, mais aussi par la volonté d'exclure le mécanisme de la novation, dont les effets sont considérables, lorsque la modification apportée à l'obligation n'affecte aucunement sa structure fondamentale. La disproportion existant entre le changement convenu par les parties et la portée du mécanisme novatoire, qui a pu ne pas être bien mesurée par les parties, interdirait tout recours à cette technique alors même qu'elles auraient manifesté clairement leur intention de nover.

247- Pourtant, l'opinion selon laquelle l'intention de nover constitue une condition suffisante pour constater le mise en œuvre d'une novation a, semble-t-il des échos en jurisprudence. Les auteurs qui soutiennent cette thèse aiment à rappeler un arrêt³⁰⁰ de principe rendu en 1875 où la chambre des requêtes de la cour de cassation a estimé qu'il ne suffisait pas, pour opérer novation, "*d'augmenter ou de diminuer la dette, de fixer un terme plus long ou plus court, et*

une Caisse à une Société s'analysait en une novation et que cette novation n'avait d'effet qu'à l'égard de la dette principale sans libérer pour autant les cautions.

²⁹⁹ JEROME FRANCOIS, *Droit civil*, « *Les Obligations, Régime général* », par, op. cit., n° 112.

³⁰⁰ Cass. Req. 8 novembre 1875, D. P. 1876. I. 438.

d'ajouter ou de retrancher une hypothèque, ni même de changer l'espèce de l'obligation, à moins que les parties n'expriment une intention contraire".

Si la solution peut s'imposer par respect du principe de l'autonomie de la volonté et qu'il ne saurait être ici question de remettre en cause ce dogme, force est de constater que les moyens pour y parvenir ne reflètent pas l'article 1271 du code civil et illustre clairement une déformation de la novation par changement de la dette qui semble n'intéresser que les changements substantiels de l'obligation

Encore faut-il rappeler que la solution de la chambre des requêtes qui résulte de l'arrêt du 8 novembre 1875, n'a pas été, à notre connaissance, réaffirmée par la cour de cassation si ce n'est en matière de transaction³⁰¹.

248- La confusion en la matière est manifeste dans le domaine du surendettement des particuliers sur la nature du plan conventionnel de redressement : selon la jurisprudence, cette convention ne peut pas s'analyser comme une transaction car les « concessions réciproques » de la jurisprudence font ici défaut³⁰². Pas davantage, le plan de redressement ne doit s'analyser comme une remise de dette, sauf si, naturellement, les créanciers consentent à abandonner au profit du débiteur tout ou partie de leur créance ce qui, en pratique, n'est pas systématique.

³⁰¹ Cass. Req., 26 avril 1880, DP 1881, 1, p. 12; v. aussi Cass. Civ. 1ère, 25 février 1976, Bull. civ., I, n° 86

³⁰² V. notamment, Cass. soc. 17 mars 1982, Bull. civ., n°180 ; Cass. 1ère civ., 4 mai 1976, Bull. civ., n° 157.

Le plan emporte-t-il novation au sens juridique précis qu'à ce terme aux articles 1271 et suivants du code civil ? Selon certaines décisions récentes de cours d'appel, la réponse devrait être positive³⁰³. Pour notre part, nous inclinons à penser le contraire³⁰⁴. En effet, il ne peut y avoir novation que s'il y a un changement dans la nature et la substance des obligations souscrites par le débiteur. Cette opinion peut être confortée par la jurisprudence qui considère, en général, qu'il n'y a pas novation lorsque l'on se contente de modifier les modalités d'exécution d'une obligation, ou lorsque l'on modifie le montant de la dette, ce qui est bien le cas en présence d'un plan de redressement.

Au surplus, on sait que, à côté de ce critère quantitatif, il n'y a novation que si les parties ont eu l'intention de nover, ce qui est très improbable de la part des créanciers car la novation éteint les obligations initiales et avec lui tous les accessoires des obligations contractées par le débiteur, et notamment les sûretés personnelles et/ou réelles (sous réserve des dispositions de l'art. 1278 du code civil³⁰⁵) ; telle ne peut être à l'évidence la volonté des créanciers qui perdraient ainsi, au moins certains d'entre eux, le bénéfice des garanties qu'ils s'étaient précédemment constituées. On remarquera du reste que sous l'empire de la loi du 13 juillet 1985 sur le règlement judiciaire, il est admis par la jurisprudence que le concordat, défini

³⁰³ CA Paris, 3 juin 1999, 8^{ème} ch. Sect. D, *SA Soficarte c/Duvivier*, contrats, conc., consom., avril 2000, comm. n° 74, obs. Raymond : en posant le postulat que le plan conventionnel de redressement entraîne novation des dettes du débiteur, la cour en tire la conséquence que le point de départ du délai de forclusion posé par l'art. L. 311-37 du code de la consommation est décalé au jour du premier incident de paiement non régularisé après la conclusion dudit plan ; Voir aussi, CA Versailles, 1^{ère} ch., 2^{ème} sect., *SA Franfinance c/Lemeltiez*, inédit : ici, la cour se fonde sur le caractère novatoire du plan conventionnel de redressement pour soustraire le créancier prêteur à la déchéance du droit aux intérêts prévue par l'art. L. 311-33 du code de la consommation.

³⁰⁴ Nous rejoignons en ce sens G. PAISANT, RTD com. 53 (3), juill.-sept. 2000, p. 735.

³⁰⁵ « Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés »

comme étant un contrat intervenu entre le débiteur et ses créanciers, n'entraînait pas novation.

En définitive, le plan conventionnel de redressement doit s'analyser comme une modification simple des obligations du débiteur portant sur les conditions d'exécution de celles-ci et en particulier les modalités de paiement. C'est d'ailleurs la position de la jurisprudence qui, dans un arrêt récent³⁰⁶, a décidé « *qu'un aménagement de la dette pour l'exécution d'un plan de règlement conventionnel de surendettement ne suffit pas à caractériser la novation, de même, qu'en cas d'emprunt, il ne suffit pas, pour l'opérer, de modifier les modalités de remboursement* ». Cette position s'applique également aux recommandations que la commission est habilitée à prendre au titre de l'article L.331-7 du code de la consommation³⁰⁷.

B / Les changements constitutifs de novation

249- La jurisprudence semble plus orientée vers l'affirmation que le changement prévu par l'article 1271-1° du code civil doit s'entendre de tout ce qui porte atteinte à l'existence ou à la substance de l'obligation initiale. Par conséquent, seuls les changements affectant la cause ou l'objet de, l'obligation ou opérant par l'attribution d'une condition à l'obligation initiale emportent novation : c'est le cas, pour une novation par changement d'objet, par exemple, lorsque le créancier accepte l'engagement de son débiteur de lui fournir une prestation différente de celle qui était initialement

³⁰⁶ Cass. Civ. 1^{ière}, 20 mai 2003, www.legifrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 01-00212 ; Bull.civ , I, n°42

³⁰⁷ T.I., Pontarlier, 12 mars 1996, D. 1999, somm. p. 202, obs. P.L. Chatain et F. Ferrière : « *les recommandations de la commission organisant un rééchelonnement de la dette ne constituent pas une novation mais seulement une nouvelle modalité d'exécution de l'obligation* ».

prévue³⁰⁸ ; pour une novation par changement de cause, lorsqu'il est convenu, par exemple, que le débiteur d'un prix sera dorénavant débiteur de la même somme en qualité d'emprunteur³⁰⁹.

250- Cependant, pour l'objet, la solution est délicate car tout changement apporté à l'objet n'emporte pas novation³¹⁰. Il est alors essentiel de préciser le domaine du changement d'objet où novation il y a. C'est surtout à l'occasion de la modification de l'objet que la jurisprudence a dégagé le critère de la substantialité de «*aliquid novi*»³¹¹ qui tend ainsi à restreindre le champ d'application de la novation en la subordonnant à une modification substantielle.

Ainsi si les parties sont libres d'apporter à l'objet de leur obligation les modifications qui leurs paraissent utiles, toutes ne sont pas toutes des novations. Celles qui n'affectent pas l'essence ou la substance de l'obligation ne seront que des modifications simples ; l'exemple donné à ce titre par M. FRANCOIS³¹² est intéressante : « *si les parties conviennent simplement d'une modification d'un élément secondaire de l'objet (ex. : la couleur de la voiture commandée), la qualification de modification ... devra être envisagée* ».

Certains auteurs appuient cette façon de voir et considèrent que la novation ne peut résulter que d'un changement de la nature de l'objet de l'obligation ou plus précisément d'une modification de

³⁰⁸ Par exemple Cass. civ 1^{ère}, 19 janvier 1999, D. 1999, info. Rap., p. 56. Il ne faut pas cependant confondre cette opération avec une dation en paiement. Si la prestation différente est exécutée en même temps qu'elle est convenue, on se retrouve dans l'hypothèse d'une dation en paiement, mode particulier d'exécution de l'obligation.

³⁰⁹ Cass. Soc., 18 juin 1981, Bull. civ., V, n° 571.

³¹⁰ COLIN et CAPITANT, op. cit., p. 856, n° 1527

³¹¹ Il s'agit particulièrement du domaine de la modification dans les contrat de travail. « *la novation suppose une modification substantielle* » *Telle est la formule souvent utilisée par la jurisprudence* : Cass. Soc. 19 juillet 1988, Légisoft fév. 2001, n° 468 ; Cass. Soc. 26 novembre 1987, Bull. 1987, V, n° 684, p. 433 ; Cass. Soc. 28 février 1989, Bull. 1989, n° 143 .

l'objet *in specie*³¹³. Ce qui exclurait une simple modification. Resterait donc la novation ou la substitution de contrat selon que les parties ont eu ou non l'intention de nover.

D'autres auteurs³¹⁴ considèrent que tout changement de l'objet, élément substantiel de l'obligation, engendre une dette nouvelle. Le seul changement de l'objet de l'obligation provoquerait donc nécessairement une novation. Que ce changement soit un changement légère ou non.

251- La thèse la plus développée reste cependant celle de M. GHOZI qui propose de prendre la volonté des parties pour seul critère. Cette volonté pourrait rendre fongible entre eux les objets *a priori* les plus dissemblables, auquel cas, le changement même total d'objet ne changerait pas la cause et ne donnerait lieu qu'à une simple modification³¹⁵. L'auteur précise ainsi la condition du maintien du lien de droit. La modification de l'objet ne doit pas altérer sa cause, comprise comme le but poursuivi par les parties³¹⁶ ; par contre, si les parties n'ont pas eu l'intention de rendre fongibles les deux objets successifs, le changement portera sur la cause : « *la conservation du rapport juridique originaire impose donc l'équivalence des objets entre eux tant pour leur valeur satisfaisante aux yeux des parties que pour leur rôle instrumental par rapport à la cause* ». C'est la théorie de « *la double fongibilité* ».

³¹² JEROME FRANCOIS, *Droit civil, « Les Obligations, Régime général »*, op. cit., n° 108

³¹³ COLIN et CAPITANT, op. cit., p. 857, n° 1527.

³¹⁴ AUBRY et RAU, op. cit., § 324, p. 327 ; LAURENT, « *principes de droit civil français* », tome XVIII, 3^{ème} éd., n°266

³¹⁵ GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse précitée, n° 42 et s. ; Voir aussi P. RAYNAUD, *Les cours de droit 1978-1979*, p. 26 et s.

³¹⁶ GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse précitée, n° 60 et s.

252- Si la première analyse semble trop généreuse à la novation, voir trop radicale par rapport aux autres, on remarquera que la troisième thèse, plus encore que la seconde, repose sur une recherche *hasardeuse et divinatoire de l'intention des parties*³¹⁷.

253- C'est pourquoi la jurisprudence restreint le champ d'application de la novation à l'existence d'une *modification substantielle* de l'objet de l'obligation³¹⁸. Elle distingue ainsi la novation de la simple augmentation ou diminution de la dette et du simple changement d'une modalité d'exécution qu'on confond souvent avec des changements d'objet.

1/ Augmentation ou diminution conventionnelle de la dette

254- Il arrive que les parties conviennent, avant l'échéance, d'une augmentation ou d'une diminution de la dette³¹⁹. Une telle opération peut paraître curieuse : comment un débiteur accepte-t-il que sa dette soit majorée, comment un créancier souffre-t-il que sa créance soit minorée ?

Cela se conçoit pour les contrats à exécution successive : il faut adapter le contrat à l'évolution de la situation, en tenant compte des données économiques du moment. Ainsi, dans un marché de

³¹⁷ MARTY et RAYNAUD, op. cit. n°417

³¹⁸ B. STARK – H. ROLAND – L. BOYER, op. cit. p. 220, n°532 ; A. SERIAUX, op. cit., p. 643, n° 176.

³¹⁹ Cass. civ. 1ère, 18 janvier 2000, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi: 97-21918: *Mais attendu que les juges du fond ont retenu que dès lors que l'engagement de la caution n'était pas limité à une dette précise, mais qu'il garantissait le paiement de toutes les sommes qui pourraient être dues à quelque titre que ce soit, les modifications apportées, dans les rapports entre le débiteur principal et la banque, aux modalités de paiement d'une dette ou à des conditions de découvert ou d'escompte ne pouvaient emporter libération de la caution* ».

fournitures, le débiteur consent en cours de contrat à l'augmentation du prix des marchandises qui lui sont fournies³²⁰.

Souvent, la modification intervient également lorsque la dette n'a pas été payée à l'échéance : le créancier accorde alors un délai supplémentaire mais demande une augmentation d'intérêts³²¹ ou l'adjonction d'une clause d'indexation, ou bien encore, il consent une diminution de sa créance mais exige une sûreté supplémentaire³²². La modification intervient dans ce cas comme un remède à une situation « pathologique ».

Enfin, une augmentation du montant de la dette peut résulter d'un changement de monnaie de compte par les parties. En effet, une telle substitution entraîne une modification du montant de la dette en cas de variation du cours du change ; par exemple, si une monnaie de compte étrangère est substituée à une monnaie de compte française et si, entre le jour de la modification et celui du paiement, le cours de la monnaie étrangère monte par rapport à l'Euro, l'exécution de l'obligation deviendra plus onéreuse pour le débiteur ; elle serait moins onéreuse si les cours évoluaient en sens inverse.

³²⁰ Cass.com., 3 mars 1998, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 95-14628 : « attendu que l'arrêt relève que, dans le document du 4 juillet 1989 invoqué par les parties à l'appui de leurs prétentions, la société Lignham s'est engagée à reprendre une partie des marchandises vendue, à remettre un avoir de la valeur de cette marchandise et la société Halji a promis, en contrepartie, de payer le solde du prix, que l'arrêt retient souverainement qu'il ne résulte pas d'un tel engagement, qui n'a porté que sur les modalités d'exécution du contrat, la volonté de noveler le contrat de vente initial » ; Voir aussi Cass. Req. 21 déc. 1925, Sirey 1926, 1, p. 99.

³²¹ Cass. civ. 1ère, 18 janvier 2000, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 97-21918 : « Attendu que, pour dire que la banque était irrecevable en son action, faute de titre, la cour d'appel retient qu'il y avait novation en ce que, par l'acte du 12 mai 1992, la banque avait modifié l'obligation quant à son capital et au taux d'intérêt; Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il ne résulte pas de ce qui précède que la dette ait fait l'objet d'une novation, la cour d'appel a violé les textes susvisés; Voir également: Cass. Req. 13 nov. 1877, Sirey 1878, 1, p. 415

³²² Cass. Req. 8 nov. 1875, Sirey 1876, 1, p. 102

Une modification apportée à la monnaie de compte a donc pour conséquence une variation possible du montant de la dette.

Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'une augmentation ou diminution pour adapter le contrat à l'évolution du marché, de l'adjonction d'une indexation ou du changement de monnaie de compte, l'objet de l'obligation n'est pas affecté : il s'agit toujours d'une somme d'argent. De fait, la cour de cassation a pu affirmer de façon tranchée que « *quelle que soit l'intention des parties, une modification dans le montant de la dette ne suffit pas à caractériser la novation* »³²³ : en l'espèce, lors de la vente d'un immeuble avec reprise de la rente viagère, les parties avaient décidé de modifier le point de départ de l'indexation ; jugé que cette modification était sans incidence sur la date de naissance de la rente, qui déterminait le taux des majorations légales. En d'autres termes, selon cet arrêt, la modification du montant de la dette n'affecte pas la substance de l'obligation. La modification du montant en question concerne la quantité de l'objet et non sa substance.

255- La Cour de cassation a réaffirmé cette solution en approuvant la Cour de Dijon d'avoir retenu « *qu'une modification du montant de la dette ne suffisait pas à caractériser la novation* »³²⁴.

Il en est de même lorsque les parties n'ont fait que substituer au mode de paiement prévu au contrat un autre mode de paiement.

³²³ Cass. Civ. 1ère, 20 novembre 1967, D. 1969, p. 321, note GOMAA : l'annotateur de cet arrêt propose un critère de distinction entre la novation par changement d'objet et la modification : « *l'on propose comme critère de la distinction en question : la permanence ou la non-permanence de la substance de l'objet* » ; dans le même sens, Cass. Civ. 3ème, 17 juin 1971 : D. 1971, 545, note GHESTIN ; Cass. Civ. 1ère, 25 janvier 1981 : Bull. civ. I, n° 182 ; Cass. Com 22 mai 1984, Bull. civ. 1984, IV, n° 69 : l'acceptation de paiement sans la majoration résultant d'une clause d'indexation convenue entre les parties ne suffit pas à caractériser la novation.

³²⁴ Civ. 1ère, 25 mai 1981, Bull. civ., I, n° 182, p. 148.

2/ Changement des modalités de paiement

256- Le changement du mode de paiement peut résulter soit du changement de monnaie de compte, soit d'un paiement en chèque ou en effet de commerce au lieu d'un paiement en espèce.

257- Pour le premier cas de figure, c'est à dire le changement de monnaie de compte, les parties peuvent décider que le règlement qui devait être effectué en euro, le sera dans une monnaie étrangère, ou inversement. Faut-il considérer qu'il y a seulement changement du mode de paiement de la dette ou, plus profondément, transformation de l'objet de l'obligation et novation ?

La jurisprudence a apporté la réponse suivante : la convention par laquelle les parties décident de substituer, pour le remboursement d'un prêt, une unité de monnaie étrangère à l'unité de monnaie française n'a pas pour but de changer l'objet de la dette, qui demeure le remboursement du prêt, mais seulement d'assurer à l'une des parties un avantage relatif aux modalités de paiement³²⁵. Autrement dit, le changement de monnaie n'affecte pas la substance de l'obligation, mais seulement ses modalités d'exécution

En l'espèce, un prêt de 500 000 francs avait été consenti en 1921, et avait fait l'objet d'un cautionnement. En 1923, un report d'échéance fut accordé, mais le débiteur principal prit l'engagement en dehors de la caution, d'effectuer le remboursement en livres sterling.

Les juges devaient décider si cet acte avait emporté novation de l'obligation et donc libération de la caution. La Cour de cassation

³²⁵ Cass. civ. 17 décembre 1928, Sirey 1929, I, p. 100.

approuva la cour d'appel d'avoir tranché dans le sens de la négative : « l'arrêt qui déclare à bon que la novation ne se présume pas, a justement écarté la preuve que le demandeur prétendait faire résulter, par application de l'article 1271 alinéa-1 du code civil, de la modification apportée au mode de remboursement de la dette, et spécialement à la désignation de la monnaie de paiement ; qu'en effet, la convention modificative du premier contrat n'a pour but de changer l'objet de la dette, lequel est demeuré le remboursement de la somme prêtée le 21 septembre ; qu'elle a eu seulement pour dessein d'assurer au créancier, dans ses relations avec le débiteur principal, un avantage dans les modalités de paiement »³²⁶. La Cour de cassation en avait déjà jugé ainsi dans la souscription d'un billet à ordre pour réaliser un crédit³²⁷ et en cas de l'ajout d'une sûreté à une créance antérieure³²⁸.

Cette jurisprudence s'inscrit dans la conception qui voit dans toute obligation monétaire, quelle que soit la monnaie, une dette de somme d'argent³²⁹

258- Dans le second cas de figure, le créancier d'une somme d'argent reçoit de son débiteur un chèque ou un effet de commerce. On s'est un moment demandé si son acceptation modifie l'objet de l'obligation et emporte novation ?

La réponse négative a été donnée, pour le chèque, par le décret-loi du 30 octobre 1935 et la jurisprudence à adopté une solution semblable à propos des lettres de change et des billets à ordre³³⁰.

³²⁶ Cass. Civ., 17 déc. 1928, Sirey 1929, 1, p. 100.

³²⁷ Cass. Civ., 28 avril 1900 DP 1901. 1. 17, note E. THALLER : Souscription de billet à ordre pour la réalisation d'un crédit.

³²⁸ Cass. Com. 3 juin 1969, D., 1970, p. 88

³²⁹ AUBRY et RAU, t. 4, 6ème édition, p. 329, n° 35

En utilisant de tels procédés de règlement, les parties n'opèrent aucunement novation.

La remise d'un chèque ou d'un effet de commerce a pour but d'éteindre la dette ; elle ne modifie pas l'objet de l'obligation. En est-il de même des changements des modalités d'exécution ?

3/ Changement des modalités d'exécution : l'exemple de la conversion du bail à nourriture en rente viagère

259- Le bail à nourriture et la rente viagère mettent à la charge du débiteur des obligations bien différentes : obligation de donner une somme d'argent pour la rente viagère, obligation d'entretien en nature pour le bail à nourriture. L'opposition est toutefois affaiblie par la possibilité d'une transformation du bail à nourriture en rente viagère.

Une telle opération peut naturellement être l'œuvre des parties qui conviennent, en cours d'exécution, de modifier les obligations qui les lient.

Le cas le plus simple est celui de la conversion conventionnelle du bail en nourriture en rente viagère, lorsque cette modification est prévue par le contrat initial.

Une telle transformation ne pose pas de problème de principe, mais on s'est demandé si elle emporte novation par changement d'objet, avec toutes les conséquences que cela entraîne.

³³⁰ Cass. 18 mai 1850, D. P.1850 , 1, p. 158 : « les lettres de change, loin de constituer la dette elle-même, n'étaient qu'un mode ou un moyen de remboursement de celle-ci, et un instrument pour faire argent de crédit ouvert ». Pour le billet à ordre : Req. 5 Août 1878, D.P. 1879, 1, p. 71 ; Cass. civ. 28 avril 1900, D. P. 1901, 1, p. 17, note Thaller ; Cass. civ. 12 nov. 1946, Dalloz 1947, p. 109 ; Cass. com. 9 mai 1961, Bull. civ , III , n° 202, p. 176.

Dans un arrêt du 3 mars 1953, la cour de cassation a répondu par la négative : lors d'une vente d'immeuble, les contractants avaient stipulé qu'une partie du prix de vente consisterait en l'obligation mise à la charge des acquéreurs de loger, nourrir et entretenir la venderesse. Il était en outre prévu que ces prestations en nature pourraient être converties en rente viagère.

Deux ans après la vente, les parties, d'un commun accord, opérèrent cette substitution. La venderesse invoqua par la suite, en raison de l'inexécution des obligations dont elle était créancière, la clause résolutoire qui avait été insérée dans le contrat de vente. Mais les acheteurs soutinrent qu'il y avait eu novation par changement d'objet et que, la clause résolutoire n'ayant pas été déclarée applicable lors de l'accord opérant la transformation de l'obligation, le maintien des garanties à l'acte primitif ne pouvait s'opérer de plein droit.

Les juges ont cependant estimé qu'il n'y avait pas eu novation « mais simple mise en application d'une convention antérieure » et qu'en conséquence la clause résolutoire attachée au contrat initial pouvait jouer³³¹.

Cette solution est logique car, le fait que les parties aient inséré dans le contrat initial une clause prévoyant la conversion en rente viagère était un indice conduisant à écarter la novation. En transformant l'obligation, deux ans après le contrat, elles ne faisaient qu'appliquer la convention initiale sans aucune novation.

³³¹ Cass. civ., 3 mars 1953, Rép. Defr. 1953, art. 27187

Ainsi lorsque le contrat a prévu la possibilité d'une conversion, la novation est écartée ; en est-il de même lorsque cela n'a pas été prévu ?

Certains auteurs voient un élément de continuité entre le bail à nourriture et la rente viagère qui lui est par la suite contractuellement substituée et pensent que l'exécution pécuniaire est sous-entendue dans le bail à nourriture³³². En d'autres termes, lorsque les parties concluent un tel contrat, elles stipulent des prestations en nature, mais prévoiraient implicitement leur remplacement éventuel par une somme d'argent. La conversion ne ferait alors que réaliser cette volonté implicite lors du contrat et n'emporterait pas novation.

Cependant une telle volonté sera parfois délicate à établir. Elle pourrait difficilement être invoquée par un preneur désireux de se décharger des prestations en nature qui pèsent sur lui, et qui alléguerait que le bailleur a tacitement consenti, lors de la conclusion du contrat, à ce que le bail à nourriture soit remplacé par une rente viagère.

Lorsque les parties n'ont pas prévu la conversion dans le contrat initial, celle-ci ne peut par la suite (en dehors d'une décision judiciaire), procéder que d'un commun accord sur le principe de la transformation ainsi que sur le montant de la rente à verser.

La jurisprudence, d'ailleurs ne retient pas cette thèse de la volonté tacite des contractants à la conversion du bail à nourriture en rente viagère. Après avoir admis que cette conversion pouvait constituer une novation, elle a changé sa position et affirme

³³² C. GAVALDA, « *Un renouveau du bail à nourriture ?* », R TD civ. 1953. 637, p. 657, n° 82.

aujourd'hui de manière claire que la conversion d'un bail à nourriture en rente viagère n'entraîne pas une novation par changement d'objet³³³ (solution très critiquée en doctrine³³⁴) ; qu'elle ne fait que substituer un mode d'exécution à un autre : « *entendu que la conversion en rente viagère de l'obligation principale de faire, qui découle du bail à nourriture, n'entraîne pas novation par changement d'objet de la convention ; qu'elle ne fait que substituer au mode d'exécution prévu au contrat un autre mode d'exécution mieux adapté aux circonstance* »³³⁵ . Est, au contraire, constitutif de novation le changement de lieu de vacances et la réduction de la durée du séjour dans un voyage organisé³³⁶.

La jurisprudence montre donc que la modification d'un bail à nourriture en rente viagère atteignait seulement le mode d'exécution de l'obligation. Celle-ci demeure.

260- L'hypothèse n'est pas à rapprocher cependant de la conversion de la rente viagère en bail à nourriture. Une telle opposition s'explique : l'argument qui permettait de justifier la conversion du bail à nourriture en rente viagère ne peut jouer ici ; l'entretien en nature du créancier ne peut être considéré comme une modalité d'exécution de l'obligation de verser une somme d'argent. En souscrivant l'obligation de verser une rente viagère, le débiteur a contracté une obligation de somme d'argent, certes soumise à l'aléa

³³³ Au contraire, a été jugé comme constitutif d'une novation par changement d'objet : la substitution d'un mode de calcul à un autre pour la rémunération d'un architecte C.A, Paris 20 octobre 1983, D. 1985, 445, note J. KARILA DE VAN.

³³⁴ JEROME FRANCOIS, *Droit civil, « Les Obligations, Régime général »*, op. cit. n° 109 ; SERIAUX, op. cit. p. 644.

³³⁵ Cass. Civ. 1ère, 21 janvier 1959 : Bull. civ. I, n°237 ; RTD civ. 1960, p. 130, Obs. CARBONNIER ; Dans le même sens : Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1963 : Bull. civ. I, n° 31, p. 21 ; Cass. Civ. 1ère, 18 juillet 1984, RTD civ. 1985. 410, Obs. PH. REMY. Cass. Com, 6 mars 1990, D. 1990, IR 76.

³³⁶ C. A., Paris 24 octobre 1990, D. 1990, IR 278.

résultant de la durée de vie du créancier, mais déterminée de façon fixe. Il n'a aucunement envisagé la possibilité d'exécuter son obligation en assurant l'entretien en nature de son créancier. La conversion d'une rente viagère en bail en nourriture opère donc un changement radical de l'objet de l'obligation.

La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens³³⁷. La chambre civile a, en effet, estimé que l'acte avait opéré une véritable novation par changement d'objet « puisqu'il substitue une dette nouvelle, les prestations en nature, à l'ancienne rente en argent qu'il déclare éteinte ».

261- Malgré la confusion qui peut venir de la nature hasardeuse de certaines décisions de la cour de cassation, en particulier lorsqu'elles se fondent sur la novation qui ne semble concernée que les éléments essentiels de l'obligation, alors qu'il semble plus juste de voir là des modifications simple, la tendance générale de la Cour de cassation est de restreindre la novation aux changements qui touchent à la substance de l'obligation.

Paragraphe deuxième / La nécessaire distinction entre les éléments essentiels et les éléments accessoires de l'obligation : étude prospective

262- Le critère qui semble se dégager des décisions des tribunaux nous amène à une distinction qui est celle entre les éléments substantiels et les éléments accessoires de l'obligation. Cette distinction entre éléments accessoires et éléments essentiels d'un ensemble n'est pas nouvelle en droit des obligations. On l'applique

déjà dans la qualification du contrat³³⁸ pour distinguer les obligations qui ont un effet sur la structure du contrat et celles qui ne l'ont pas. C'est une distinction qui est seulement fonctionnelle.

263- Toutes les modifications susceptibles d'être appliquées à l'obligation n'auront pas ainsi le même régime selon qu'elles touchent ses éléments accessoires ou selon qu'elles touchent ses éléments essentiels.

L'obligation peut être alors vue comme constituée de deux catégories d'éléments. C'est de ces deux catégories que va provenir une distinction entre les domaines de deux institutions, un qui attrait au changement des éléments accessoires et l'autre au changement d'éléments essentiels ou substantiels.

Certes, le droit positif n'utilise pas cette terminologie³³⁹ comme moyen de cette distinction, mais, comme on l'a vu, la jurisprudence semble vouloir, avec beaucoup d'efforts, définir à chacune des notions respectives de modification simple et de modification novatrice un domaine propre. Encore que ces efforts sont parfois désordonnés, constate-t-on à l'examen de certaines décisions isolées qui, multipliant les contradictions, font obstacle à la solution d'un critère de frontière en droit positif. Ce qui rend encore plus nécessaire de dégager les critères de distinction réelle entre les éléments constitutifs de l'obligation, résidant dans la détermination d'un critère objectif et seul susceptible d'offrir un modèle de différenciation pour rattacher à

³³⁷ Cass. civ. 12 janv. 1847, Sirey 1847, 1, p.103

³³⁸ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, op. cit. p. 96, n°75.

³³⁹ La jurisprudence laisse, souvent, échapper l'expression « modification substantielle » en parlant de la novation : Ex. CA Nîmes, 10 novembre 1934, S. 1935, 2, p. 153, note BEQUIGNON-LAGARDE : « Attendu », dit la cours de Nîmes, « que la novation suppose un changement, une modification qui touche à l'existence même de la créance et qui vise à une modification substantielle du titre,... ».

la situation qu'on analyse le régime juridique de l'opération réellement envisagé par les parties.

264- Dés lors quel est le critère de ce qui accessoire ?

On pourrait répondre en disant que ce qui est accessoire, c'est tout ce qui n'est pas substantiel. Mais cela peut-elle suffire à notre démonstration ? Nous ne le pensons pas car la détermination de ce qui est substantiel n'est pas en elle-même aisée.

I / Les critères de la distinction

265- S'il est parfois malaisé de déterminer ce qui est accessoire de ce qui est substantiel, l'intérêt d'une telle distinction, pour déterminer le domaine de la novation, nous paraît particulièrement justifié car, comme l'écrit un auteur, « *l'élimination des éléments secondaires est un procédé de simplification. Or l'univers juridique est un monde schématisé. Il est impossible au droit d'épouser toutes les nuances de la réalité. Pour qu'un aspect de cette réalité accède à la vie juridique, il doit revêtir une certaine importance. Pour mettre en mouvement les mécanismes techniques, il faut un certain « poids » capable de vaincre leur inertie. L'affinement du droit peut parfois abaisser le seuil à partir duquel l'importance de tel ou tel fait est jugée suffisante pour être prise en considération. Mais le droit ne peut se passer de la méthode de réduction à l'essentiel : dans la vie sociale, il n'y a jamais deux faits absolument semblables. Une simplification de la réalité est inéluctable* »³⁴⁰. De fait, si la notion d'accessoire peut désigner aussi ce qui est négligé, on voit les services qu'elle peut rendre. L'invoquer, ici, sera simplifier. Sa fonction sera

³⁴⁰ GOUBEAUX G., *La règle de l'accessoire en droit privé, thèse précitée*, LGDJ 1969, p. 20, n° 9

alors de débloquent les domaines de la novation par changement de la dette et de la modification simple lorsqu'ils sont invoqués à l'occasion d'une opération de changement de la dette. Il faut faire un tri entre les divers éléments de l'obligation et n'en retenir que quelques uns au titre de novation. On distinguera à cet effet les éléments accessoires des éléments essentiels ou substantiels. Seules les derniers pourraient concerner la novation.

266- Cependant, comme le fit remarquer M. GOUBEAUX³⁴¹, qui écrit: "*Le seuil à partir duquel une donnée est prise en considération varie suivant la résistance rencontrée dans chaque cas. Et l'appréciation de cette résistance varie elle-même suivant le résultat recherché et la plus ou moins grande simplification des règles juridiques que l'on veut obtenir dans un secteur déterminé...le concept d'élément secondaire apparaît...à tous les points de vue éminemment relatif. Si bien qu'en réalité le caractère secondaire tient au fait que l'élément considéré a, en fait été l'objet d'une mesure de "réduction". Ce n'est qu'une fois l'élimination opérée que l'opposition entre essentiel et secondaire apparaît*". Il apparaît donc nécessaire de préciser d'abord la notion d'élément substantiel avec laquelle on oppose les éléments accessoires.

A / La détermination de ce qui est substantiel

267- Le terme substantiel peut avoir deux sens :

Critère qualitatif. Le premier sens peut être tout ce qui touche la substance de la chose, l'essence même de la chose. Pour être

³⁴¹ GILLES GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse précitée, LGDJ 1969, p. 22, n° 10

substantiel, l'élément doit être un des constituants de la substance même de l'obligation.

On retrouve dans « substantiel » : la substance si l'on se place à l'origine de la langue, c'est ce qui est essentiel, c'est ce qui soutient l'existence. Autrement dit, c'est le noyau dur. Appliqué à l'obligation, ce sont les éléments fautes desquels l'obligation n'existe pas ou disparaît.

Critère quantitatif. Le second désigne ce qui est important. C'est un critère quantitatif. Ce critère ne peut être retenu ici car, il est à la fois relatif et subjectif. En effet, tous les éléments de l'obligation ont individuellement une importance dans sa structure. Ce critère quantitatif est subjectif car ce qui est important l'est en fonction de la volonté des parties. C'est un critère aléatoire pour le juge et demande une recherche divinatoire de la volonté des parties.

C'est donc le critère qualitatif, objectif, qui va être retenu. Dès lors quels sont les éléments substantiels de l'obligation ? On retiendra donc comme éléments substantiels, ceux sans lesquels l'obligation ne peut exister.

B / La détermination de ce qui est accessoire

268- **La notion d'accessoire** : Le mot "*accessoire*", comme le remarque M.GOUBEUX³⁴², "*est d'un emploi extrêmement fréquent et varié*"... . "*Dans le langage courante*", écrit M.GOUBEUX, "*l'accessoire a peu d'importance. Il accompagne le principal qui, lui, est considérable, important. De telles expressions sont évidemment*

³⁴² GOUBEUX G., *ibidem*, p.19, n° 8

fort vagues et se prêtent à couvrir d'innombrables hypothèses. La notion d'accessoire est alors très large. A un point tel qu'on peut se demander si elle est vraiment utilisable en droit".

269- La lecture du code civil n'a pas permis d'élucider la notion d'accessoire qui semble encore entourée d'incertitudes. L'article 1692 du code civil, qui sert de fondement à la transmission de la créance, indique simplement que la cession de créance identifiée à la vente « *comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque* ».

Sont donc visées, au premier chef, les sûretés qui protègent le cessionnaire contre l'insolvabilité du débiteur. Ce n'est qu'un raisonnement par analogie qui autorise à étendre au de-là des seules garanties de paiement, la qualité d'accessoire de la créance.

270- Un auteur, M. CABRILLAC, partant des articles 1018 et 1692 du code civil, retient que c'est l'idée de « nécessité » qui doit guider l'interprète dans sa recherche de l'accessoire. Un droit, une action sont accessoires parce qu' « *au service de la créance* »³⁴³ et

³⁴³ M. CABRILLAC, Les accessoires de la créances, in Etudes dédiées à A. WEILL, éd. Litec, 1983, p. 107 : cet auteur écarte d'abord de la notion d'accessoire toute prérogative intransmissible, attachée à la personne même du créancier ou à sa qualité. Selon M. CABRILLAC, « puisque le propre de l'accessoire est de suivre la créance dans les patrimoines de titulaires successifs, il doit être un droit ou une action qui n'a pas d'autre finalité que d'en renforcer la valeur ou d'en favoriser le recouvrement ; une prérogative dont l'exercice ne peut être profitable qu'au titulaire quel qu'il soit. Deux critères doivent être retenus, selon M. CABRILLAC, pour qualifier la notion d'accessoire de l'obligation : l'accessoire doit être conçu, par la loi des parties, au service exclusif d'une créance et doit s'épanouir par la mise au service de la créance même qui est transmise. Peuvent dès lors, notamment être retenus comme des éléments accessoires de l'obligation, les droits qui déterminent le montant de la créance, telles les clauses d'indexation et les clauses d'intérêts moratoires ; les clauses qui déterminent l'échéance ; les prérogatives prémunissant le créancier de l'insolvabilité du débiteur, telles les sûretés déjà évoquées, les actions directes et la solidarité ; les droits, actions et titres qui permettent d'obtenir le paiement du débiteur, tel le titre exécutoire ; enfin, les sanctions qui s'attachent au défaut de paiement, telle l'action en résolution et l'action en revendication fondée sur une clause de réserve de propriété ; les actions en justice comme l'action paulienne et l'action oblique et surtout l'action en

donc utiles à celle-ci et même indispensables. L'accessoire n'accompagne donc pas toujours la créance³⁴⁴. Il est nécessaire pour cela qu'il soit utile à la créance transmise. C'est bien le cas des sûretés visées à l'article 1692 du code civil, des actions qui permettent de se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur, ou des droits qui déterminent le montant de la créance.

Dés lors, la qualité d'accessoire affectée à la créance existe si cette nature à un intérêt pour le cessionnaire, créancier dérivé, qui doit exercer son droit de créance de la meilleure manière possible. Ce serait donc « *une prérogative dont l'exercice ne peut être profitable qu'au titulaire quel qu'il soit* »³⁴⁵.

271- Cette conception de la notion d'accessoire est cependant très radicale et réductrice des rapports contractuels originaux et privilégie l'intérêt du seul cessionnaire de la créance. C'est, en effet, à suivre son analyse, la définition même de l'accessoire de la créance qui nécessite cette condition et non seulement sa transmission. Or ce qui nous intéresse, ici, dans la notion d'accessoire, ce n'est pas le critère de l'utilité mais un critère quantitatif c'est à dire les éléments qui ne sont pas substantiels dans l'obligation qui lie le débiteur au créancier, mais qui lui sont dépendants. En plus, si l'accessoire est un avantage, un bénéfice qui, pour le cessionnaire favorise le recouvrement de la créance, alors le cessionnaire devrait avoir la

paiement ; l'action en rescision pour lésion et l'action en résolution pour non paiement du prix, par exemple, dans la vente.

Ce sont aussi les actions dont dispose le débiteur pour refuser d'exécuter son obligation et les modalités ou clauses stipulées en faveur du débiteur.

³⁴⁴ M. CABRILLAC, op. cit., p. 118, n° 30 : « *l'affectation à la créance ne se prolonge pas nécessairement au-delà de la transmission* ».

³⁴⁵ M. CABRILLAC, op. cit., p. 115

faculté d'en user³⁴⁶. Ce serait là un droit et non une obligation lui laissant la liberté d'en jouir ou non.

Pour cette raison, le critère de l'utilité vis-à-vis de la créance transmise, que l'on doit à M. CABRILLAC, paraît devoir être utilisé comme condition de la transmission de l'accessoire et non comme critère de l'accessoire.

272- Il semble donc difficile de retenir cette conception. De fait, nous emprunterons les développements du doyen VORIN sur la notion.

Le terme d'accessoire peut signifier deux choses, souligne le doyen VOIRIN³⁴⁷ ; il a parfois le sens de secondaire par opposition à essentiel; dans d'autres hypothèses il signifie dépendant par opposition à principal. A la première acception du terme "accessoire", correspondraient des "*procédés de réduction*". Dès lors, continue le doyen VOIRIN, "*on néglige ce qui est secondaire, par exemple en matière d'erreur...*". Le doyen VOIRIN cite l'exemple de l'erreur de l'article 1110 du code civil. En effet si la pureté du consentement ne résiste à aucune erreur, aussi infime soit-elle, seule est prise en considération celle qui "*tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet*".

Appliqué au contenu de l'obligation, le procédé comprendra les deux critères respectifs d'« éléments secondaires » et « dépendants » de l'obligation, et conduit à la catégorisation des éléments de celle-ci :

³⁴⁶ Par exemple le cessionnaire d'une créance issue d'un contrat dans lequel est insérée une clause compromissoire, devrait avoir la faculté, soit d'invoquer le respect de la clause à son profit, soit d'y renoncer purement et simplement.

³⁴⁷ BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, tome IV, par VOIRIN. Les biens, 2^{ème} éd., 1938, p. 110, n° 3

les éléments substantiels déterminés plutôt, et les éléments accessoires.

Les accessoires sont donc les éléments attachés à l'obligation et qui, sans faire partis de ses éléments constitutifs, lui sont dépendant et n'existe que parce que les parties les ont expressément ou implicitement stipulés et adjoint à l'obligation. Ce sont ces éléments qu'il faut maintenant déterminer.

273- Les éléments accessoires de l'obligation. Tout contrat comporte toujours une ou plusieurs obligations principales en vue desquelles les parties ont contracté : dans la vente, par exemple, ce sera le paiement d'un prix pour l'un, et la livraison d'une chose pour l'autre. On peut ainsi résumer chaque contrat en le ramenant à l'essentiel.

Mais en pratique, tout contrat comporte des clauses annexes, accessoires aux obligations principales, et qui revêtent parfois une importance pour les parties. Parmi les clauses courantes on peut citer : Les clauses instituant des modalités de l'obligation, les clauses relatives aux modalités d'exécution de l'obligation, les clauses relatives aux garanties contractuelles de paiement, ...etc.

Toutes les obligations peuvent être affectées de certaines modalités. Ces modalités vont affecter non pas l'objet de l'obligation mais son régime. Par rapport à une obligation pure et simple, l'existence de l'obligation peut être remise en cause ou l'exécution de l'obligation peut présenter certaines particularités. Ainsi l'exécution et l'existence de l'obligation sont soumises à des éléments temporels

par le terme³⁴⁸ et la condition³⁴⁹. L'exécution de l'obligation peut être moins aisée en raison de clauses rattachées à elle par les parties, c'est à dire des modalités subjectives.

274- **Les modalités objectives.** Les modalités objectives concernent d'abord le terme qui est une échéance, certaine dans son principe, et qui est soit déterminé (par exemple, une date : le 11 février), soit déterminable (par exemple, le jour du décès de telle personne) ; insérée dans un contrat cette date pourra marquer soit le point de départ des effet du contrat (terme suspensif), soit au contraire son point final (terme extinctif).

Le terme suspensif est celui qui suspend l'exécution de l'obligation jusqu'à l'arrivée du terme. Par exemple, une vente étant conclue ce jour, les parties peuvent convenir que l'une des prestations, le prix ou la livraison, sera effectuée à une ou plusieurs dates ultérieures. Cependant la stipulation d'un terme n'empêche pas la naissance immédiate de l'obligation promise ; elle affecte seulement son exigibilité. Le créancier ne peut donc exiger son paiement avant l'écoulement du délai, à moins que le terme n'ait été stipulé en sa seule faveur³⁵⁰ .

Le terme extinctif quant à lui limite la durée du contrat, et ne se conçoit que pour les obligations qui s'exécutent dans le temps, non pour ceux à exécution instantanée. Lorsque les parties concluent un contrat à exécution successive, elles sont libres de fixer ou non un terme extinctif à leurs obligations ; suivant la décision prise, le

³⁴⁸ Articles 1185 à 1188 du code civil

³⁴⁹ Articles 1168 à 1184 du code civil

³⁵⁰ Article 1187 : « Le terme est toujours présumé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier ».

contrat sera donc à durée déterminée s'il y a un terme, soit indéterminée en l'absence de terme. En pratique, cela dépend du contrat considéré et des circonstances de fait. Ainsi, en général, les contrats de bail, d'assurance, de société et de prêt sont conclus pour une durée déterminée.

Le problème ne se pose avec la novation que lorsque les parties décident de changer le terme de leurs obligations soit en le prorogeant soit en le ramenant à une date ou à un événement certain antérieur à celle initialement prévue. Lorsque les parties décident de proroger le terme extinctif de leur engagement, elles ne modifient en rien la matière de l'obligation mais seulement la limite de son exécution dans le temps. La prorogation est une convention modificative par laquelle les parties reportent l'échéance du terme extinctif³⁵¹.

275- Les modalités objectives concernent ensuite la condition qui est le cas où les parties conviennent de faire dépendre l'existence des obligations à un événement futur de réalisation incertaine. La condition se distingue du terme à deux points de vue : d'une part, le terme affecte seulement la durée des obligations en précisant leur point de départ ou leur fin ; quelque soit cette durée, le contrat existe ou a existé alors que la condition subordonne l'existence même des obligations : suivant que la condition se réalisera ou non, les obligations contractées existeront ou seront sensées n'avoir jamais existé ; d'autre part, l'arrivée d'un terme est toujours une certitude, parce qu'il s'agit d'une date précise ou, le cas échéant, d'un événement qui se produira à coup sûr, la mort d'une personne par exemple ; au contraire, étant un événement futur de réalisation

³⁵¹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, « *Les effets du contrat* », LGDJ 2001, p. 294, n°241.

incertaine, la condition prévue au contrat peut ou se réaliser, ou défaillir : par exemple, le mariage d'une personne

Les obligations conditionnelles se trouvent en conséquences soumises à un aléa qui est facteur d'insécurité pour les parties et pour les tiers. Ainsi la condition apparaît-elle comme une modalité un peu spéciale.

En tant que modalité de l'obligation, la condition est un élément extérieur au rapport de droit qu'elle affecte. Celui-ci peut parfaitement exister indépendamment d'elle³⁵². La condition-modalité est ainsi un élément adventice³⁵³, dont la volonté des parties fait dépendre la formation ou la survie d'une obligation qui aurait pu ne pas être assortie de cette modalité. Est ainsi conditionnelle la vente subordonnée à la condition que l'acheteur obtienne un crédit. Toutes les conditions de la vente sont par hypothèse remplies mais un élément extrinsèque a été, par la volonté des parties, érigé en condition.

La condition peut confondue avec les éléments essentiels d'une obligation³⁵⁴. Il convient, cependant, de dénoncer l'approximation qui résulte d'une telle qualification : effectivement, les éléments essentiels d'une obligation ne correspondent pas à la définition de la condition donnée ci-dessus. Il s'agit en effet des éléments constitutifs de l'obligation et sans lesquels elle ne pourrait exister. Ainsi, une vente conclue sous la condition, par exemple, que l'acquéreur donne son consentement ou que les parties parviennent à un accord sur le prix n'est pas une vente conditionnelle. Pour cette raison, la

³⁵² CHAUSSE, *De la rétroactivité dans les actes juridiques*, Rev. crit. DIP, 1900, tome XXIX, p. 520 et s., notamment p. 538 ; P. DEROUIN, *Pour une analyse fonctionnelle de la condition*, R.T.D. civ. 1978, 1, n° 79.

³⁵³ Etymologiquement de *adventicius*, qui s'ajoute.

³⁵⁴ H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, op. cit., n° 1039.

jurisprudence relative à la détermination du prix dans les contrats de fourniture ne pouvait être considérée comme une application de la notion de condition potestative. La question était celle de la déterminabilité du prix, élément essentiel du contrat³⁵⁵. Dans ce cas, il n'y a ni vente, ni obligation ; les parties se trouvent dans la phase pré-contractuelle.

Ce caractère d'élément extérieure mais accessoire de la condition explique sans aucun doute la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que « *la renonciation unilatérale par la caution au bénéfice de la condition à laquelle elle avait subordonné son engagement n'opère pas novation* »³⁵⁶.

276- Les modalités subjectives. L'article 1692 du code civil, qui emploie l'expression "accessoire de la créance", ne donne comme exemple que les sûretés. On a fait remarquer que cette assimilation des accessoires de l'obligation aux seules sûretés revient à amputer leur domaine si l'on songe, par exemple, aux clauses d'indexation, aux clauses pénales, aux clauses résolutoires, aux clauses de résiliation ou de réserve de propriété.

II / L'inapplicabilité du principe de la liberté contractuelle

277- La volonté des parties constitue un des piliers du droit des obligations. "*De la volonté libre tout procède, à elle tout aboutit*"³⁵⁷. La volonté apparaît comme la cause première du droit.

³⁵⁵ J. GHESTIN, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, D. 1973, chron., p. 293 ; A-M. FRISON-ROCHE, *L'indétermination du prix*, R. T. D. civ. 1992, p. 269, n° 31.

³⁵⁶ Cass. Com., 8 octobre 2003, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 97-15377.

³⁵⁷ E. GOUNOT, « *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé* », thèse Dijon 1912, p. 27.

C'est Kant qui, pendant longtemps, a été considéré comme le théoricien par excellence de cet individualisme et de ce libéralisme juridiques³⁵⁸. En effet, l'organisation de la société ne dérive pas du droit naturel, ni de la raison, mais de la volonté : Les individus, isolés dans l'état de nature, s'associent librement pour donner naissance à l'Etat et pour fixer des règles de fonctionnement : c'est le « contrat social », base de tout le droit public, depuis Hobbes³⁵⁹ jusqu'à Rousseau³⁶⁰.

278- L'influence de cette conception sur le droit privé n'est pas moins forte : le commerce juridique repose tout entier sur la volonté des individus, à savoir le contrat, ou plus généralement l'acte juridique.

279- On pourrait alors nous objecter que la classification proposée peut conduire à une logique formelle qui limite l'épanouissement de cette volonté des parties et entraîner des conséquences artificielles coupées de la réalité des faits; que cette méthode imprimerait au domaine de la novation un dogmatisme et une raideur incompatible avec la souplesse qui est l'une des exigences premières des règles qui régissent la vie des affaires.

280- Cependant, si ces craintes sont légitimes, il ne faut pas les exagérer. Il est clair qu'on ne peut pas, en droit des contrats, nier l'importance de la volonté. On ne peut pas non plus nier la nécessité d'une telle classification qui est non seulement inhérente à la

³⁵⁸ KANT, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Par Barni, 1854 ; KANT, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, nouv. Trad. Par B. Delbos, Librairie Delagrave, 1962 ; Ch. BEUDANT, « *Le droit individuel et l'Etat* », Paris 1891, p. 138

³⁵⁹ T. HOBBS, *Leviathan*, J.-M. Dent, London 1959 ; DE JOHN LOCKE, *Essai sur le pouvoir civil*, trad. Par J.-L. Fyot, PUF 1953.

³⁶⁰ J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, par H. Guillemin, Union générale d'Editions, 1963.

méthodologie juridique mais aussi nécessaire à la sécurité et à la transparence des relations d'affaires.

A / La sécurité, intérêt pratique de cette classification

281- Si le volontarisme reste la base de toutes les relations contractuelles, il est impuissant à lui seul de fonder les solutions. L'affirmation est vraie pour la théorie de la novation : qui dit volonté, pense fluctuation, incertitude, instabilité, alors que l'impératif premier de l'ordre juridique doit être la sécurité. Stuart MILL y voyait « *la nécessité la plus indispensable après celle de la nourriture* »³⁶¹. Et le souci de sécurité n'enlève en rien à la volonté son rôle : la réalisation de la novation suppose à la fois le remplacement d'une obligation initiale par une obligation novée, conformément à la volonté des parties, et entre ces obligations un élément de différenciation qui ne dépend que partiellement de la volonté des parties.

B / La volonté jouera toujours son rôle

282- Le système proposé est donc un système qui, tout en donnant à la volonté le rôle prépondérant qui doit être le sien en matière d'obligations, va permettre d'écarter les divinatoires recherches de volonté, qui ressemblent tant à des justifications arbitraires, et qui transforment toutes les solutions de principe en solutions d'espèces. Ainsi la volonté des parties jouera toujours un rôle décisif puisqu'elle est toujours nécessaire et l'absence d'un animus novandi empêcherait la novation de se réaliser ; mais, en même temps, elle doit, pour atteindre le résultat recherché, accepter de se

situer dans le cadre d'une catégorie d'éléments bien ciblés. Autrement dit, la volonté va organiser la novation par la voie de l'*animus novandi*, c'est à dire l'intention de lier l'extinction de la première obligation et la création d'une nouvelle, mais il ne lui appartiendra que de la définir en qualité alors que le critère de la substantialité fixera la limite quantitative de cette action. Le critère de substantialité (objectif) exprime alors la valeur objective de l'élément qui variera par l'action qualitative de la volonté. La prise en considération de ce critère objectif est censée, de par son fondement même, refléter la réalité et la rendre plus évidente mais aussi plus stable. Or, la volonté des parties lorsqu'elles réalisent une novation est, pour la plupart des cas, obscure.

En plus le critère proposé contribue à l'objectivité, à la précision du droit qui a besoin de reconnaître par des signes extérieurs les catégories qu'il utilise.

L'une des bases essentielles de la distinction proposée est la classification des éléments de l'obligation en catégories qui opposent une différence de domaine. Ce critère suppose que le résultat envisagé par les parties ne puisse être atteint, lorsqu'il s'agit d'une novation, que par la modification d'un élément essentiel de l'obligation.

On a vu d'ailleurs que la tendance jurisprudentielle était dans ce sens.

283- Appréciation. La rédaction de l'article 1271 a tendu fâcheusement à exercer une influence extensive sur le domaine de novation par changement de la dette. En ne parlant que de « changement de la dette », ce texte accrédite l'idée d'un double emploi de la novation avec la modification simple à laquelle beaucoup

³⁶¹ S. MILL, « L'utilitarisme », cité par René DEMOGUE, « Notions fondamentales du droit privé »,

se sont arrêtés. Etendre le domaine de la novation par changement de la dette à tous les éléments de l'obligation, reviendrait, en effet, à briser la dynamique de la notion, à en tuer son originalité.

L'un des mérites, et non des moindres, de la distinction entre les éléments substantiels et les éléments accessoires de l'obligation est justement d'étouffer la tentation de dilater le domaine de la novation par changement de la dette, afin d'éviter un double emploi avec la modification simple. La novation par changement de la dette ne serait ainsi efficiente que si elle a comme domaine le changement des éléments substantiels de l'obligation.

Si la frontière entre le domaine de la modification et celui de la novation peut être ainsi clarifiée par l'intervention de cette distinction, la tâche de l'interprète n'est pas pour autant simplifiée. Une autre source de difficultés procède de la confusion entre le domaine de la novation par changement de la dette, même réduit au critère de la substantialité, avec celui du *mutuus dissensus*.

<p>SECTION 2 : LES DOMAINES DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE LA DETTE ET DU <i>MUTUUS DISSENSUS</i></p>
--

284- La novation par changement de la dette permet, comme on la vu, de changer les éléments essentiels de l'obligation. Mais les parties peuvent aussi obtenir le même résultat en mettant fin à leur accord (*mutuus dissensus*) enfin de contracter sur d'autres bases.

De fait la novation par changement de dette peut sembler faire double emploi avec le *mutuus dissensus*.

285- Seulement ces deux mécanismes, malgré les ressemblances qu'elles peuvent avoir, présentent des différences fondamentales et ne partagent pas le même domaine.

Paragraphe premier : Le rapprochement des domaines des deux notions

286- Mentionnée par l'article 1134, alinéa 2, du code civil, le *mutuus dissensus*³⁶², est « *la révocation pour le tout d'une convention par la volonté commune des contractant* »³⁶³.

Le *mutuus dissensus*, ainsi défini peut présenter des similitudes avec la novation dans plusieurs cas de figures.

³⁶² R. VATINET, Le *mutuus dissensus*, Rev. Trim. Dr. Civ., 1987, p. 252 et s. – On parle aussi souvent de révocation amiable, de résiliation amiable, d'annulation amiable ou de révocation amiable.

³⁶³ J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3ème éd., Traité de droit civil, LGDJ 2001, p. 702, n° 660.

D'abord lorsque le *mutuus dissensus* est suivie de la conclusion d'un nouveau contrat entre les mêmes parties. L'opération est proche de la novation. L'une et l'autre ont un caractère conventionnel et un effet extinctif, suivi de la création de nouvelles obligations.

Ensuite, lorsque le *mutuus dissensus* est conclu sous condition de souscription d'un nouveau contrat, il se rapproche beaucoup de la novation.

En effet, tous les auteurs insistent, à propos de la novation, sur le caractère indissociable de l'extinction de l'obligation initiale et de la création de l'obligation novée. C'est par le nouvel engagement que s'opère la destruction de l'ancien. La novation produit à elle seule un double effet : extinctif, mais aussi créateur ; l'extinction et la création sont indissociables.

Au contraire, le principe pour le *mutuus dissensus* est que son effet extinctif est pur et simple. Même s'il doit suivi de la création d'un nouveau contrat, celui-ci ne sera pas la cause de l'extinction du premier. Les deux opérations sont indépendantes. Il en résulte que le *mutuus dissensus* produira ses effets même si le nouveau contrat projeté n'est pas conclu alors que dans la novation, l'extinction n'aura pas lieu sans la substitution prévue.

La cause de la novation tient dans la volonté de substituer une obligation à une autre alors que la cause du *mutuus dissensus* est dans la volonté de rompre le contrat. Il n'y a donc pas novation si les parties veulent d'abord mettre fin à leur premier engagement, puis, ensuite, négocient un second contrat ayant la même finalité économique. Si le second contrat n'est finalement pas passé, cela ne

fera pas revivre le premier, dont l'extinction est liée au *mutuus dissensus*, et non au nouvel accord. Et si le second contrat est passé, ce sera un contrat entièrement nouveau, sans aucun rapport avec le premier, et ceci sans qu'il ait à considérer l'importance du décalage entre l'ancien contrat et le nouveau : ce peut être un changement radical d'objet, mais aussi une simple modification du montant de la dette, de ses modalités, ...etc. Dans tous les cas, il n'y a aucun lien entre le second et le premier contrat.

Seulement, il arrive que le *mutuus dissensus* soit conclu sous condition suspensive de conclure un nouveau contrat. Dans ce cas les deux conventions deviennent étroitement dépendantes et l'extinction du premier contrat n'aura pas lieu sans la conclusion du second, comme dans la novation. La cause de l'une et la condition de l'autre les rapprochent. Mais la différence dans l'étendue de l'effet extinctif subsiste et la date de l'extinction ne sera la même : en cas de réalisation de la condition, le contrat sera résolu rétroactivement³⁶⁴.

Enfin, selon certains auteurs, lorsque le changement opéré est tel que l'obligation novée n'a plus rien à voir avec l'obligation initiale, allant même jusqu'à atteindre le contrat générateur, on est plus alors dans l'hypothèse d'une novation mais bien dans celle d'un *mutuus dissensus*.

Paragraphe deuxième : La distinction des domaines des deux notions

287- Deux critères de distinction entre le domaine de la novation et celui du *mutuus dissensus* peuvent être retenus : D'abord,

la novation s'applique à l'obligation alors que le *mutuus dissensus* s'applique au contrat ; ensuite, la novation n'atteint le contrat que par voie de conséquence.

I / La novation s'applique à l'obligation alors que le mutuus dissensus s'applique au contrat

288- Si l'on part de la présentation qu'en fait le code civil parmi les modes d'extinction de l'obligation, on en déduit logiquement que la novation n'affecte que le rapport d'obligation, considérée isolément, et non le contrat qui l'a fait naître³⁶⁵. La novation a pour effet d'éteindre une obligation, en la remplaçant par une autre ; elle ne concerne donc que l'obligation ; elle ne peut porter que sur une obligation contractuelle déterminée, non sur le contrat tout entier³⁶⁶. La novation ne met pas fin à l'accord initial, elle laisse subsister ses autres effets. Le reste du contrat subsiste et il ne sera pas nécessaire de le renégocier ni de le prouver³⁶⁷.

En revanche, le *mutuus dissensus* met fin au contrat tout entier ; c'est la convention elle-même, qui, aux termes de l'article 1134, alinéa 2, va être révoquée. Cette révocation sera éventuellement suivie de la conclusion d'un contrat alors entièrement nouveau, même s'il a des points de ressemblance avec le précédent ; toutes ses dispositions devront avoir fait l'objet d'un nouvel accord de volonté et il faudra les prouver. C'est l'intention des parties qui devrait permettre de mesurer

³⁶⁴ R. VATINET, *Le mutuus dissensus*, Rev. Trim. Dr. Civ., 1987, p. 261, n° 13.

³⁶⁵ Henry, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations*, 9^{ème} ed. par François CHABAS, Monchrestien, 1998, n° 227 : « la novation n'affecte qu'une obligation, non un contrat ».

³⁶⁶ Le projet de code européen des obligation prévoit cependant la novation de contrat qu'il définit dans son article 130-1° : « La novation est objective lorsque les parties concordent sur la substitution par un autre contrat qui soit substantiellement différent du contrat préexistant qui n'a pas encore été entièrement exécuté, et qui, ainsi, s'éteint ».

³⁶⁷ R. VATINET, *Le mutuus dissensus*, art. préc., n° 10.

l'étendue de l'extinction : elle ont pu vouloir tout effacer pour recommencer sur des bases entièrement nouvelles, ou, au contraire, maintenir leurs relations initiales en se bornant à substituer une obligation à une autre.

289- La confusion peut cependant venir de la jurisprudence. Il arrive souvent qu'elle se réfère au concept de novation en cas de changement affectant la nature d'une relation contractuelle entre les parties³⁶⁸. Dans le changement de qualification de contrat consécutif à la novation d'une obligation essentielle, la jurisprudence semble à tort vouloir y voir une novation de contrat³⁶⁹.

C'est surtout dans les domaines respectifs du contrat de bail et du contrat de travail³⁷⁰ que ces situations se présentent. Ces différentes hypothèses semblent être traitées, par la jurisprudence, comme des « novations par changement d'objet du contrat ».

290- Cette jurisprudence est critiquable pour deux raisons :

D'abord parce les décisions qui retiennent dans ces circonstances une novation, comme le rappelle J. FRANCOIS³⁷¹, « *n'indiquent pas en règle générale la nature de la prétendue novation que les parties réaliseraient en substituant un contrat à un autre. Les*

³⁶⁸ Exemple donné par JEROME FRANCOIS : Cass. Civ. 3ème 26 janvier 1994, Bull. III, n° 13 (remplacement d'un bail d'une catégorie donnée par un bail relevant d'une autre catégorie) ; Cass. Civ. 3, 18 décembre 1968, Bull. III, n°565 (s'agissant de la novation d'une convention d'occupation précaire en un bail véritable) ; Cass. Soc. 7 juillet 1988, Bull. civ. V, n° 435 (admission de la novation d'un contrat de travail en un mandat d'intérêt commun)

³⁶⁹ AYNES , note sous Cass. civ. 1996, D.1996 , doct. P.58

³⁷⁰ Cass. Soc., 19 novembre 1997, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 95-43013 : « *attendu que la cour d'appel, analysant l'ensemble des éléments de fait et de preuve qui lui était soumis, a fait sortir que les parties avaient convenu d'une novation du contrat, pour le transformer en un contrat à temps plein, que le moyen ne peut être accueilli* »

³⁷¹ JEROME FRANCOIS, *Droit civil, « Les Obligations, Régime général »,* , op. cit., n° 109.

arrêts, pour la plus part, se réfèrent à la réalisation d'une novation du contrat initial, sans autre précision ».

Ensuite parce que la novation de contrat n'a jamais été évoquée par le code civil. La novation ne concerne que l'obligation et non sa source. Même si, c'est la novation d'une obligation essentielle du contrat qui a eu pour conséquence le changement de qualification du contrat, on n'en est pas pour autant à une novation de contrat.

Il est vrai que la qualification de novation importe lorsque le contrat nouveau est annulé et qu'il s'agit de déterminer si le contrat ancien doit ou non revivre³⁷², mais cela n'est pas péremptoire à la recherche d'une solution en dehors du domaine attribué à la novation par le code civil.

Le plus souvent, c'est à une novation d'une ou de plusieurs obligations du contrat qu'il s'agit dans ces hypothèses, et il n'est pas exclu que les changements intervenus dans ces obligations puissent avoir pour conséquence un changement de qualification³⁷³. Or un auteur, M. GHOZI, a montré que le changement de qualification peut constituer une simple modification du contrat initial et ne pas entraîner nécessairement la création d'une nouvelle convention³⁷⁴. Il observe ainsi que les parties qui modifient la qualification de leur convention ne sont animées par aucune volonté de nover celle-ci et

³⁷² JEROME FRANCOIS, *Droit civil, « Les Obligations, Régime général »*, , op. cit., n° 109

³⁷³ à ce propos voir: JACQUES GHESTIN, CHRISTOPHE JAMIN et MARC BILLIAU, *Traité de droit civil, "les effets du contrat"*, 3^{ème} éd. LGDJ 2001, p. 101: Traitant de la qualification du contrat, ces auteurs relèvent le conditionnement de la nature du contrat par la nature des obligations qu'il engendre, s'agissant particulièrement des obligations principales.

³⁷⁴ GHOZI , Thèse précitée, n° 71 et s.

que le droit connaît des exemples de « soumission sans novation d'actes à différents régimes juridiques »³⁷⁵.

291- La novation n'affecte donc qu'une obligation, non un contrat ; La qualification de substitution de contrat ou de modification³⁷⁶ de contrat semblerait donc mieux à même de répondre à ces situations que la jurisprudence qualifie improprement de novation de contrat. L'article 1271 du code civil ne consacre pas une novation de contrat mais une novation de l'obligation.

II / La novation n'atteint le contrat que par voie de conséquence

292- Selon une doctrine dominante, il faudrait aussi distinguer, du cas de la novation celui où le changement survenu est, à l'inverse des hypothèses précédentes, trop important pour constituer une novation. Il y aurait alors, très différemment, substitution de contrat, par l'effet d'une résolution conventionnelle du premier contrat suivie de la conclusion d'un second contrat.

Cette distinction, exposée notamment par M. GHOZI dans sa thèse³⁷⁷, est reprise de manière plus ou moins explicite par divers auteurs. Ainsi, STARK, ROLAND et BOYER relèvent que « *si le nouvel objet est complètement différent de l'ancien, ce qui provoque normalement une révision de la contrepartie, on est davantage en présence d'une substitution de contrat que d'une novation : comment soutenir qu'il s'agit de la même vente si la commande d'une 2CV devient celle d'une BMW ?* ». Ce point de vue est partagé par M.

³⁷⁵ GHOZI, Thèse précitée, n° 76.

³⁷⁶ GHOZI, Thèse précitée, n° 71 et s.

³⁷⁷ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse précitée.

FRANCOIS qui écrit : « ...il est essentiel de préciser que tout changement affectant la prestation ne saurait être qualifié de novation. Supposons, par exemple, qu'il soit convenu qu'un vendeur livre une voiture de tourisme au lieu et place de la camionnette initialement commandée, moyennant un nouveau prix. Si ce changement s'explique par l'évolution des besoins de l'acheteur, il conviendra de s'orienter vers la qualification de substitution de contrat sans novation (résolution amiable du premier contrat suivie de la conclusion d'un nouveau contrat de vente, indépendant du premier).

293- Un autre courant doctrinal, affirme l'inutilité d'un tel raisonnement dans la mesure où les novations sont en elles-mêmes des substitutions de contrat. En effet, selon cette doctrine, si on peut, théoriquement, concevoir des cas de novation touchant seulement l'obligation d'une des parties envers l'autre, en pratique, dans l'immense majorité des cas, c'est parce que la modification apportée est suffisamment importante ; or, si tel est le cas, c'est l'économie du contrat qui se trouve bouleversée. De même, si on prend l'exemple caractéristique de la novation par changement de cause, l'acquéreur qui conserve le prix à titre d'emprunteur, on voit bien qu'il s'agit là du remplacement d'un contrat par un autre, auquel on va appliquer des règles substantiellement différentes du contrat original³⁷⁸. C'est en ce sens que M. SIMLER observe qu'"il y a incontestablement novation, par changement d'objet, si la nature même du contrat est modifiée"³⁷⁹. La novation produit donc « un effet global », à savoir que « le régime tout entier du contrat se trouve modifié ». Dans cette optique, on voit donc mal pourquoi une modification trop importante ferait sortir du cadre de la novation et entrer dans celui de substitution

³⁷⁸ On donne comme exemple l'impossibilité de l'acquéreur devenu prêteur de demander la résolution de vente.

³⁷⁹ SIMLER, jur. Class. Civ., op. cit. Fasc.10, n°93

de contrat, puisque toutes les novations sont en réalité, au fond, des substitutions de contrat³⁸⁰.

294- Ces deux conceptions sont, à notre avis, contestables :

D'abord, pour la première, elle occulte clairement l'intention des parties et fait déborder la novation de son cadre initiale qui est l'obligation. Cette idée repose sur une conception réductrice des conditions de la novation. D'ailleurs la jurisprudence n'a jamais consacré cette théorie.

Ensuite, et pour le deuxième courant doctrinal, le changement de l'objet du contrat, c'est-à-dire de qualification, n'est, dans cette hypothèse, que la conséquence de la modification novatrice d'une obligation qui a elle-même modifié le contrat. Ce n'est donc que par voie de conséquence que se réalise un changement de catégorie juridique du contrat en cause, changement qui ne forme nullement l'objet de la convention de novation. La cour de cassation a eu d'ailleurs à le rappeler dans un arrêt du 3 juillet 2001 :

Par un contrat résiliable à tout moment sans indemnité sous réserve de respecter un préavis de six mois, un fournisseur avait confié la concession exclusive de ses produits à un distributeur. Par un avenant, il avait ensuite été convenu que le fabricant facturerait désormais directement les produits aux clients, qu'il percevrait directement les montants correspondants et reverserait un pourcentage au distributeur.

³⁸⁰ Il est vrai, sans doute, qu'une obligation contractuelle est complètement configurée par le contrat qui l'a fait naître, qu'elle est complètement sous la dépendance de sa source. Mais on ne saurait en déduire à l'inverse que le contrat se ramène aux obligations qu'il fait naître.

Le fournisseur ayant notifié la résiliation du contrat dans les formes et délais prévus à son distributeur, celui-ci assigna son contractant en paiement d'une indemnité de rupture estimant que le contrat qui les liait était devenu, du fait de l'avenant, un mandat d'intérêt commun.

Restituant l'exacte qualification au contrat, comme l'y autorise l'article 12 du nouveau code de procédure civile, la cour d'appel de Versailles donna raison au distributeur³⁸¹.

Pour ce faire les juges de Versailles avaient estimé que les modifications intervenues au contrat avaient entraîné une novation par changement des obligations respectives des parties ayant pour conséquence une substitution au contrat de concession d'un mandat d'intérêt commun. Cette qualification permettait, selon la cour d'appel, d'écarter l'application de la clause contractuelle régissant la résiliation.

Cette solution, critiquée à l'époque³⁸², est censurée par la cour de cassation dans cet arrêt du 3 juillet 2001. En effet, la novation, qui peut être définie comme une convention par laquelle une obligation est éteinte et remplacée par une obligation nouvelle, affecte des obligations isolées, elle n'atteint pas le contrat dans son ensemble³⁸³.

Or la cour de Versailles, si elle avait considéré que les changements apportés affectaient aussi bien les obligations du fournisseur que celles du distributeur, ne précisait en revanche pas quelles obligations avaient été novées. En l'espèce, si les

³⁸¹ CA Versailles, 9 avril 1998, Petites Affiches, 25 sept. 1998, p. 23, note N. Mathey

³⁸² cf. N. Mathey, préc., n° 27.

³⁸³ Cass. 1ère civ., 10 mai 1988, Bull. civ. I, n° 139 ; JCP 1988, IV, p. 246

modifications apportées par l'avenant pouvaient entraîner l'extinction de plusieurs obligations respectives des parties, elles étaient sans rapport avec la clause de résiliation qui apparaissait détachable des obligations novées. Dès lors, souligne la haute cour, faute d'avoir relevé que l'avenant avait expressément annulé la clause de résiliation figurant dans le contrat d'origine, la cour d'appel ne pouvait l'écarter.

Conclusion du chapitre

295- Après avoir comparé le domaine de la novation par changement de la dette telle qu'elle semble être appréhendée par le droit positif avec ceux des notions voisines, il est temps de tirer les conclusions qui s'imposent.

La démarche utilisée est cependant contrainte d'avouer ses limites : comparer le domaine de la novation par changement de la dette aux domaines respectifs de la modification et du mutus dissensus pour en dévoiler la spécificité ne serait totalement satisfaisant que si chacune des notions était exclusive l'une de l'autre. Si tel était le cas, il aurait suffi de faire passer chacune des manifestations de la novation par changement de dette par des filtres successifs : à l'issue de deux filtrages, ne serait resté que ce qui est réellement original.

Malheureusement, tel n'est pas le cas : les domaines des notions auxquelles le domaine de la novation par changement de la dette a été comparé, particulièrement celui de la modification, sont des domaines que la novation peut parfois partager. Dans de telles conditions, il est difficile d'entrevoir ce qui fait la spécificité de la novation par changement de la dette. Malgré ces limites, la démarche adoptée livre certains enseignements.

La comparaison effectuée révèle ainsi des utilisations abusives et inutiles de la notion : abusives car la confusion avec le domaine de la modification en fait une notion tentaculaire pour les débiteurs ou cautions qui veulent se soustraire de leurs engagements initiaux; inutiles, car certaines solutions fondées sur la novation auraient pu être atteintes par la modification ou le *mutuus dissensus*. Ces manifestations ne sont d'aucune utilité et doivent être éliminées.

La comparaison révèle également que certaines utilisations de la novation par changement de la dette traduisent des situations qu'aucune autre notion ne permet d'expliquer : le changement touchant aux éléments substantiels de l'obligation et qui constitue le domaine efficient de la novation par changement de la dette. Or, hormis les parties, les éléments essentiels de l'obligation sont l'objet et la cause.

CHAPITRE DEUXIEME

LE DOMAINE EFFICIENT DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE LA DETTE

296- La novation supposant une modification substantielle de l'obligation, c'est donc l'existence ou du moins la substance de l'obligation qui doit être affectée. Tel est le cas, sans aucun doute, lorsque les parties ont modifié l'objet ou la cause de leur obligation.

Reste que la novation par changement de cause est moins certaine que ne l'affirme la doctrine. En effet, la cause élément de l'obligation, n'est pas celle retenue dans les hypothèses d'application de la novation. Mais avant de discuter de l'existence ou non de la novation par changement de cause (SECTION 2), voyons d'abord celle concernant l'objet (SECTION 1).

SECTION 1 / LE CHANGEMENT DE L'OBJET DE L'OBLIGATION

297- La novation par changement d'objet est celle qui est définie comme la novation par laquelle « *le créancier accepte l'engagement de son débiteur de lui fournir une prestation différente de celle qui était prévue à l'origine* »³⁸⁴.

Cette novation n'est apparue à Rome qu'au bas empire car elle n'était pas pratiquée dans le droit ancien du fait de l'exigence d'identité d'objet requise à cette époque pour que la novation puisse être valable³⁸⁵. Autrement dit, le droit romain n'admettait pas une novation par changement d'objet, ce qui distingue fondamentalement du droit moderne, où la volonté souveraine peut tout faire, y compris une novation par changement d'objet.

C'est seulement sous Justinien et lorsqu'on exigea un lien intellectuel (*animus novandi*) de dépendance entre les deux obligations au lieu d'un lien matériel (identité d'objet), que l'on verra apparaître la novation par changement d'objet³⁸⁶.

298- Pourtant le destin normal de toute obligation est d'être exécutée par le débiteur conformément à son objet. Le créancier est en droit d'exiger que lui soit fournie la prestation telle qu'elle a été convenue ; à l'échéance, le débiteur doit être en mesure d'accomplir

³⁸⁴ JEROME FRANCOIS, *Les Obligations « régime général »*, t. 4, 1^{ère} éd., Economica 2000, p. 88, n° 108 ; SIMLER, TERRE ET LEQUETTE, *Droit Civil, Les obligations*, 6^{ème} éd. Dalloz 1996, n°1238.

³⁸⁵ DUPLESSIS A., *Etudes sur la novation et la délégation en droit romain et en droit français ancien et moderne*, Thèse précitée, p. 31

³⁸⁶ HENRY ET LEON MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Obligations*, op. cit., p. 1243, n° 1209

l'obligation souscrite, sans ne pouvoir apporter aucun changement au lien. Ainsi, le débiteur d'une somme d'argent doit avoir réuni les fonds nécessaires à la satisfaction du créancier, l'ouvrier doit avoir exécuté le travail qui lui a été commandé.

Mais l'exécution d'une prestation autre que celle qui avait été initialement stipulée peut être un moyen d'éviter au créancier une inexécution totale.

On s'aperçoit alors que l'objet de l'obligation n'est pas figé, qu'il est susceptible de subir bien des modifications destinées à l'adapter à l'évolution des circonstances³⁸⁷ et à protéger l'une des parties.

299- Du fait de son caractère d'élément substantiel de l'obligation, la substitution d'un objet à un autre évoque immédiatement à l'esprit la novation par changement d'objet³⁸⁸. Mais un mécanisme sensiblement différent de la novation par changement d'objet se réalise aussi par la substitution d'un objet à un autre : il s'agit de la dation en paiement.

Il existe ainsi une forte ressemblance entre les deux opérations et on a même tendance à les confondre³⁸⁹. Cependant, cette ressemblance ne peut pas masquer les différences profondes qui séparent la novation par changement d'objet de la dation en paiement.

³⁸⁷ J. P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques* », in la stabilité du rapport contractuel, sous la direction de P. DURAND, LGDJ 1960, p. 189 et s.

³⁸⁸ PLANIOL ET RIPERT, tome VII, 2^{ème} éd. par RADOUANT, n°1250 et s.

³⁸⁹ AUBRY ET RAU, tome IV, 5^{ème} éd., p. 366 ; BENABENT, note sous Cass. Ass. Plén., 22 avril 1974, JCP 1974. II. 17786 ; Ph. MALAURIE ET L. AYNES, Droit civil, *obligations "régime général"*, t.3, 11^{ème} éd. Cujas 2001/2002, p. 89, n° 116: « pour qui la dation en paiement et la novation changent en cours d'exécution le rapport initial en faisant naître un rapport nouveau dépendant du précédent, qu'il éteint ».

Avant de voir l'originalité du domaine de la novation par changement d'objet par rapport à celui de la dation en paiement (Paragraphe deuxième), il est nécessaire de préciser d'abord la notion d'objet de l'obligation (Paragraphe premier).

Paragraphe premier : La notion d'objet de l'obligation

300- Les rédacteurs du code civil n'ont pas su distinguer l'objet du contrat et l'objet de l'obligation lorsqu'ils précisent les règles générales des obligations, à propos des contrats, dans une section intitulée : « De l'objet et de la matière des contrats »³⁹⁰. En effet, la terminologie du code est imprécise et traite sans paraître les distinguer, des notions d'objet de l'obligation³⁹¹ et d'objet du contrat³⁹². Utiliser l'expression objet du contrat pour définir la prestation procède d'une ellipse qui peut prêter à confusion³⁹³.

301- Si l'on entend par objet de l'obligation, la prestation, celle-ci doit elle-même satisfaire à un certain nombre d'exigence : détermination, existence, possibilité, licéité, qui ont pour but qu'elle ne contrevient ni à l'intérêt des parties au contrat, ni à l'intérêt général.

Quant à l'expression objet du contrat, employée à contresens par les rédacteurs du code civil, elle n'est pas pour autant dépourvue d'intérêt. Elle permet en effet de désigner « *l'opération juridique*

³⁹⁰ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, par FRANCOIS CHABAS, *Leçons de droit civil, obligations*, op. cit., p. 231, n° 231

³⁹¹ Article 1129 et 1130 du code civil

³⁹² Article 1126 à 1128 du code civil

³⁹³ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, par FRANCOIS CHABAS, *Leçons de droit civil, obligations*, op. cit., p. 231, n° 231.

réalisée par les parties »³⁹⁴, en la considérant non plus dans ses éléments, mais dans son tout.

302- Un auteur estime cependant que cette distinction est théorique et inutile et voit l'objet du contrat dans la création de l'obligation et l'objet de l'obligation dans la prestation due³⁹⁵.

Mais comme l'écrit M. MAZEAUD, une telle définition de l'objet du contrat ne semble pas exacte : « *la création de l'obligation n'est pas l'objet, mais l'effet du contrat* »³⁹⁶.

303- Ce qui nous intéresse dans cette étude, c'est l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la prestation. Là aussi, un auteur relève une distinction entre la chose et la prestation : « *ce n'est pas la chose qui est l'objet de l'obligation, mais une prestation. Sans doute cette prestation consiste parfois dans le transfert d'un droit réel, c'est-à-dire un droit portant sur une chose ; mais elle peut être différente. Dans le langage courant, on en persiste pas moins à commettre l'erreur de terminologie qui fut celle des rédacteurs de l'article 1126 : le mot « chose » est employé comme synonyme de prestation* »³⁹⁷.

³⁹⁴ J.- M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, éd. Lefèvre 1988, p. 102, n° 233 : « *L'objet est l'opération économique telle que saisie par les mécanismes de droit* » - H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, par FRANCOIS CHABAS, *Leçons de droit civil, obligations*, op. cit., p.232 : « *l'objet du contrat est l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser* ».

³⁹⁵ OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ 1969, Préface de Brèthe de la Gessaye, p. 23 et s.

³⁹⁶ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, par FRANCOIS CHABAS, *Leçons de droit civil, obligations*, op. cit., p. 232, n° 231.

³⁹⁷ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, par FRANCOIS CHABAS, *ibidem*, p.232, n° 232

Paragraphe deuxième : Domaine de la novation par changement d'objet et domaine de la dation en paiement.

304- Aux termes de l'article 1243 du code civil, le créancier « ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui était due ».

Toutefois, l'obligation peut être modifiée au moment du paiement si le créancier accepte une prestation différente de celle qui lui était due. Le débiteur, au lieu d'exécuter l'obligation telle qu'elle avait été stipulée, se libère en fournissant une autre prestation ; il paye *aliud pro alio* : il y a dation en paiement³⁹⁸. Il ne s'agit pas là de l'exercice d'une option conférée dès la naissance de l'obligation ; à la différence de l'obligation facultative, la dation en paiement suppose le consentement du créancier.

La nature juridique de la dation en paiement n'est précisée par aucun texte ; elle a suscité de vives controverses. Trois théories ont été proposées, qui apparentent la dation en paiement soit à la vente³⁹⁹, soit au paiement⁴⁰⁰, soit à la novation. Seule cette nous intéressera.

³⁹⁸ G. de SEGOGNE, *De la dation en paiement en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1880
GUIMBAUD, *Théorie générale de la dation en paiement*, thèse Poitiers, 1889 ; D. LEOTY, « *La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique ?* », RTD civ. 1975, p. 12.

³⁹⁹ Lorsque le débiteur d'une somme d'argent se libère en transférant à son créancier la propriété d'un bien lui appartenant, l'opération ressemble à une vente : le débiteur cède son bien pour un prix égal au montant de sa dette, qui est éteint par compensation. Les règles applicables à la vente le sont également ici, notamment celles relatives à la capacité, à la publicité des transferts, au droit fiscal de la mutation. Pour GHOZI (*La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse précitée, p. 121 et s.), le recours au contrat de vente permet d'éteindre par compensation toute obligation préexistante, quelle soit la prestation inexécutée, car il est de l'essence de ce contrat de comporter un prix en monnaie ; et le recours à l'évaluation monétaire de la dette permet aux parties de rendre fongibles entre elles les deux obligations qu'il s'agit d'éteindre par compensation
Mais une telle analyse scinde artificiellement une opération que les parties conçoivent comme unique ; en outre, elle n'explique pas tous les cas de dation en paiement, mais seulement celui où l'obligation à

305- Certains auteurs⁴⁰¹ soutiennent que la dation en paiement est une novation. Ils invoquent à l'appui de leur argumentation les dispositions de l'articles 2038 du code civil : « *l'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution encore que le créancier viennent à être évincé* ». Selon eux, la libération de la caution apporte la preuve que la dation en paiement emporte novation de la première obligation.

Le changement d'objet créerait une nouvelle obligation par l'extinction de la première et à sa place. Mais cette nouvelle obligation est une obligation de donner qui, portant sur un corps certain, va faire l'objet d'une exécution immédiate⁴⁰².

306- Bien que séduisante, cette explication de la dation en paiement par la novation appelle des objections.

D'abord, parce ce que, rien dans l'opération ne caractérise un nouvel engagement du débiteur. Dans la définition généralement donnée à la dation, on dit que « c'est une convention par laquelle le créancier accepte de recevoir une prestation différente... .» Plus

pour objet une somme d'argent ; enfin, à l'inverse de la vente, la dation en paiement suppose qu'un rapport d'obligation ait préexisté entre les parties

⁴⁰⁰ La dation en paiement suppose que la prestation soit immédiatement fournie ; elle libère le débiteur par la satisfaction immédiate du créancier. Par là, elle se rapproche du paiement, en étant comme lui un mode d'extinction de la dette ; les mêmes conditions de validité sont requises du solvens et de l'accipiens ; comme le paiement, la dation en paiement peut être effectuée par un tiers sans le consentement du débiteur.

Mais c'est un paiement d'un type particulier, puisqu'il porte sur une chose autre que l'objet de l'obligation et nécessite l'accord du créancier.

⁴⁰¹ LAROMBIERE, Théorie et pratique des obligations, tome 3, 1857, p. 548 ; AUBRY et RAU, tome 4, 6^{ème} éd. , p. 334 ; DEMOLOMBE , Contrats, tome 5 , n° 288 et s. ; LAURENT, Principe de droit civil , tome 18, 3^{ème} éd. , n° 323.

⁴⁰² BEUDANT ET LEREBOURS-PIGEONNIERE, t. VI, 2^{ème} éd. 1938, par VOIRIN , p. 388.

précisément, on exige du débiteur la remise d'une chose différente et non l'engagement de remettre une chose différente.

De fait, alors que la novation résulte d'un engagement du débiteur à exécuter une prestation différente, la dation en paiement se caractérise par la simple remise acceptée par le créancier d'une prestation différente, à moins de considérer l'acceptation du créancier comme un consentement à un nouvel engagement du débiteur. Encore que, dans ce dernier cas, il sera difficile de dire qu'il y a novation puisque celle-ci ne se présume pas.

Ensuite, parce ce que les tenants⁴⁰³ de cette thèse, lorsqu'ils rajoutent « *il n'en reste pas moins que la dation en paiement n'est pas une novation comme les autres : elle est une novation qui tient lieu de paiement* », créent une novation d'un genre inconnu de l'article 1271 du code civil.

307- C'est pourquoi à cette thèse, qui soutient que la dation en paiement éteindrait l'obligation primitive au moyen d'une convention novatoire, des auteurs⁴⁰⁴ ont opposé celle selon laquelle, la dation en paiement ne créerait aucune obligation nouvelle, mais réaliserait seulement un paiement immédiat alors que la novation éteindrait l'obligation primitive pour la remplacer par une nouvelle. Cette doctrine propose donc le critère de l'exécution immédiate comme caractérisant la dation en paiement par rapport à la novation.

⁴⁰³ Ph. MALAURIE ET L. AYNES, Droit civil, *obligations "régime général"*, t.3, 11ème éd. Cujas 2001/2002, p. 89, n° 116.

⁴⁰⁴ Particulièrement, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, par FRANCOIS CHABAS, Leçons de droit civil, *obligations*, op. cit., p. 990, n° 890 ; voir aussi : CARBONNIER, *Obligation*, collec. Thémis, t. 4, p. 610.

308- Cette dernière doctrine semble plus conforme aux définitions données respectivement à la novation et à la dation en paiement. Cependant, elle présente de sérieuses difficultés dans sa mise en œuvre. En effet, n'est-il pas possible de concevoir la novation d'une obligation dont l'exécution se fera immédiatement? Peut-on soutenir, dans ce cas, que l'obligation novée n'a jamais existé, ne serait qu'un instant de raison ?

309- La dation en paiement permet au créancier d'être désintéressé, et au débiteur d'être libéré. Pour cela, il est nécessaire que la prestation substituée soit immédiatement fournie ; dans le cas contraire, il s'agirait d'une modification de l'obligation ou d'une novation par changement d'objet, mais non d'une dation en paiement.

310- L'opération qui est désignée comme une promesse de dation en paiement recouvre parfois la stipulation d'une alternative qui est ouverte par les parties : il est convenu que désormais l'obligation n'aura plus un objet unique, mais que plusieurs prestations seront comprises dans l'obligation. : La prestation initiale et celle faisant l'objet de la « promesse de dation en paiement ». Les règles générales régissant les obligations alternatives trouvent alors à s'appliquer.

311- La dation en paiement, comme la novation, comporte un effet extinctif mais, à la différence de cette dernière, elle ne fait pas naître une obligation nouvelle ; elle met fin au rapport de droit qui existait entre les parties⁴⁰⁵. Il est vrai que la manifestation par le créancier d'une volonté juridique est requise lorsque l'extinction de

⁴⁰⁵ P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Cours de D.E.A., Paris 1978-1979, p. 29 à 36

l'obligation est opérée par dation en paiement⁴⁰⁶, et la modification de l'objet de l'obligation qu'elle comporte exige l'accord des deux parties : c'est une opération conventionnelle. C'est une opération originale qui se décompose en deux éléments : un accord de volonté des parties modifiant l'objet de l'obligation, suivi d'un paiement pur et simple. On dit qu'elle était « *un paiement très particulier puisque l'objet donné en paiement n'est pas la prestation qui était due* »⁴⁰⁷. Cela provient tout simplement du fait que la prestation offerte est en elle-même dépourvue de vertu libératoire puisqu'elle n'est pas celle que devait fournir le débiteur. Or, comme le fait observer M. CATALA : « *seul une exécution régulière a un effet extinctif. Un accord des parties est donc nécessaire pour conférer ce pouvoir à une prestation différente de la prestation initialement prévu. La convention ainsi conclue apporte un changement substantiel dans les données de l'obligation car elle en modifie l'objet : ce n'est plus par telle prestation, mais par la dation de telle chose que le débiteur réalisera l'exécution. Celle-ci demeure, en effet, nécessaire à l'extinction de la dette. La convention modifie les conditions de l'exécution, elle n'est pas la source de la libération du débiteur. Elle laisse subsister le schéma traditionnel du payement. Ce n'est pas de la volonté des parties que découle l'extinction de l'obligation, mais toujours de l'exécution effective d'une prestation, qui libère le débiteur par la satisfaction du créancier. Dans la dation en payement, cette prestation acquiert pouvoir libératoire par l'accord des parties ; c'est elle, néanmoins, qui est la source de l'extinction de la dette : la nécessité d'un transfert instantané de la chose le prouve.* »⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Cass. 29 mai 1953, Dalloz 1953, Jur., p. 516.

⁴⁰⁷ MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome II, n° 889 et s.

⁴⁰⁸ N. CATALA, *La nature juridique du payement*, préf. J. CARBONNIER, thèse LGDJ, 1961, n° 107, p. 180

312- Toutefois un arrêt⁴⁰⁹ important de l'assemblée plénière de la cour de cassation conduit à nuancer cette affirmation. Les faits étaient les suivant :

Les conjoints Quemoun-Hadjez, achètent le 21 septembre 1957 un appartement dans un immeuble à construire, livrable en avril 1959. Ils apprennent du promoteur, constructeur, Cristini, qu'ils ne pourront pas en obtenir la délivrance en raison de l'abandon du projet de construction de l'immeuble ; Aussi acceptent-ils, par acte notarié du 13 juin 1958, la proposition de leur débiteur de leur fournir un autre appartement dans un autre immeuble, pour un prix identique à celui déjà versé, et livrable le 31 mars 1959. Le 26 janvier 1959, le promoteur est déclaré en faillite et la date de la cessation de paiement est fixée au 30 juin 1957. Le syndic demande alors que la vente du second appartement sera déclarée inopposable à la masse en vertu de l'article 477 du code de commerce, alors applicable, d'où l'intérêt de qualifier l'opération de dation en paiement.

Les acheteurs, refusant d'analyser l'opération en une dation en paiement, affirment qu'il y avait eu que « substitution d'objet d'une nature identique » ; autrement dit, les prestations considérées n'auraient pas revêtu cette différence nécessaire à l'existence d'une dation en paiement.

L'affaire est portée devant le tribunal de commerce de Nice qui jugea que l'opération litigieuse ne constituait pas une dation en paiement⁴¹⁰ Le syndic fait appel et les deux décisions rendues par la

⁴⁰⁹ Cass., Ass. Plén. 22 avril 1974, J.C.P. 1974, II, 17876, Obs. BENABENT.

⁴¹⁰ Tribunal de Nice, 4 Août 1961, RTD com. 1961, p. 937 : le vendeur n'a fait qu'exécuter le contrat initial avec « simple substitution d'objet opérée par une sorte de novation sans que le principe même du contrat initial ait été modifié »

cour d'Aix-en-provence⁴¹¹ vont être censurées par la cour de cassation pour motif de forme le 14 octobre 1964.

Saisie du renvoi, la cour de Nîmes rejette à nouveau la demande du syndic par un arrêt du 08 juin 1966, arrêt qui sera cassé par la chambre commerciale, le 15 juillet 1968⁴¹² qui qualifie l'opération de dation en paiement. La cour de renvoi, Montpellier le 17 mai 1971, ne s'incline pas et c'est cette décision que l'assemblée plénière censure en rappelant, « qu'il y a dation en paiement au sens de l'article 477 ancien du code de commerce, lorsqu'il est remis au créancier autre chose que l'objet de la dette ».

Bien que l'arrêt accepte de voir une dation en paiement dans le fait pour le débiteur de transférer au créancier la propriété d'un immeuble en cours de construction (l'opération laissant subsister une obligation, celle de terminer l'immeuble et d'en effectuer la livraison), il serait excessif de conclure de cette décision que le caractère immédiat de l'exécution n'est plus exigé pour qu'il y ait dation en paiement ; L'assemblée plénière souligne au contraire que l'acte notarié du 13 juin 1958 stipulait que les acquéreurs « seront propriétaire des parties d'immeuble présentement vendues à compter de ce jour ». Le transfert de propriété satisfait, au moins partiellement, le créancier. Sa satisfaction doit être postérieurement rendue complète par la livraison. Aussi, parce qu'elle n'applique pas dans toutes ses conséquences le principe de l'exécution immédiate qui domine la dation en paiement, cette décision a été critiquée par M. GHOZI⁴¹³ : la dation en paiement étant un mode d'extinction de la

⁴¹¹ Cour d'appel d'Aix-en-provence, 27 mars et 16 juin 1962, R TD. Com. 1963, p. 650, n°38, Obs. HOUIN.

⁴¹² Cass. com, 15 juillet 1968, Bull. civ. IV, n° 236, p. 213, RTD com. 1969, p. 201, Obs. R. HOUIN.

⁴¹³ GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, thèse précitée, p. 117 et s.

dette doit entraîner « le désintérêt du créancier et la libération du débiteur ». Elle « combine un effet translatif avec un effet extinctif » ; abandonner l'exigence du paiement immédiat serait faire de toute novation par changement d'objet une dation en paiement⁴¹⁴.

313- Le critère de l'exécution immédiate de l'objet substitué ne semble pas donc être remise en cause. Ce critère semble même être conforté par l'arrêt de l'assemblée plénière du 22 avril 1974. En effet, l'assemblée plénière ne parle pas de « *prestation substituée* » mais de « *remise aux créanciers une chose autre que celle qui leur était due en vertu de la convention initiale* ».

La question que l'on doit se poser est celle de savoir ce que la cour de cassation entend par la formule "*remise d'une chose autre*". Cette question peut être d'une importance capitale, car si la cour de cassation n'entend pas par « chose » toute prestation et de quelque nature qu'elle soit, elle confirme notre opinion. Par remise d'une chose, il faut plutôt entendre un transfert de propriété et non la « remise d'un engagement nouveau ».

D'ailleurs, certains auteurs pensent que la dation en paiement ne pourrait consister qu'en un transfert de propriété, et non dans la substitution de n'importe quelle prestation à l'obligation initiale⁴¹⁵. Le motif de la cour semble être trop général pour ne pas confirmer cette opinion⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Pour BENABENT (note sous Cass. Ass. Plén. 22 avril 1974, J.C.P. 1974, II, 17876) , on doit qualifier l'opération de novation par changement d'objet ou de dation en paiement suivant que l'essentiel de l'obligation a été ou non exécuté.

⁴¹⁵ MAZEAUD et DE JUGLART, t. II, n° 889

⁴¹⁶ même si certaines décisions semblent dire le contraire : Cass. Req. 26 juin 1935 , Sirey 1935, 1, p. 351

Mais cette considération par l'assemblée plénière du seul élément translatif pour qualifier l'acte intervenu de dation en paiement occulte l'effet extinctif de celui-ci.

Si l'acte opérant changement de l'objet était intervenu à terme de l'obligation du promoteur de livrer la chose initialement convenu, alors même que les parties auraient décidé de retarder la livraison de la chose substituée, la qualification de dation en paiement serait plus prompte à être retenue. La dation en paiement ayant pour objet de mettre fin à l'obligation et à satisfaire le créancier, il ne peut intervenir en cours d'exécution. Dans l'hypothèse où une dation interviendrait en cours d'exécution, il doit être analysé en un paiement anticipé, encore que l'exécution de l'obligation, dans ce cas, est forcément immédiate.

314- Ne faudrait-il pas alors adopter un critère chronologique autre, c'est à dire de considérer le moment ou le changement d'objet est intervenu par rapport au terme de l'obligation: Si le changement de l'objet de l'obligation intervient avant le terme avec exécution immédiate, l'on doit considérer qu'il y a dation en paiement mais cette dation doit ici être analysée comme un paiement anticipé ; si le changement intervient en cours d'exécution sans exécution immédiate, l'on doit considérer que les parties ont voulu réaliser une novation par changement d'objet⁴¹⁷; si l'accord sur le changement intervient à terme ou après le terme, l'opération doit être qualifiée de dation en paiement.

⁴¹⁷ Cass. Crim., 18 janvier 1972 : Bull. crim., n°26 ; D. 1972, somm. p. 63 ; RTD civ. 1972, p. 394, note LOUSSOUARN (il s'agissait en l'espèce de l'acceptation par un acquéreur de la proposition du vendeur, en cours de contrat, de substituer un terrain à un autre qui n'était plus disponible)

315- Au-delà de la critique apportée à la décision de l'assemblée plénière qui ne tranche pas le débat parce qu'aucun critère précis ne semble être dégagé, ces arguments, nous l'espérons, permettront de rejeter l'analyse qui explique la dation en paiement par le jeu de la novation.

SECTION 2 : LE CHANGEMENT DE LA CAUSE DE L'OBLIGATION

316- La novation par changement de cause n'est pas expressément définie par le code civil. Elle se définit, en général, comme « *celle qui s'opère lorsque le débiteur s'engage envers le créancier à accomplir la même prestation sur le fondement d'un titre nouveau* »⁴¹⁸.

317- Bien qu'elle soit consacrée par la doctrine et la jurisprudence, on perçoit mal les voies qu'a pu emprunter ce débordement de la notion de novation. La novation par changement de cause est, en effet, conceptuellement inconcevable (Paragraphe premier).

318- En revanche, si on analyse les situations dans lesquelles elle est appliquée, on comprend facilement les raisons qui l'ont justifiées : le recours à la novation par changement de cause est inéluctablement la conséquence de l'intérêt qu'elle peut présenter pour expliquer certaines opérations juridiques auxquelles la qualification de substitution de contrat serait plus conforme (Paragraphe deuxième)

⁴¹⁸ JEROME FRANCOIS, *Droit civil, « Les Obligations, Régime général »*, , op. cit., n° 110 (L'auteur de cette définition la trouve cependant perplexe car, rajoute t-il : « *si l'obligation reste inchangée dans ses éléments constitutifs, à savoir son objet et sa cause, on ne voit guère comment elle pourrait être réputée issue d'une source nouvelle. Ne serait- ce pas plutôt la même obligation qui continuerait ?* ».

Paragraphe premier : Le débat sur l'existence de la novation par changement de cause

On a vu que la novation doit porter sur les éléments essentiels, constitutifs de l'obligation. Or la cause à laquelle la doctrine et la jurisprudence applique la novation ne semble pas être un élément constitutif de l'obligation.

Mais avant de pénétrer dans ce débat, il apparaît essentiel, en raison de la complexité inhérente à la notion de cause, de préciser ce concept. C'est seulement une fois celui-ci défini qu'il est possible d'examiner la novation par changement de cause. On étudiera donc successivement la notion de cause (I), puis son application à la novation (II).

I/ La notion de cause

319- Le concept de cause est susceptible de différentes acceptions qu'il convient dès lors de circonscrire (A). En outre, il se pose la question de la cause élément constitutif de l'obligation (B). L'étude de ces deux difficultés permettra de cerner la novation par changement de cause.

A/ Le contenu de la notion de cause

320- Il ne s'agit pas ici de définir de manière indiscutable la notion de cause mais de tenter de déterminer sommairement le sens qu'elle revêt en droit des contrats. Ainsi, il ne saurait être question de

reconsidérer le vaste problème de la cause auquel tant de juristes⁴¹⁹ ont consacré leurs efforts et que des dizaines de thèses de doctorat et autres ouvrages, des centaines d'articles ou de notes n'ont pas épuisé⁴²⁰. Trois textes fondamentaux du code civil (Articles 1131, 1132 et 1133) sont consacrés à la cause sans qu'aucun n'en donne une définition.

321- De manière générale, le mot cause, lorsqu'il est employé dans les articles 1131 à 1133 du code civil, désigne la cause finale, c'est-à-dire les raisons qui ont incité à la conclusion d'un acte juridique. La difficulté à donner une réponse à cette question d'apparence évidente et commode résulte en réalité de la diversité des cheminements que peut emprunter l'identification du but poursuivi par les parties. Sommairement, la difficulté résulte de la conciliation entre la vision classique de la cause et des analyses plus modernes.

322- Selon l'approche classique du XIX^{ème} siècle, la cause de l'obligation de chacune des parties d'un contrat synallagmatique, c'est l'obligation de l'autre ; dans les contrats réels, c'est la prestation

⁴¹⁹ Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer : J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1924 ; L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, 1928 ; L. BOYER, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Thèse Toulouse, 1947 ; R. DORAT DES MONTS, *La cause immorale*, Thèse Paris, 1955 ; Ph. REIGNE, *La notion de cause efficiente en droit privé français*, Thèse Paris II, 1993 ; J. VIGNON-ROCHFELD, *Cause et type de contrats*, Thèse Paris I, 1997 ; T.-R. IONESCO, *Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations*, R.T.D. civ. 1931, 29 ; J. MAURY, *Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence*, R.I.D. comp. 1951, p. 485 ; R. MARTIN, *Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux*, J.C.P. 1983, éd. G, I, 3100 ; M. DUFOSSEZ, *Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations*, R.T.D. civ. 1985, p. 521.

⁴²⁰ Ph. SIMLER, *Cause, notion, preuve, sanction*, J. Cl. Civil, art. 1131 à 1133, Fasc. 10, 1994, n° 3. Adde, G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris, 1965, n° 137, p. 449, évoquant « les embarras de la théorie de la cause » ; H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, op. cit., t. II, n° 253, p. 261 : « Bien des difficultés seraient aplanies si la terminologie juridique était mieux fixée. D'une part, la jurisprudence utilise le mot cause pour désigner aussi bien l'objet que la cause. D'autre part, le mot cause recouvre deux concepts différents, souvent confondus ».

effectuée à titre de dépôt, de prêt ou de gage ; dans les donations, c'est l'intention libérale. Cette définition de la cause lui confère certaines caractéristiques : elle a un caractère abstrait puisqu'elle est invariable et définie une fois pour toute pour chaque acte juridique ; elle a une dimension objective puisqu'elle est recherchée dans l'acte lui-même sans qu'on ait à s'interroger sur les motifs subjectifs et infiniment variables qui ont pu animer les parties ; elle se caractérise par une appréciation économique puisqu'elle est déterminée par une dimension quantitative. Ainsi définie, elle constitue le fondement de ce qui est communément appelé la théorie de la cause de l'obligation.

323- Cette approche fut largement combattue par PLANIOL⁴²¹ qui lui reprochait d'être fautive et inutile. La doctrine moderne tend alors à présenter une définition plus large que la cause, lui conférant une dimension plus subjective⁴²². Ainsi, CAPITANT définit-il la cause dans les contrats synallagmatiques, non comme l'obligation de l'autre partie, donnée purement objective, mais comme la représentation psychologique de l'exécution de cette obligation⁴²³. Il s'en suit deux conséquences : d'une part, la cause cesse d'être cantonnée au stade de la formation du contrat ; comme elle réside dans l'espoir de l'exécution, elle irrigue toute la phase de l'exécution de l'acte et devient le fondement de la résolution pour inexécution, de l'exception

⁴²¹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1899, tome II, n° 1037 : « La théorie de la cause, telle que la doctrine française l'a construite, a un double défaut : elle est fautive, au moins dans deux cas sur trois ; elle est inutile ».

⁴²² J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, tome II, Le contrat, LGDJ 1980, n° 643 et s., p. 532 et s. – JOSSERAND, préc., n° 123, p. 162 et s. Un courant minoritaire reste, cependant, attaché à une conception purement objective de la cause. Voir P. LOUIS-LUCAS, *Volonté, cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Thèse Dijon, 1913, p. 155, qui définit la cause comme « la nécessité compensatoire incluse dans une prestation ou dans un fait qui, réalisant un enrichissement suffisant, est la source et le fondement quantitatif de l'obligation dont son bénéficiaire est tenu envers celui qui s'en est appauvri » ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit., n° 143, p. 459, qui confère à la cause les caractéristiques suivantes : « La cause apparaît comme objective en ce qu'elle ne réside pas en une représentation intellectuelle mais en une réalité matérielle ».

⁴²³ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, op. cit., p. 97

d'inexécution et de la théorie des risques. D'autre part, elle nécessite une investigation psychologique pour déterminer les mobiles des parties ; CAPITANT propose donc l'intégration de certains motifs dans le consentement⁴²⁴. Il s'en suit donc une subjectivation de la cause contraire à la vision classique⁴²⁵.

324- La cause présente alors les caractéristiques suivantes : elle est plus lointaine puisque sa découverte suppose une investigation psychologique ; elle devient concrète puisqu'elle est l'objectif pratique que les contractants veulent atteindre et pour la réalisation duquel le contrat n'a été qu'un instrument ; elle est encore subjective puisque le motif déterminant ne peut être révélé que par une recherche d'intentions ; elle se caractérise par une appréciation morale et non plus quantitative. Ainsi définie, la cause est communément appelée, par opposition à la cause de l'obligation, la cause du contrat.

B/ La cause élément constitutif de l'obligation

325- L'article 1108 du code civil exige « une cause licite dans l'obligation », et l'article 1132 du même code précise que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». De ces deux textes, la doctrine contemporaine a trouvé un point d'équilibre issu d'une distinction entre deux aspects de la cause de l'obligation :

⁴²⁴ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, op. cit., p. 97

⁴²⁵ Comme la volonté psychologique peut être infiniment complexe, il est primordial de ne pas tenir compte de tous les motifs. Aussi, seuls seront pris en considération les motifs déterminants qui sont entrés dans le champ contractuel. Cependant, la notion de champ contractuel est ambiguë et on fait valoir que, loin de poursuivre un objectif commun, les parties étaient au contraire animées d'intérêts antagonistes. Pour cette raison, pour être entré dans le champ contractuel, il suffit que le but recherché par une des parties ait été connu de l'autre.

La conception classique s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer l'absence de cause dans l'obligation. Elle sera donc conçue de façon abstraite, excluant les mobiles des parties.

En revanche, l'immoralité ou l'illicéité de la cause de l'obligation sera appréciée au travers des motifs qui ont animé les contractants, faisant place à la conception subjective.

La cause de l'obligation est donc appréciée différemment selon qu'il s'agit d'examiner son absence ou son illicéité.

C'est donc la première, c'est-à-dire celle dont l'absence est sanctionnée qui est élément constitutif de l'obligation. Par exemple, dans un contrat synallagmatique l'absence de cause de l'obligation de l'une des parties consiste dans l'absence de contre-prestation corrélative. C'est donc la cause finale mais appréciée dans son sens d'élément constitutif de l'obligation qui peut faire l'objet d'une novation par changement de la dette. Est-ce la réalité en jurisprudence et en doctrine ?

II/ L'application de la novation à la cause de l'obligation

326- La novation, comme on l'a dit, ne s'applique qu'aux éléments substantiels, constitutifs de l'obligation. Donc, si l'on parle de novation par changement de cause, c'est à la cause finale, élément constitutif de l'obligation, que l'on devrait faire allusion.

327- Pourtant la réalité est tout autre. En effet, Comme l'écrit CARBONNIER, « *la novation objective suppose un changement de la dette. Ce qui peut s'entendre d'un changement de son objet, de sa*

cause, peut-être aussi de ses modalités ». L'auteur rajoute, pour définir la novation par changement de cause, que « *le même débiteur s'engage envers le même créancier pour le même objet, mais sur un titre différent. C'est sur la source, la cause efficiente de l'obligation que porte le changement* »⁴²⁶.

Ce n'est donc pas à la cause finale, élément constitutif de l'obligation, que s'applique le changement novatoire mais à la cause efficiente. Cette dernière est-elle alors un élément constitutif de l'obligation ?

Nous ne le pensons pas.

Avant de démontrer que la cause efficiente n'est pas un élément constitutif de l'obligation (B), il convient de montrer d'abord que son existence n'a qu'une portée théorique et pédagogique (A)

A / L'existence de la cause efficiente n'a qu'une portée théorique et pédagogique.

328- La doctrine distingue, en effet, la cause efficiente⁴²⁷ de la cause finale de l'obligation. Cette cause efficiente, qui n'est pas celle retenue par le code civil, désigne la raison pour laquelle un événement s'est produit, en l'espèce, la conclusion du contrat. Elle est indéniablement fidèle au sens commun. La cause efficiente se définit généralement comme le fait générateur de l'obligation. M. REIGNE la définit comme « *tout événement à la survenance duquel l'effet contractuel envisagé est impérativement et spécialement subordonné* »⁴²⁸.

⁴²⁶ J. CARBONNIER, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 348, p. 611.

⁴²⁷ Ph. REIGNE, *La notion de cause efficiente en droit privé français*, Thèse Paris II, 1993

⁴²⁸ REIGNE, thèse précitée

Cette distinction entre la cause finale et la cause efficiente a pour origine l'affirmation selon laquelle, du contrat à l'obligation, il n'est qu'une relation de cause à effet⁴²⁹. Traditionnellement, il est entendu que le contrat n'intéresse l'obligation qu'en ce qu'il en constitue sa source. Mais il n'épuise pas ce rôle car celle-ci, dès sa formation, acquiert une existence distincte. *« Autre chose est la convention ; autre l'obligation, et il est essentiel de distinguer l'une d'avec l'autre. La convention a pour effet de créer ou d'éteindre des obligations ou des droit réels ; tandis que l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé envers le débiteur »*⁴³⁰.

329- Sans doute parce qu'elle n'est guère contestée, cette conception ne fait l'objet, à titre principal, d'aucune démonstration. Son fondement apparaît seulement en contre point des développements consacrés à la notion de cause, lorsqu'il est distingué entre la cause efficiente et la cause finale. De fait, cette distinction a pour seule finalité de justifier la distinction du contrat et de l'obligation et l'appréhension de leurs rapports sur un mode successif. La cause finale ne vise que l'obligation dont elle est la raison d'être, alors que la cause efficiente explique la naissance de l'obligation en renvoyant

⁴²⁹ Un auteur, G. WICKER (Les fictions juridiques, thèse précitée, p. 148), affirme cependant que *« de même qu'elle doit comprendre des éléments subjectifs et des éléments objectifs, la notion (la cause) est animée tant par un principe de finalité que par un principe d'efficience. Cette observation exclut par conséquent qu'il soit possible de distinguer entre cause efficiente visant le contrat et la cause finale relative à l'obligation. Plus radicalement même, elle interdit de distinguer entre la cause du contrat et celle de l'obligation. Aussi, parce qu'il faut alors admettre l'identité du but qu'ils visent à satisfaire comme celle des éléments qui en assure la réalisation, la déduction s'impose que l'obligation n'est autre que le contrat lui-même »* ; dans le même sens, voir ROUHETTE (thèse précitée, p. 176 et s.) : Dans la perspective de sa critique de la théorie volontariste, l'auteur arrive à une conclusion identique en raisonnant à partir de la notion d'accord de volonté : est ainsi relevée la contradiction qu'il y a à affirmer, dans le même temps, que l'obligation est l'effet du contrat, et que le contrat a sa source dans l'accord des volontés lequel a pour effet de former l'obligation.

⁴³⁰ DEMOLOMBE, op. cit., tome XXIV, n° 115.

au contrat en tant que source. Il n'y a donc de rapport d'obligation contractuelle que dans la mesure où il y a contrat.

B / La cause efficiente n'est pas un élément constitutif de l'obligation

330- Si la novation ne concerne que les éléments de l'obligation, et particulièrement que les éléments constitutifs, il serait difficile de pouvoir nover une obligation par changement de cause efficiente. Cette dernière, en effet, n'est pas un élément constitutif de l'obligation. La cause élément constitutif de l'obligation n'est pas la cause efficiente. Si la cause finale, visée aux articles 1108 et 1131 et suivants du code civil, correspond à la raison pour laquelle une personne s'est engagée juridiquement, elle se différencie de la cause efficiente dans la mesure où elle traduit les motifs, plus ou moins objectifs, qui l'ont poussé à contracter, elle présente l'intérêt que revêt un acte juridique pour son auteur. La cause est ici davantage attachée à la volonté des parties, ce qui n'est pas surprenant dans le domaine contractuel. Ainsi, en concluant une convention, une personne souhaite, en fait, atteindre un but précis que seule l'exécution du contrat pourra lui procurer et c'est pourquoi elle consent à se lier dans un accord. La cause de l'obligation est ici le but immédiat car il s'agit de la simple obtention pour l'un des contractants de l'exécution de l'obligation réciproque pesant sur son partenaire, dans le cadre d'un contrat synallagmatique par exemple. C'est cette cause finale qui est élément constitutif de l'obligation. La cause efficiente, quant à elle, est mécaniste, c'est à dire qu'elle explique seulement la naissance de l'obligation et n'est pas limitée aux seules obligations contractuelles.

Alors, si les parties s'accordent à considérer que l'obligation qui les unit a désormais une source nouvelle, en raison de l'interversion du titre qui la fonde, l'obligation est-elle pour autant changée dans ses éléments constitutifs ?

Nous ne le pensons pas, et l'analyse des cas dans lesquels la novation par changement de cause est appliquée montre qu'il s'agit plus d'un débordement que d'une véritable application de la notion de novation.

Paragraphe deuxième : Les cas d'application de la novation par changement de cause : un débordement du cadre initial

331- L'exemple de novation par changement de cause qui pose plus de difficulté et le plus controversé est relatif au compte courant (I). D'autres cas posent le même problème mais sont cependant résiduels (II).

I / L'exemple du compte courant.

332- La convention de compte courant *"est celle par laquelle deux personnes décident de porter réciproquement en compte toutes les opérations qu'elles feront entre elles, de manière à ce qu'il y ait des compensations successives, et de ne procéder en principe au règlement qu'à la clôture du compte par paiement du solde"*⁴³¹.

⁴³¹ G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 15^{ème} éd., par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ 1996, n° 2313, p. 42.

Par exemple, lorsque deux commerçant, ou un commerçant et son banquier, qui sont en relations d'affaires, décident de porter leurs opérations en compte courant, leurs créances et dettes réciproques perdent leur individualité pour se fondre dans le creuset du compte, de telle sorte que les parties ne seront plus créancière et débitrice que du solde.

Le compte courant se crée sans formalités. Mais il faut la réunion de trois éléments : D'abord, le compte courant ne peut exister que si chacune des parties l'a accepté ; elle a donc une nature conventionnelle⁴³². Ensuite, il faut que les parties liées par le compte effectuent des remises et, pour cela, qu'elles inscrivent en compte les créances résultant d'opérations qu'elles font entre elles ; Enfin, chacune des parties doit avoir la qualité de « récepteur » et « de remettant ». Si les remises ne doivent être faites que d'un côté, il n'y a pas compte courant.

Le compte courant présente une double utilité puisqu'elle constitue un mode de règlement simplifié des créances réciproques d'une part et un instrument de crédit d'autre part. Parce qu'à la suite de sa remise dans le compte la créance devient un article de compte⁴³³, passé au crédit de l'un, au débit de l'autre, et perd son individualité.

⁴³² Le compte courant est un instrument bancaire. Pour qu'il puisse être utilisé, il faut une convention. Quand deux personnes sont en relations d'affaires et ne règlent pas comptant leurs opérations, chacune d'elles tient le compte de ce qui lui est dû, mais il n'y a pas compte courant entre elles, car l'existence du compte courant empêche que le règlement puisse être demandé et elle transforme le caractère des créances portées en compte. Il faut qu'une convention intervienne entre elles pour établir le compte courant (Cass. Com, 13 janvier 1970, Bull. civ., IV, n° 16).

⁴³³ Les différents articles de compte sont les parties d'un tout: ils se tiennent les uns aux autres. Le remettant n'a pas le droit de se déclarer créancier du récepteur pour la remise qui lui a été faite. On ne saura qu'à la clôture du compte qui est créancier ou débiteur; la créance sera le solde du compte: c'est la règle de l'indivisibilité du compte courant. La règle de l'indivisibilité signifie que les différents articles sont liés en vue d'un règlement final et qu'il n'est pas possible d'extraire du compte un article individualisé pour servir de support à une opération déterminée.

La créance s'est donc transformée, quand il a été convenu entre les parties qu'elle figurerait dans le compte.

Toute la question est de savoir dans quelle mesure cette transformation fait disparaître la créance primitive. Garde-t-elle encore sa cause juridique et les garanties qui en assuraient le paiement, ou bien doit-elle être considérée comme éteinte, et si elle l'est, par quelle opération juridique cette extinction se trouve-t-elle réalisée? C'est là l'une des questions qui touche à la nature même du compte courant.

La doctrine classique et la jurisprudence lui appliquent la théorie de la novation par changement de cause mais cette théorie est réfutable.

A/ L'application de la théorie de la novation par changement de cause sur le compte courant

333- La transformation de la créance, une fois entrée en compte, a conduit la doctrine classique à qualifier le compte courant comme l'un des cas les plus pratique de la novation par changement de cause : les différentes créances et dettes s'éteignent en entrant en compte et le débiteur obligé auparavant de payer la créance, n'est plus tenu que de payer le solde de compte.

Aussi comme la novation, l'effet le plus important de la disparition de la créance passée en compte est la disparition des sûretés qui en garantissent le paiement, qu'elles soient légales ou

conventionnelles. La jurisprudence l'a d'ailleurs admis sur l'idée de novation⁴³⁴.

Ainsi les différentes dettes et créances passées en compte s'éteignent, pour, finalement, donner naissance à la créance du solde. Cette novation présente cependant un caractère particulier, car la créance nouvelle- celle du solde – ne sera exigible qu'après un certain temps: lors de l'arrêté de compte.

Certains auteurs se sont, cependant, aperçu de cette différence entre les deux mécanismes. En effet, même si la créance initiale est éteinte, elle est remplacée, non par une nouvelle obligation, mais par un article de compte qui ne constitue pas à lui seul une nouvelle obligation. Ces auteurs, n'en abandonnent pas moins la qualification de novation, mais disent qu'il y a *quasi-novation*.

Quant à la jurisprudence, elle ne semble pas être fixée sur la question. Plusieurs décisions contradictoires ont ainsi été rendu dans ce domaine.

D'abord, la chambre civile avait déjà affirmé qu'il y avait novation en cas d'inscription d'une créance en compte courant, sauf convention formelle des parties⁴³⁵. Là, il n'y a plus de nuance, la seule entrée en compte courant d'une créance entraîne sa novation par changement de cause.

Ensuite, la chambre des requêtes affirmait à son tour que l'inscription en compte courant d'une créance n'emporte pas

⁴³⁴ Cass. Civ., 12 juin 1936, DH, 1936, p. 411; Cass. Com. 10 juin 1949, JCP 1949, II, 5106, note H CABRILLAC.

⁴³⁵ Cass. Civ., 12 juin 1936, DH 1936, p. 411.

nécessairement novation⁴³⁶. Cependant cette position de la Cour de cassation est nuancée : si l'inscription en compte courant n'emporte pas systématiquement novation, elle pourrait l'entraîner, même si la cour n'en donne pas plus de précisions.

Enfin, dans un arrêt plus récent, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation décidait que « ...*le versement des rémunérations sur un compte courant n'établissait pas , à lui seul, la preuve d'une novation entraînant la modification de la nature de la créance* »⁴³⁷.

Si nous nous en tenons à cette dernière décision, l'inscription d'une créance en compte courant n'entraîne pas systématiquement novation par changement de cause, mais que cela pourrait être le cas, même si on ne sait dans quel cas.

Mais quelle que soit la qualification retenue, novation pure et simple ou quasi-novation, elle est réfutable.

B/ La réfutation de la théorie de la novation

334- Si la novation peut expliquer partiellement le mécanisme du compte courant par l'extinction de la créance passée en compte et par la disparition des sûretés, elle ne fonde pas la prétendue transformation de l'obligation initiale en un article de compte. Deux raisons peuvent être avancées: D'abord, L'effet extinctif de la novation se produit mais l'effet créateur d'une obligation nouvelle fait défaut. Or, pour qu'il y ait novation, il faut qu'une obligation disparaisse en donnant naissance à une obligation nouvelle. Ici, il n'y a pas

⁴³⁶ Cass. Req., 29 juillet 1937, DH, 1936. 21, 1935. 1, p. 387

d'obligation nouvelle. Si le solde est débiteur, il ne naîtra rien de la créance éteinte⁴³⁸.

Aussi, parler, dans ce cas, de quasi-novation⁴³⁹ n'est-il pas créer une novation d'un genre nouveau non prévu par le code civil.

Ensuite, on sait qu'en matière de novation, l'obligation à laquelle est substituée l'obligation nouvelle doit être valable. Une obligation nulle ne saurait donc faire l'objet d'une novation; il n'y aurait pas, en effet, création d'une obligation nouvelle. Cette règle ne semble pas s'appliquer au mécanisme du compte courant. En effet, si la créance passée en compte est frappée de nullité, on ne dit pas qu'il n'y a pas eu novation, mais il y a lieu à contre-passation⁴⁴⁰. Cette contre-passation⁴⁴¹ ne s'explique pas s'il y avait eu novation.

On voit donc que la novation ne rend pas compte du mécanisme du compte courant et son application dans ce domaine procède d'une conception, d'ailleurs contestable, qui consiste à faire entrer les opérations juridiques commerciales dans le cadre des opérations civiles.

II / Les cas résiduels

335- L'exemple le plus fréquemment donné est celui où des parties à une vente conviennent que l'acquéreur gardera à titre de prêt

⁴³⁷ Cass. Civ. 2^{ème}, 3 avril 2003, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 01-13361.

⁴³⁸ RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial, tome 2, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, p. 282, n° 2331.

⁴³⁹ RIPERT et ROBLOT, ibidem: " *Dire qu'il y a quasi-novation, c'est abandonner la notion juridique que l'on présente*"

⁴⁴⁰ Cass. Com., 12 juillet 1961, RTD com., 1962, p. 93, Obs. Becque et Cabrillac

⁴⁴¹ La contre-passation est une opération par laquelle on reporte au débit du créancier le montant de la créance passée en compte mais qui est restée impayée.

les sommes représentatives du prix d'acquisition ; l'obligation de l'acquéreur de verser le prix est novée en une obligation de restitution d'un prêt. Il en est de même du locataire qui serait autorisé par le bailleur à conserver les loyers à titre de prêt.

336- Dans ces hypothèses, le débiteur doit toujours verser les sommes dues comme prix ou comme loyers, mais en qualité d'emprunteur.

Mais la preuve d'une telle novation est difficile à apporter. Comme l'écrit MAZEAUD⁴⁴², "*Dans l'espèce envisagée, pourquoi le bailleur consentirait-il à la novation qui lui fera perdre le privilège que la loi lui confère en tant que bailleur d'immeuble*".

336- Nous ne le pensons pour deux raisons :

D'abord, le changement de la cause efficiente n'apporte rien de nouveau à l'obligation. M. FRANCOIS écrit ainsi : « *cette définition (de la novation par changement de cause efficiente) laisse quelque peu perplexe. Si l'obligation reste inchangée dans ces éléments constitutifs, à savoir son objet ou sa cause finale, on ne voit guère comment elle pourrait être réputée issue d'une source nouvelle. Ne serait-ce pas plutôt la même obligation qui continuerait* »⁴⁴³. M. FRANCOIS rajoute : « *du reste, l'exemple classique de la novation par changement de cause, auquel se réfère volontiers la doctrine est assez peu probant. On cite le cas de l'acquéreur ou du locataire qui serait autorisé par le vendeur ou le bailleur à conserver le prix ou les loyers à titre de prêt. Dans cet exemple, le débiteur doit toujours verser les sommes dues comme prix ou comme loyers, mais en qualité*

⁴⁴² H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, par F. CHABAS, op cit. n° 1222.

nouvelle d'emprunteur. On peut toutefois observer, avec le doyen CARBONNIER, que le prétendu prêt, réalisé en dehors de toute remise de fonds au profit du débiteur, est en l'occurrence absolument factice. L'opération décrite semblerait se ramener à l'octroi d'un simple délai de paiement au débiteur. Or, il est entendu qu'un tel changement, portant sur les modalités de l'obligation, n'opère pas novation »⁴⁴⁴.

Le fait que la cause efficiente ne soit pas un élément constitutif de l'obligation a pour corollaire l'absence d'aliquid novi. Or ce dernier est une condition essentielle de la novation.

Ensuite, si, par exemple, les parties à un contrat de prêt décident que l'emprunteur deviendra donataire, on ne saurait conclure à l'existence d'une novation par changement de cause; certes, il y a changement de cause, mais ce changement est tel qu'il opère une substitution de contrat; il n'y a pas simple novation, parce que la novation postule la création d'une obligation et que la donation a éteint la dette de l'emprunteur sans lui substituer une obligation quelconque. En d'autres termes, ici la disparition de la cause finale de l'obligation constitue la limite du domaine de la novation.

A ces hypothèses, la qualification de substitution de contrat sied mieux.

Conclusion du chapitre

337- On voit ainsi que le domaine de la novation par changement de la dette, même réduit au critère de la substantialité, exclu également la novation par changement de cause. Il est alors

⁴⁴³ J. FRANCOIS, Droit civil, Les Obligations, *Régime général*, op. cit., n° 110, p. 91

permis de penser, comme l'on fait certains auteurs, que l'expression novation par changement de la dette ne recouvrait en réalité que le changement de l'objet.

⁴⁴⁴ J. FRANCOIS, Droit civil, Les Obligations, *Régime général*, op. cit., n° 110, p. 91 et 92

Conclusion du titre :

338- La diversité du domaine de la novation par changement de la dette nous a paru suspecte et constitue à la fois, à notre avis, le voile qui cache l'originalité du mécanisme et l'obstacle majeur à une définition et à l'application d'un régime juridique de la notion qui soit cohérente et suffisamment précise. Il faut donc éliminer toutes les utilisations de la novation qui n'apparaissent pas indispensables et la refouler dans l'aire où la notion est vraiment utile. Là où la modification ou le mutus dissensus justifient le même résultat que la novation, celle-ci doit disparaître.

Ce critère de l'utilité, ce critère fonctionnel ainsi proposé, effarouchera probablement. Une notion n'a-t-elle pas une existence ontologique, indépendante des conséquences qu'elle peut produire ? Est-il possible de la définir par les services qu'elle est seule à pouvoir rendre ? Le critère fonctionnel n'est-il pas fragile et contingent car l'évolution de l'environnement juridique risque d'introduire des modifications dans l'éventail des utilisations qui ont pu être nécessaires à un moment donné ?

Nous ne partageons pas ces scrupules, peut être parce que le syndrome de la novation par changement de la dette a trop sévi, surtout en matière de modification de l'obligation, et a conduit à imputer à la notion la paternité de certaines situations qu'elle n'expliquait pas, démarche qui a multiplié les obscurités et les solutions excessives. Aussi rejoindront-nous les pragmatiques qui proposent un critère réducteur, un critère qui trace des limites visibles ; un critère qui dessine un périmètre dans lequel le régime de la notion peut être dégagé avec plus de netteté.

Conclusion de la première partie

339- Notre but était de rechercher si la disparité de la novation quant à son domaine n'avait pas nuit à son originalité. Ainsi fallait-il voir en elle, à la suite d'une grande majorité d'auteurs, une institution désuète et sans domaine propre qui fait double emploi avec des notions plus adaptées ?

L'étude de la place actuelle de la novation dans le contentieux contractuel, comme celle comparative de son domaine avec ceux des notions prétendues concurrents, conduisent incontestablement à une réponse négative :

D'abord, la présence considérable de l'institution dans le contentieux contemporain se concilie mal avec l'idée que la novation est une institution désuète.

Ensuite l'examen du domaine de la novation a conduit à montrer qu'elle avait un domaine autonome qu'elle ne partage avec aucune autre notion. En fait, aussi longtemps que le domaine de la novation était confondu avec celui d'autres notions, il était possible de l'évoquer comme une institution sans réelle originalité. Mais dès lors qu'elle apparaît comme une notion autonome avec un domaine autonome, il faut renoncer à présenter la novation comme une institution sans spécificité.

Même si la novation reste une institution au service de plusieurs besoins pratiques, l'examen de son domaine nous a révélé qu'elle ne s'appliquait, quel que soit le but poursuivi par les parties, qu'au changement d'un élément essentiel de l'obligation hormis sa cause.

Cette dernière remarque amène à constater que la disparité du domaine de la novation cache en réalité une certaine unicité de la notion.

DEUXIEME PARTIE

<p style="text-align: center;">LA NOVATION : UNE NOTION UNITAIRE</p>

340- La notion de novation est générale et la définition qui doit en être donnée doit être identique quel que soit la novation intéressée. On vient de voir dans la première partie, en effet, que la novation peut s'opérer de trois manières différentes, et l'on a souvent tendance à dire qu'il y a trois sortes de novation. Ce mode de présentation peut induire en erreur et doit être abandonné ; il n'y a en réalité qu'une seule novation, mais celle-ci peut seulement s'opérer de trois manières différentes. C'est d'ailleurs ce que dit excellemment l'article 1271 du code civil.

Quelle que soit la manière dont la novation s'opère, une étude parallèle de ces différentes novations montre que chacune, avec quelques variantes sans doute, réalise un même schéma, se soumet à une même technique et tend à la réalisation d'un même but.

341- Ainsi, au-delà des finalités sous-jacentes de leur utilisation, toutes les formes de novation évoquées se ramènent à une même nature juridique (TITRE 1) et un même régime juridique (TITRE 2).

TITRE PREMIER

L'UNITE DE LA NOVATION DANS SA NATURE JURIDIQUE

342- Rechercher la nature juridique de la novation, c'est rechercher la nature qui transcende le mécanisme, quelque soit son polymorphisme et la diversité des fonctions auxquelles elle peut satisfaire.

Dans cette optique ce n'est plus la volonté des parties, révélée par leur intention présumée ou exprimée, qui prime, mais la finalité objective de l'opération.

On remarque ainsi que la novation, qu'elle soit par changement de personne ou de la dette elle-même, est une technique qui consiste dans le changement d'un élément de l'obligation. Sa finalité est donc de modifier une obligation en cours d'exécution.

343- De fait, la novation apparaît comme une pièce essentielle, à côté de la modification simple⁴⁴⁵, du dispositif de modification des obligations en cours d'exécution. Elle constitue, en droit civil, la seule opération de droit commun qui permet la modification

⁴⁴⁵ Celle qui a pour domaine les éléments accessoires de l'obligation

substantielle d'une obligation, et qu'on peut appeler, précisément, modification novatoire.

Ainsi s'il importe de donner aux parties un moyen de surmonter une difficulté d'exécution relative à un élément essentiel de l'obligation, la novation apparaît comme le dispositif incontournable pour le leur permettre. De la survenance d'une difficulté tenant à un élément substantiel de leur obligation, il sera possible aux parties d'arrêter les changements nécessaires pour la supprimer. L'exécution de l'obligation sera assurée. L'obligation « nouvelle » ne manquera pas de les satisfaire puisqu'elles en seront convenues et, avantage non négligeable, elles maintiendront leur bonne entente, gage solide de la perpétuation de leurs relations commerciales.

344- Pourtant, si on s'est beaucoup interrogé, en doctrine, sur le mécanisme de la novation, si on a souvent réfléchi sur la vigueur de ses effets, sa nature juridique n'a, elle, guère été explorée. Plus exactement, dans la présentation qui en est habituellement donnée, elle se résume à un mode d'extinction des obligations. La consultation des principaux manuels et traités de droit des obligations actuellement en usage est à cet égard révélatrice.

C'est, en effet, pour avoir négligé d'envisager la novation dans son ensemble qu'un grand nombre d'auteurs ont cru impossible de parvenir à une analyse unitaire de sa nature juridique. La vision d'actes apparemment hétérogènes (acte extinctif, acte créateur) qu'elle présente et la polyvalence consécutive à son polymorphisme, leur ont parues interdire une qualification unitaire de l'institution.

Leur attitude eût peut-être été autre si, au lieu de s'attacher seulement à son effet extinctif, ils l'avaient replacée dans son ensemble, dans son but. La novation, en effet, n'a pas seulement un effet extinctif ; elle a aussi un effet créateur, effet qui est d'ailleurs concomitant à l'effet extinctif. Une conscience insuffisante de cette dualité peut rendre inexplicable la complication qui en est le corollaire. Les deux composantes de l'institution s'opposent et les règles qui leur répondent paraissent contradictoires. Si on pratique un choix parmi elles, il est possible d'en extraire des arguments que d'autres dispositions viennent démentir. De là proviennent les flottements de la doctrine en la matière : l'analyse s'égaré si elle ne saisit la novation que dans l'une de ses composantes, à savoir l'extinction de l'obligation initiale. Mais les antagonismes s'effacent pour peu que l'on considère l'opération, c'est-à-dire l'extinction de l'obligation initiale corrélative à la création d'une autre différente par un élément constitutif, comme un tout.

345- La novation ne paraît donc pas, a priori, rebelle à toute tentative d'analyse juridique. Mais sans doute est-il nécessaire, pour en entreprendre une à l'époque actuelle, de s'engager dans une direction autre que la voie traditionnelle, qui présentait l'institution dans le cadre de l'extinction des obligations.

346- On a tiré argument, en doctrine, de la place de la novation dans le code civil pour justifier l'explication de la nature extinctive de l'institution ; il est permis d'hésiter entre deux possibilités : la première se fonde sur l'idée que seul l'effet extinctif comporterait une réelle originalité ; la seconde sur l'assimilation qui en est faite avec le paiement.

347- Cependant aucune de ces explications ne peut être retenue car elles sont inaptes à justifier l'ensemble de son régime juridique à moins de recourir à des artifices peu convaincants (CHAPITRE PREMIER) ; nous constaterons en revanche que seule la modification substantielle fournit une explication cohérente de sa nature juridique (CHAPITRE DEUXIEME)

CHAPITRE PREMIER

L'ANALYSE TRADITIONNELLE DE LA NOVATION COMME MODE D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

348- Le problème de la nature juridique de la novation a été assez rarement l'objet de la préoccupation des auteurs. Ceux-ci se sont attachés à préciser les conditions de sa réalisation et ses effets beaucoup plus qu'en à chercher sa nature juridique. A vrai dire, il semble qu'aux yeux de la plupart d'entre eux cette nature juridique n'ait pas fait l'ombre d'un doute : la novation serait un mode d'extinction des obligations.

Cette thèse paraît régner en souveraine même si les auteurs qui la soutiennent ne s'appuient pas sur le même fondement :

Une première doctrine s'en réfère à l'article 1234 qui, dans son énumération des différentes manières dont s'éteignent les obligations, cite expressément la novation.

Cette première doctrine est confortée par une seconde qui fractionne l'opération en ne la considérant que dans son effet extinctif qui est seul, semble-t-il, à présenter une réelle originalité. Ces deux doctrines seront étudiées ensemble.

Une troisième doctrine l'assimile au paiement pour justifier l'effet extinctif : la novation étant une institution qui opère paiement d'une obligation par une autre, est un mode d'extinction comme l'est le paiement lui-même.

De fait, selon que l'on insiste sur sa fonction extinctive pure et simple ou sur sa fonction de satisfaction au créancier, on retiendra la justification tirée de sa place dans le code civil qui, semble-t-il, présume de l'originalité du seul effet extinctif (SECTION 1) où on lui préférera celle de paiement (SECTION 2).

SECTION 1 : L'ANALYSE DE LA NOVATION COMME MODE D'EXTINCTION PURE ET SIMPLE

La place de la novation dans le code civil et l'extinction de l'obligation initiale qu'elle semble produire ont conduit une partie de la doctrine à retenir l'extinction comme seule originalité de l'institution (Paragraphe premier). Cette doctrine est cependant critiquable (Paragraphe deuxième).

Paragraphe premier/ La justification de la novation comme mode d'extinction pure et simple

L'introduction de la novation dans les différentes manières dont s'éteignent les obligations dans le code (I), a fait présumé de l'originalité de son seul effet extinctif (II).

I / La place de la novation dans le code civil

349- Les incertitudes sur la nature profonde de la novation sont, à la vérité, liées à la difficulté qu'il y a à situer cette institution, aux aspects de prime abord contradictoires, dans le cadre de la théorie générale des obligations. Depuis la parution du code civil, la novation fait l'objet d'une présentation, accréditée par la lettre du code⁴⁴⁶, et aujourd'hui devenue classique, qui la rattache au droit de l'extinction des obligations.

Les rédacteurs du code civil n'ont pas, en effet, jugé nécessaire de consacrer un article à la définition de la novation, évitant ainsi de

⁴⁴⁶ La novation est, en effet, réglementé, dans le Titre III du Livre III, au Chapitre V « De l'extinction des obligations » Section II « De la novation » (art. 1271 à 1281).

trancher sur sa nature juridique. Il semble même que la novation a été adoptée sans être discutée⁴⁴⁷, et que sa place au sein de l'article 1234, c'est-à-dire au sein des modes d'extinction des obligations, ne le fût non plus.

Pourtant, ça ne peut être un oubli, car le tribunal d'appel de Grenoble avait présenté l'observation suivante sous l'article 156 du projet (article 1271 du code) : « *il est utile de donner la définition de la novation ; on propose la suivante : la novation est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne.* »⁴⁴⁸.

Cette absence de précision conduira une doctrine exégétique à qualifier la novation de mode d'extinction.

II / L'effet extinctif : la seule et réelle originalité de la novation

350- En ne définissant nulle part la novation qu'il range parmi les modes d'extinction des obligations, le code civil pourrait faire présumer, au premier abord, que c'est l'extinction de la dette et par conséquent la libération du débiteur qui forme l'objet principal du contrat, puisque la novation est rangée dans le chapitre relatif à l'extinction des obligations.

⁴⁴⁷ LOCRE, *Précis-verbaux* du conseil d'Etat, contenant la discussion du projet du code civil, Paris : Impr. De la Rép., an XII (1803), tome III, Séance du 25 brumaire an XII de la république, p. 275 : « *Tous les articles relatifs au chapitre de la novation ont été adoptés sans discussion* ». V. aussi JOUANNEAU et SOLON, *Discussion du code civil dans le conseil d'Etat*, Paris, Demonville, tome II, 1805, p. 310.

⁴⁴⁸ A. DUPLESSIS, *Etude sur la novation et la délégation en droit romain et droit français ancien et moderne*, thèse précitée, p. 199 et 200.

C'est ce qui n'a pas manqué d'arriver et certains auteurs ont proposé de privilégier l'effet extinctif qui, seul, présenterait une réelle originalité.

351- De fait, une partie de la doctrine⁴⁴⁹ étudie principalement la novation sous l'aspect, au demeurant limité, de son effet extinctif et la range ainsi parmi les modes d'extinction des obligations.

On invoque, à l'appui de cette manière de voir, l'autorité de POTHIER qui s'exprime ainsi : « *l'ancienne dette est éteinte par la nouvelle qui est contractée à sa place, c'est pourquoi la novation est comptée parmi les manières dont s'éteignent les obligations* »⁴⁵⁰.

Mais l'affirmation est plus marquée chez M. SIMLER⁴⁵¹ lorsque celui-ci écrit : " *Le code civil traite de la novation parmi les modes d'extinction des obligations..., immédiatement après le premier de ces modes, le paiement. C'est donc sous l'angle de son effet extinctif que ses rédacteurs ont envisagé la novation. De fait, l'effet créateur de la novation, pure et simple application de la liberté contractuelle, n'appelait de la part du législateur, aucune attention particulière. Du point de vue de la technique juridique, seul l'effet extinctif méritait de nouveaux développements* ».

⁴⁴⁹ POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit. n° 581 – DUPLESSIS, « *Etude sur la novation et la délégation en romain et en droit français ancien et moderne* », Thèse Paris 1869, p. 2 (encore que cet auteur est plus modéré car il considère que la novation peut être aussi bien rangée parmi les modes d'extinction que parmi les modes de création de l'obligation) – COLIN ET CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 9^{ème} éd. refondu par LEON JULLIOT DE LA MORANDIERE, Librairie Dalloz 1942, p.379 – PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, obligations, par EISMEIN, RADOUANT et GABOLDE, 2^{ème} éd. 1954, p. 658 – CABRILLAC et MOULY, *droit des sûretés*, 4^{ème} éd. Litec p.286 – YVAINE BUFFELAN-LANORE, *droit civil 2^{ème} année*, 6^{ème} éd. Armand Colin, p. 231 – A. BENABENT, *Droit civil, les Obligations*, 7^{ème} éd. Montchrestien, p. 518 – JACQUES MESTRE, E. PUTMAN ET BILLIAU. M, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 1098.

⁴⁵⁰ POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit., n° 581

⁴⁵¹ SIMLER, *JURIS. Class. civil*, articles 1271 à 1281, Fasc. 10.

Paragraphe deuxième / Critique des théories de la novation comme d’extinction des obligations

352- Plusieurs arguments militent en faveur du rejet de la doctrine qui analyse la novation comme un mode d’extinction : D’abord, parce que l’article 1234 du code civil porte déjà en lui les germes de l’imperfection dans son énumération (I) ; ensuite parce que l’extinction de l’obligation initiale n’est pas un effet de la novation mais une condition (II); enfin parce cette doctrine fractionne inmanquablement l’unité même de l’opération de novation (III).

I / L’imperfection de l’énumération de l’article 1234 du code civil des causes d’extinction des obligations

353- La référence à l’article 1234 du code civil pour déterminer la nature juridique de la novation pêche par l’imperfection dont l’énumération de ce texte est atteinte.

En effet, l’énumération de l’article 1234 du code civil a souvent été critiquée. La doctrine a relevé que certains événements mentionnés par ce texte ne sont pas, à proprement parler, des causes d’extinction, ce qui donne à l’énumération un caractère quelque peu hétéroclite⁴⁵².

354- C’est ainsi qu’on a reproché à l’article 1234 de citer la nullité ou la rescision comme causes d’extinction des obligations alors que ces événements, en réalité, agissent directement sur l’acte juridique et ce n’est que par voie de conséquence que les obligations dont il est la source disparaissent. Mais surtout, dans le cadre de la nullité ou de la rescision, on n’est pas en présence d’une extinction de

l'obligation. En effet, l'extinction suppose une obligation préexistante ; or, par définition, la nullité la fait disparaître rétroactivement. Une obligation nulle est considérée comme n'ayant jamais existé⁴⁵³, elle ne peut donc pas s'éteindre⁴⁵⁴. Qui plus est, au lieu d'éteindre une obligation, il arrive même que la nullité en crée, notamment lorsque des restitutions sont ordonnées.

355- D'autres événements⁴⁵⁵ comme la condition résolutoire ont suscité une critique analogue à celle qui formulée à propos de la nullité. En l'analysant comme une cause d'extinction, les rédacteurs du code civil ont suivi l'opinion de Pothier⁴⁵⁶. Néanmoins, là encore, il est très discutable de parler d'extinction puisque, quand la condition se réalise, l'obligation disparaît rétroactivement⁴⁵⁷.

Les mêmes critiques peuvent être adressées à l'encontre de la citation de la novation par l'article 1234.

⁴⁵² G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations, Le régime*, op. cit., n° 191.

⁴⁵³ Toutefois cette analyse soulève des difficultés à propos des contrats à exécution successive comportant une obligation de faire qui a été en partie exécutée. Quand un travail a été accompli, ou un local occupé, la restitution n'est évidemment pas possible et on ne peut pas complètement effacer ce qui s'est passé. Certains en déduisent que, en ce cas, la nullité n'a pas d'effet rétroactif et met seulement un terme à l'exécution future de l'obligation (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, op. cit. n° 374). D'autres préfèrent conserver le principe de la rétroactivité de la nullité, tout en le corrigeant pour tenir compte des effets que le contrat a créés : les prestations qui ont été accomplies et qui ne peuvent pas être restituées donnent naissance, pour éviter un enrichissement injuste de celui qui en a profité, à une obligation de nature extra-contractuelle de payer une indemnité compensatrice (F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., n° 402).

⁴⁵⁴ BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité de droit civil, Les obligations*, tome 3, 1905, n° 1928 – TOULIER, *Droit civil français*, tome 7, 1830, n° 11, note 1 – COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 10^{ème} éd. Par JULLIOT DE LA MORANDIERE, 1953, n° 471 - G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations, Le régime*, op. cit., n° 191.

⁴⁵⁵ Aussi comme la confusion et la prescription dont l'effet extinctif est discutée car elles n'éteignent pas définitivement l'obligation.

⁴⁵⁶ POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit., n°672.

⁴⁵⁷ COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, op. cit., n° 471.

II / L'extinction de l'obligation initiale : une condition de la novation et non un effet

356- Contrairement à une opinion traditionnellement soutenue, l'extinction de l'obligation initiale n'est pas un effet de la novation, mais bien une condition de celle-ci. D'ailleurs, même dans l'hypothèse où l'extinction pourrait être envisagée comme un effet de la novation, il y aurait quelque illogisme à qualifier la novation en partant de ses effets.

Par effet, il est possible d'entendre deux facteurs nettement distincts : soit celui que l'acte a effectivement produit, soit celui que les volontés individuelles voulaient lui faire produire. L'effet extinctif de la novation fait partie, semble-t-il, de la première acception.

Or, l'effet qu'un acte a effectivement produit n'influe pas sur la qualification de cet acte⁴⁵⁸.

Adopter une solution contraire aboutirait à des conséquences illogiques et notamment à laisser pendant un certain temps incertaine la qualification d'un acte, puisque c'est seulement d'après les effets qu'il aura produits qu'on pourra le qualifier ; D'autre part, la qualification s'effectuerait *a posteriori*, ce qui est contraire à la logique.

357- La novation, suppose qu'on éteigne une obligation pour en créer une nouvelle. L'opération de novation ne se réalisera autant que l'obligation initiale est éteinte et l'obligation « nouvelle » créée. Or, la plupart des traités et manuels de droit des obligations affirment que la novation a pour effet d'éteindre l'obligation initiale en même temps

⁴⁵⁸ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse précitée, n° 365, p.316

qu'ils étudient l'extinction de l'obligation comme une condition de la novation.

Ainsi COLIN et CAPITANT dans leur étude sur les conditions de la novation écrivent ceci : « *La novation comporte l'extinction d'une dette ancienne et la création d'une nouvelle dette, faite avec la volonté d'unir ces deux opérations...* »⁴⁵⁹ ; Ces mêmes auteurs vont également affirmer dans l'étude des effets de la novation que « *L'effet de la novation est double ; elle éteint une créance, et elle fait naître une autre* »⁴⁶⁰.

M. SIMLER, TERRE et LEQUETTE étudient également l'extinction de l'obligation comme une condition de la novation en même temps qu'ils en parlent comme un effet de celle-ci : « *L'opération complexe que constitue la novation est constituée de trois éléments : la création d'une obligation nouvelle valable, l'extinction corrélative de l'obligation préexistante, qui doit pareillement être valable ; enfin la manifestation de l'intention de nover ou animus novandi* »⁴⁶¹, ils affirment en même temps « *Ce double effet (celui de la novation) résulte de la définition même de la novation : il y a création d'une obligation nouvelle et extinction corrélative d'une obligation préexistante...* »⁴⁶².

On peut aussi citer Ms. AUBERT, SAVAUX et Mme FLOUR, lorsqu'ils écrivent d'abord que « *la novation se définit comme l'extinction d'une obligation ancienne par la création d'une*

⁴⁵⁹ COLIN et CAPITANT, Cours élémentaires de droit civil français, par J. DE LA MORANDIERE, op. cit., n° 1747, p. 633.

⁴⁶⁰ COLIN et CAPITANT, Cours élémentaires de droit civil français, par J. DE LA MORANDIERE, ibidem., n° 1768, p. 639.

⁴⁶¹ Ph. SIMLER, F. TERRE et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les Obligations, 7 édition, Dalloz 1999, n° 1322, p. 1178.

obligation nouvelle, destinée à la remplacer », pour ensuite affirmer plus loin que : « les effets de la novation peuvent être évoqués rapidement. Ils sont inclus dans la définition même de l'opération : effet extinctif de l'obligation ancienne, effet créateur de l'obligation nouvelle ».

N'y a-t-il pas quelque paradoxe ainsi à étudier l'extinction de l'obligation initiale à la fois comme une condition et un effet de la novation ?

L'extinction de l'obligation est nécessaire pour que la novation soit effective. Mais c'est seulement une condition et non un effet. L'effet extinctif que produit la novation c'est celui qui atteint les sûretés qui garantissaient l'obligation.

Aussi faut-il considérer l'ensemble de l'opération au lieu de s'en limiter à une seule composante.

III / L'extinction et la création sont un « tout »

358- La novation suppose que l'on éteigne l'obligation initiale. Cette caractéristique de la novation est indéniable. Il est cependant excessif d'en faire le critère déterminant qui assurerait l'originalité de ce mécanisme. Cette extinction n'est qu'une phase dans une opération complexe.

La doctrine qui qualifie la novation de mode d'extinction nous semble donc, un peu trop exclusive dans la mesure où elle fractionne arbitrairement l'unité même de l'opération de novation. L'extinction

⁴⁶² Ph. SIMLER, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Ibidem.*, n° 1335, p. 1190.

de l'obligation initiale et la création d'une obligation novée sont un « tout » qui forme la convention novatoire. L'appréhension de l'ensemble indivisible que forme la convention novatoire doit donc se faire au regard de l'ensemble et non au regard d'une seule composante. Cela justifie que l'on dépasse une des composantes, par exemple l'extinction, et que l'on tienne compte du tout.

359- Voir la novation comme un mode d'extinction signifierait que c'est l'extinction, et la seule extinction de l'obligation initiale qui forme l'objet de la convention de novation.

Or, l'objet de la novation, relève moins dans l'extinction de l'obligation initiale que dans la création d'une obligation différente de la première dans l'un quelconque de ses éléments substantiels. Il y a une nouvelle obligation, mais cette nouveauté ne tient qu'à un seul élément de l'obligation, c'est à dire *l'aliquid novi* ou l'élément nouveau. L'objet de la novation ne peut donc être réduit à l'extinction de l'obligation initiale, qui n'en est qu'une phase.

360- Cette manière de voir est d'ailleurs partagée par le professeur M. SIMLER⁴⁶³ lui-même lorsqu'il écrit ceci : « *l'effet extinctif n'est qu'un effet second de la novation. L'objectif premier des parties réside dans l'avènement d'une obligation nouvelle qui consiste souvent dans la transformation plus ou moins profonde de l'obligation ancienne* ».

361- Sauf donc à réduire sa nature juridique à l'excès, il faut renoncer à appréhender la novation comme mode d'extinction des

⁴⁶³ SIMLER, JURIS. Class. civil, articles 1271 à 1281, fasc.

obligations en considération de la seule extinction de l'obligation initiale.

SECTION 2 : L'ANALYSE DE LA NOVATION COMME UN PAIEMENT

362- Pour comprendre que la novation puisse être assimilée à un paiement, il faut supposer que la nouvelle obligation est donnée en paiement en exécution de l'obligation initiale.

Ainsi« *De même, dit DEMANTE⁴⁶⁴, qu'on peut, du consentement du créancier, payer une chose à la place d'une autre, celui-ci peut évidemment recevoir, en remplacement d'une obligation précédente, une obligation nouvelle. Il y a alors extinction de l'ancienne dette par la création de la nouvelle. C'est ce qu'on appelle novation.*

Selon HUC, « *La novation doit être rattachée au paiement. Régulièrement le débiteur ne peut se libérer qu'en procurant au créancier l'id quod debetur, c'est-à-dire la prestation contenue dans l'obligation. Mais si le créancier y consent, il peut se libérer en lui donnant autre chose (art. 1243) ; il peut notamment se libérer en lui transférant une créance existant à son profit sur un tiers. C'est une cession ordinaire faite à titre de dation en paiement. Mais le débiteur peut aussi se libérer en donnant en paiement de l'obligation dont il est tenu une obligation nouvelle qui la remplacera, c'est le cas de la novation proprement dite.* »⁴⁶⁵ L'auteur ajoutera d'ailleurs plus loin : « *la comparaison que nous venons de faire entre la novation et la cession aboutit à cette conclusion finale, que la novation n'étant pas*

⁴⁶⁴ DEMANTE, Programme, tome II, n° 730 à 732, cité par DUPLESSIS, thèse préc., P. 199.

⁴⁶⁵ T. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, tome II, Paris Cotillon, 1891, p. 264, n° 566.

*une vente, mais un paiement, n'est pas soumise à l'application de l'art. 1690. »*⁴⁶⁶

Pour PLANIOL et RIPERT, « *la novation est une cause d'extinction des obligations. A ce point de vue, elle agit à peu près comme un paiement.* »⁴⁶⁷

363- D'autres auteurs soutiennent que la novation est un paiement indirect. Le paiement indirect consisterait en des « *procédés qui, sans passer par un paiement au sens strict..., aboutissent néanmoins à un résultat analogue. Tout spécialement, ils opèrent comme le paiement, une extinction de l'obligation par satisfaction du créancier* »⁴⁶⁸. La novation serait ainsi « *l'extinction d'une obligation par création d'une « nouvelle » obligation qui la remplace. Au lieu recevoir paiement immédiat, le créancier accepte de renoncer à sa créance en contrepartie d'un engagement pris envers lui, différé du premier* »⁴⁶⁹.

Les auteurs qui soutiennent cette thèse aiment à comparer l'article 1236 du code civil⁴⁷⁰ à l'article 1274⁴⁷¹ du même code. Pour eux, la disposition de l'article 1274 du code civil montre clairement que la novation peut être assimilée à un paiement. Ainsi puisqu'un

⁴⁶⁶ T. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, op. cit., p. 271, n° 574.

⁴⁶⁷ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, les Obligations*, par ESMEIN, op. cit. n° 1267, p. 673.

⁴⁶⁸ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 9^{ième} éd., Montchrestien 2003, n° 815, p. 549.

⁴⁶⁹ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 829, p. 559

⁴⁷⁰ Art. 1236 : Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.

⁴⁷¹ Art. 1274 : La novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.

tiers peut bien éteindre l'obligation du débiteur par l'exécution directe, par le paiement, à l'insu de ce débiteur (art. 1236), il pourra donc aussi l'éteindre à son insu au moyen de la novation.

364- Cependant, ce que ces auteurs n'ont pas mentionné, c'est que la novation, qui peut ainsi se faire comme le paiement, sans le consentement du débiteur, ne pourrait jamais être faite, comme peut l'être le paiement, sans le consentement du créancier. C'est de toute évidence puisque la novation est toujours une convention faite avec le créancier.

Peut-on alors réellement soutenir que la novation est un paiement ?

Nous ne le pensons pas et deux arguments peuvent être opposés à cette doctrine :

Paragraphe premier / La novation est un acte juridique, le paiement non

365- Parce qu'il suppose que le débiteur manifeste sa volonté de s'exécuter, le paiement est classiquement analysé en un acte juridique. Selon certains, il s'agirait d'un acte juridique unilatéral⁴⁷² du débiteur mais, plus généralement, la doctrine soutient que le paiement a une nature conventionnelle.

C'est ainsi que COLIN et CAPITANT écrivent : « ... à côté du fait matériel en quoi il consiste, le paiement nous apparaît comme un acte juridique, plus précisément un accord des volontés de l'accipiens

⁴⁷² A. BENABENT, Droit civil, *Les obligations*, op. cit., n° 783 et s.

et du solvens, l'un remettant volontairement la chose, l'autre consentant à la recevoir et à décharger le solvens de son obligation envers lui »⁴⁷³.

RIPERT et BOULANGER adoptent une définition voisine : « *Le paiement est une opération juridique qui est réalisée normalement par l'accord du créancier qui accepte le paiement, et par là le reconnaît valable »⁴⁷⁴.*

Egalement, M. CHEVALIER pense que « *le payement, en même temps qu'un fait matériel – livraison de l'objet dû, exécution de la prestation – est donc une convention en ce que les parties conviennent d'affecter la prestation à l'extinction de la créance et reconnaissent la conformité de la prestation reçue avec la prestation due »⁴⁷⁵.*

366- Cette analyse du paiement a été combattue par Mme CATALA, dont la démonstration repose sur une distinction entre le paiement comme mode d'exécution et le paiement comme mode d'extinction de l'obligation.

Selon Mme CATALA, le paiement, en tant qu'il réalise l'exécution de l'obligation, n'a pas une nature juridique homogène : « *une différence fondamentale oppose le payement des obligations de faire et de ne pas faire au payement des obligations de donner. Le premier se présente toujours comme un fait, presque toujours comme un fait matériel, volontaire ou non. (il arrive qu'il soit un fait juridique. Mais c'est là, malgré tout, une hypothèse peu fréquente). Le*

⁴⁷³ COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIERE, op. cit., n° 472

⁴⁷⁴ RIPERT et BOULANGER, op. cit., n° 1511.

⁴⁷⁵ J. CHEVALIER, *Note sur la théorie générale des obligations*, Le Caire, 1^{er} fascicule, p. 5, cité par N. CATALA, *La nature juridique du payement*, thèse préc., p. 161.

second, le payement des obligations de donner, constitue un acte juridique en raison de la modification du droit qu'il apporte dans le patrimoine des parties »⁴⁷⁶.

S'agissant donc des obligations de faire ou de ne pas faire, le paiement se présente comme un fait, généralement matériel. En revanche, il est un acte juridique à l'égard des obligations de donner, dans la mesure où leur exécution suppose, lorsqu'elle n'a pas lieu instantanément, un accord translatif.

A l'inverse, vu sous l'angle de l'extinction de l'obligation, Mme CATALA estime que le paiement retrouve une nature juridique homogène. Il s'analyse alors toujours en un fait juridique, en ce sens qu'il n'est pas le résultat d'une manifestation de volonté des parties, mais un effet juridique attaché par la loi à une situation, à savoir la satisfaction procurée au créancier : *« l'extinction de l'obligation, en effet, n'est pas le résultat d'une manifestation de volonté juridique. Elle est une conséquence automatique de l'exécution. Or, on l'a vu, le critère le plus certain de l'acte juridique est la subordination de l'effet de droit engendré par une volonté valable : sans cette volonté, l'effet de droit ne se produit pas. Il n'y a d'acte juridique que là où la volonté du sujet est absolument indispensable à l'apparition de la situation juridique nouvelle. Ce n'est point le cas du payement : l'extinction de l'obligation survient dès que le créancier a été satisfait, quelle qu'ait été la volonté de ce dernier, quelle qu'ait été la volonté du débiteur. »⁴⁷⁷*

Mme CATALA précise : *« Dire que l'extinction de l'obligation n'est pas le résultat d'une manifestation de volonté ne signifie pas, en effet, que le payement ne puisse pas être un acte volontaire : en*

⁴⁷⁶ N. CATALA, *La nature juridique du payement*, thèse préc., n° 84, p. 151

pratique, il est fréquent qu'un débiteur ait en payant la volonté d'exécuter et d'éteindre le dette qui le lie. En ce sens il est exact de dire que le paiement est un acte volontaire. Mais il serait faux de rattacher l'effet de droit qu'il engendre à cette volonté : cet effet peut intervenir en dehors d'elle. Et c'est ce qui interdit de considérer le paiement comme un acte juridique. »⁴⁷⁸

367- La thèse de Mme CATALA a convaincu certains auteurs dont M. FRANCOIS qui écrit ainsi : « *La thèse de Mme Catala est convaincante. Le fait que la volonté des parties ne soit pas absente lors du processus d'exécution n'implique pas que le paiement doive être analysé en un acte juridique. Que les parties le veuillent ou non, il est naturel que la libération du débiteur résulte de la satisfaction procurée au créancier* »⁴⁷⁹.

368- Si nous souscrivons à cette thèse, il reste que l'exclusion du paiement des obligations de donner du domaine du fait juridique ne peut convaincre. En effet, le critère retenu par Mme CATALA pour ranger le paiement des obligations de donner dans la catégorie des actes juridiques, en l'occurrence un accord translatif lorsque l'exécution n'a pas lieu instantanément, est difficilement acceptable ; ce serait dire que le transfert de propriété résulterait d'un accord de volonté des parties. Or, un auteur, Mme FABRE-MAGNAN, a démontré que les obligations de donner n'existent pas et que le transfert de propriété est toujours un effet légal, automatique du contrat ; qu'il a lieu de plein droit, malgré la diversité des événements de nature à déclencher cet effet⁴⁸⁰. Il est donc difficile de dire d'une

⁴⁷⁷ N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, thèse préc., n° 161, p. 240.

⁴⁷⁸ N. CATALA, *ibidem*, n°161, p. 241

⁴⁷⁹ J. FRANCOIS, *Les obligations, régime général*, op. cit., n° 6, p. 16.

⁴⁸⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, op. cit., n° 5, p. 89.

chose qui se produit de plein droit qu'il se fait par un accord de volonté. Le débiteur n'est donc jamais directement obligé de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété. Le paiement du débiteur ne peut donc consister qu'en une obligation de faire, c'est à dire de s'exécuter ; ce qui nous amène à voir, même dans le paiement des prétendues « obligations de donner », qui sont en réalité des obligations de faire, un fait juridique matériel.

Paragraphe deuxième / Si la novation satisfait le créancier, toute satisfaction de ce dernier n'est pas un paiement

369- Les obligations ont toutes une finalité commune : la recherche par leur titulaire d'une certaine satisfaction. Dès lors que cette satisfaction a été obtenue, le lien obligatoire qui n'a plus sa raison d'être, disparaît et s'éteint.

A ne considérer le lien obligatoire que par sa finalité, on serait tenté de confondre dans une catégorie unique toutes les causes d'extinction qui résultent de la réalisation de l'avantage recherché. Or, le droit personnel supposant nécessairement un créancier et un débiteur, il serait insuffisant de vouloir le définir uniquement par référence à un seul de ses sujets. Si elle se caractérise par son but, un certain avantage recherché par le créancier, l'obligation précise, en même temps, le moyen d'y parvenir, l'exécution par le débiteur de la prestation due. Aussi le mode idéal d'extinction est celui où la satisfaction du créancier est le fruit d'une exacte exécution par le débiteur de la prestation dont il est tenu : le paiement.

370- Mais une satisfaction du créancier peut être obtenue par d'autres moyens. Le débiteur peut offrir, à la place de l'obligation initiale, une nouvelle obligation au créancier. L'exécution par un nouvel engagement éteint l'obligation antérieure puisque le créancier est satisfait. Mais, peut-on pour autant, l'assimiler au paiement ?

371- Mme CATALA a montré « *qu'il n'y a de véritable paiement que là où la satisfaction du créancier résulte de l'accomplissement régulier, par le débiteur, de la prestation due* »⁴⁸¹. Si donc le créancier est économiquement satisfait, juridiquement, le paiement par une nouvelle dette ne peut être identique au paiement véritable. Le Doyen CARBONNIER s'en étonne et affirme que « *l'explication est artificielle : payer d'une nouvelle promesse, est-ce vraiment payer ?* »⁴⁸². MARCADE en dit de même en affirmant : « *c'est un étrange raisonnement que celui dans lequel on établit que la dette s'est éteinte par paiement, pour prouver qu'elle est éteinte par novation* »⁴⁸³. L'auteur rajoute : « *S'il était vrai que toute novation contient, fictivement ou légalement, l'exécution de la première obligation ; si c'était là, comme le dit M. DURANTON, le caractère distinctif et essentiel de la novation, il s'ensuivrait que la novation ne doit pas être comptée parmi les modes d'extinction ; puisque, dans tous les cas de novation, ce serait le paiement qui éteindrait la dette* »⁴⁸⁴.

372- De plus, il faut voir que la novation, pour réaliser un paiement, doit assurer la satisfaction immédiate du créancier. Or l'on ne satisfait pas immédiatement quelqu'un avec un droit.

⁴⁸¹ N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, thèse préc., p. 18.

⁴⁸² J. CARBONNIER, *Droit civil, Les Obligations*, tome 4, 22^{ième} éd. , Thémis 2000, n° 351, p. 614

⁴⁸³ V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, 5^{ème} éd. Cotillon, Paris 1859.

⁴⁸⁴ MARCADE, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, op. cit ., p. 321.

Lorsque, par exemple, on reçoit la table ou la chaise qu'on a commandée, on n'est pas satisfait par le droit qu'on a sur la table ou la chaise, mais par la chose elle-même. Le droit protège, assure ou renforce la satisfaction ; il ne la crée pas. Il n'en est pour ainsi dire que l'accessoire. Il n'est qu'une prérogative dont on peut se prévaloir devant un juge qui, peut-être, saura la faire respecter. Mais ce n'est pas ce qu'un créancier attend. Recevoir un droit de créance ne lui suffit pas, c'est la chose ou le service qui lui importe. C'est pourquoi, quand un débiteur donne une promesse (une créance) en paiement, par exemple au moyen d'un chèque ou d'une lettre de change, le droit répète que la seule remise du titre ou de la créance ne vaut pas paiement. En plus, non seulement, le créancier, dans ces cas, n'est pas obligé d'accepter le paiement comme il le serait dans l'exécution par le débiteur de la prestation due ; mais aussi le débiteur, lui, n'est libéré qu'au moment de l'exécution de la promesse. La novation ne présente pas du tout ce visage.

Conclusion du chapitre

373- La doctrine a voulu expliquer le fonctionnement de la novation, soit en scindant l'opération en deux pour n'en choisir qu'une composante, soit en l'assimilant à une institution de nature purement extinctive : le paiement.

En donnant ainsi à raisonner comme si l'extinction de l'obligation était l'objet de l'opération, on amorce une dérive assez forte pour déboucher sur l'avatar d'une situation juridique contractuelle radicalement nouvelle et à nier la spécificité de la novation qui consiste à remplacer une obligation par une autre différente seulement par un élément essentiel, le tout dans une seule opération.

C'est pourquoi, il est possible d'affirmer que la novation n'est pas un mode d'extinction, mais une technique de modification substantielle de l'obligation.

CHAPITRE DEUXIEME

LA	MODIFICATION	SUBSTANTIELLE	DE
L'OBLIGATION :	NATURE	JURIDIQUE	DE LA
NOVATION			

374- Comme la modification, la novation est purement conventionnelle ; comme la modification, la novation est réalisée par le changement d'un élément de l'obligation ; comme la modification, la novation suppose un lien de dépendance entre l'obligation initiale et l'obligation modifiée. C'est pourquoi la novation ne constitue qu'une application de la théorie de la modification.

La justification du pouvoir modificateur des parties par l'article 1134 du code civil est, en l'espèce, encadré par l'interprétation *a contrario* de l'article 1271 du code civil.

Aussi, nous pourrions nous consacrer à la détermination des traits caractéristiques de la novation ainsi analysée. Certains sont communs à toute modification (SECTION 1), d'autres lui sont spécifiques (SECTION 2), qui contribuent à faire de la novation une convention modificative particulière.

SECTION 1 : LES CARACTERES GENERAUX DE LA NOVATION

375- Dans la modification, comme dans la novation, l'accord des parties porte sur l'élément nouveau qui marque la différence entre l'obligation initiale et l'obligation modifiée. Mais l'interprétation *a contrario* de l'article 1271 montre qu'il faut des éléments de rattachement entre l'obligation novée et l'obligation initiale. C'est pourquoi la novation s'inscrit dans le cadre du lien originaire : il s'agit d'un procédé par lequel un élément constitutif est soustrait d'une obligation initiale qui est éteinte pour être remplacée par un autre (*aliquid novi*) dans une obligation nouvellement créée dite novée, le tout dans une seule et unique opération et dans le même temps.

Paragraphe premier / Comme la modification, la novation suppose un élément nouveau (aliquid novi) dans l'obligation modifiée

376- L'exigence d'un élément nouveau dans l'obligation novée marque la différence avec l'obligation initiale. Or, nous l'avons vu, l'introduction d'un élément nouveau est essentielle, comme l'indique le terme même de novation ; sinon il y aurait simple reconnaissance de l'obligation et celle-ci demeurerait toujours identique. Il faut que cet élément nouveau se situe dans le cadre de l'article 1271 du code civil, à savoir le changement d'un élément de l'obligation qui s'entend comme un changement d'objet, un changement de créancier ou de débiteur (I). Mais, l'interprétation *a contrario* de l'article 1271 nous

révèle que le cumul de plusieurs changements dans la même opération semble impossible sous peine d'incompatibilité totale entre l'obligation initiale et l'obligation novée (II).

I/ L'exigence d'un seul et unique aliquid novi

377- L'article 1271 du code semble prohiber, lorsqu'on l'interprète *a contrario*, une incompatibilité totale entre l'obligation initiale et l'obligation novée. Il pose ainsi un cadre légal en dehors duquel aucune novation n'est possible.

378- Un auteur, EUGENE PETIT⁴⁸⁵, a soutenu la théorie selon laquelle la novation ne peut se faire que dans l'un des cas prévus par l'article 1271 du code civil. Pour l'auteur, « *c'est une énumération limitative que fait la loi, en nous montrant les trois manières dont une obligation peut éteindre une obligation précédente par le mécanisme de la novation* »⁴⁸⁶. « *Du mode de rédaction de l'article 1271, il en résulte que, en dehors de ces cas prévus par la loi, il ne peut y être question d'une novation. Par conséquent, pour que la novation s'opère par un nouveau contrat, il faut l'obligation préexistante soit susceptible de l'un de ces trois changements. Car rien ne nous autorise à considérer cette énumération comme simplement énonciative. Il faut donc faire ici la remarque qu'en dehors des cas prévus par la loi, il ne peut y avoir lieu à l'extinction par la novation. Par exemple, on ne pourra pas soutenir qu'elle existe, du moins à notre avis, lorsque deux ou tous les trois de ces modes d'extinction*

⁴⁸⁵ EUGENE PETIT, « *Quelques réflexions sur la novation* », Rev. Crit. Legisl. Et jurispr. 1930 p. 95 et s.

⁴⁸⁶ EUGENE PETIT, *Quelques réflexions sur la novation*, op. cit. p. 96

prévus par la loi, se trouvent réunis dans une seule et même opération juridique »⁴⁸⁷.

379- Cette thèse doit être approuvée⁴⁸⁸ car, tout porte à croire que la façon dont l'article 1271 est rédigé ne dément pas cette opinion :

« La novation s'opère de trois manières :

1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne ;

2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ;

3° Lorsque par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

Cette rédaction de l'article 1271 du code civil, libellée sous forme de liste avec des cas numérotés, semble donc confirmer cette thèse.

De fait, l'existence de plusieurs *aliquid novi* dans une seule opération de novation ne semble pas possible. Cela veut dire qu'il ne peut y avoir deux ou trois *aliquid novi* dans une seule et unique opération de novation, ce qui a pour conséquence de dire que *l'aliquid novi* ne doit concerner qu'un seul élément de l'obligation.

L'impossibilité de cumuler plusieurs cas de novation⁴⁸⁹ montre donc qu'on ne peut changer qu'un élément essentiel de l'obligation par novation.

⁴⁸⁷ EUGENE PETIT, *ibidem*.

⁴⁸⁸ PACTET, *De la réalisation de la novation*, RTD civ. 1975, p. 435, n° 11.

⁴⁸⁹ En sens contraire, voir T. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, op. cit., p.70, 748 : « Ces trois modes de novation peuvent, au surplus, se combiner et concourir pour opérer une seule novation d'obligation ».

380- Le problème vient, cependant des obligations synallagmatiques où chacune des parties a la double qualité de créancier et de débiteur. C'est d'ailleurs, pour démontrer l'impossibilité de novver une obligation dans un rapport synallagmatique que Eugène PETIT⁴⁹⁰ a soutenu cette thèse. On en donne l'exemple suivant :

Supposons que Paul, bailleur, ait consenti un bail à Jean, preneur. Paul est débiteur d'une obligation de faire puisqu'il doit mettre les lieux loués à la disposition de François et il est en même temps créancier du paiement des loyers. De son côté, Jean est débiteur des loyers et créancier d'une obligation de faire. Supposons maintenant que l'on veuille changer de créancier : le changement pourra indifféremment porter sur Jean ou sur Paul, qui sont l'un et l'autre créancier pour une obligation distincte et tout dépend, en somme, de l'obligation prise en considération. Bien entendu, le même raisonnement vaudrait en cas de changement de débiteur. Mieux, encore, si on change effectivement de créancier, c'est-à-dire si François est substitué à Jean, les mêmes obligations pèseront sur Paul, qui aura changé à la fois de créancier et de débiteur. De même, si Pierre remplace Paul, les mêmes obligations incomberont toujours à Jean, qui aura, lui aussi, changé à la fois de créancier et de débiteur. L'auteur écrit ainsi « *On peut donc dire que si l'obligation initiale provient d'une convention synallagmatique, et bien que le changement n'affecte que l'une des parties, le changement de débiteur accompagne nécessairement le changement de créancier, simplement parce qu'il suffit que l'une des parties soit remplacée pour que l'autre ait changé à la fois de créancier et de débiteur* »⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ L'auteur finira par conclure que la novation n'est possible que pour les obligations unilatérales.

La novation d'une obligation synallagmatique, selon PETIT, entraîne donc un changement à la fois de débiteur et de créancier, ce qui n'est pas conforme à la lecture que nous avons fait de l'article 1271 du code civil.

381- Seulement, et comme le rappelle un auteur : « *Comme on pouvait s'y attendre, la jurisprudence⁴⁹² a, en pratique, aisément résolu cette difficulté. Tout se passe, en effet, comme si des deux obligations - dette et créance- qui pèsent sur une même partie à une convention synallagmatique, l'une seulement était prise en considération parce que constituant l'obligation principale. Elle sera telle en fonction des circonstances de l'espèce, parce que c'est à propos de l'exécution de cette obligation que le litige survient, ou encore parce que son exécution est susceptible de soulever des difficultés aussi longtemps qu'elle dure alors qu'il n'en est pas de même, semble-t-il, pour l'autre obligation* »⁴⁹³. Ainsi, on ne peut changer qu'un élément de l'obligation dans le cadre d'une novation, l'interprétation a contrario de l'article 1271 relève que l'obligation novée doit se faire sur le lit de l'obligation initiale.

II / L'interprétation a contrario de l'article 1271

382- Cette démonstration qui a consisté à redonner à l'article 1271 son véritable sens en montrant que l'*aliquid novi* ne peut concerner qu'un élément de l'obligation, prouve que les rédacteurs du code civil n'ont pas voulu, *a contrario*, que l'obligation novée soit totalement incompatible avec l'obligation initiale. Aussi, l'exigence

⁴⁹¹ CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, op. cit., n° 49, p. 657.

⁴⁹² Cass. soc. 6 janvier 1960, Bull. IV, n° 7, p. 6 – Cass. civ. 3^{ième} 15 février 1967, Bull. III, n° 197, p. 188.

⁴⁹³ CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, op. cit., n° 50, p. 658 ; Dans le même sens, voir Ph. SIMLER, Jur. civ. Op. cit. p. 6.

d'un seul *aliquid novi* par la façon dont l'article 1271 est rédigé a-t-il un corollaire qui est le rejet de l'incompatibilité totale entre l'obligation novée et l'obligation initiale et l'existence d'éléments de rattachement de l'obligation novée à l'obligation initiale.

Paragraphe deuxième / Comme la modification, la novation suppose des éléments de rattachement de l'obligation novée à l'obligation initiale

383- Si nous considérons la novation dans ses résultats, la comparaison entre l'obligation novée et l'obligation initiale va permettre de démontrer que la nouveauté de la première ne tient, en fait, qu'à un seul élément essentiel.

Aussi constate-t-on que la cause de l'obligation, quelle que soit la novation opérée, ne change pas.

De fait, qu'il s'agisse d'une novation par changement de créancier, par changement de débiteur ou par changement d'objet, l'opération nous révèle des éléments qui rattachent l'obligation novée à l'obligation initiale.

Ces éléments ne sont pas toujours les mêmes selon la manière dont la novation a été faite (I), à l'exception de la cause de l'obligation qui se maintient toujours en dépit de la modification substantielle ou novatrice et quelle que soit la novation opérée. L'absence de consécration de la novation par changement de cause de l'obligation n'est-elle pas, d'ailleurs, significative de la nécessité de son maintien dans l'esprit des rédacteurs du code civil (II).

I / Les éléments variables de rattachement de l'obligation novée à l'obligation initiale

384- *"La novation, nous dit JEAN BOULANGER⁴⁹⁴, est une opération juridique consistant à créer une obligation nouvelle en vue de remplacer une obligation ancienne qui disparaît. L'extinction de cette obligation résulte de la création de la nouvelle, mais comme les éléments de l'obligation ancienne ne disparaissent pas tous, il y a en réalité une transformation de l'obligation".*

Il ressort de cette définition que, dans les résultats pratiques de l'opération, l'obligation ancienne ne disparaît pas totalement, que les autres éléments de l'obligation ancienne se retrouvent dans l'obligation « nouvelle ». Peut-on alors réellement parler, respectivement, d'extinction totale et de nouveauté absolue des obligations ancienne et nouvelle?

385- Si l'obligation créée est totalement nouvelle, pourquoi parler d'élément nouveau? La nouveauté de l'obligation n'emporte-t-elle pas celle de tous ses éléments constitutifs?

Aussi parle-t-on souvent, lorsqu'il s'agit de novation par changement de personne, de nouveau créancier ou de nouveau débiteur. Or, dans tous ces cas, si l'obligation initiale est totalement éteinte, elle l'est dans tous ses éléments constitutifs. La nouveauté de l'obligation créée emporte alors nécessairement celle du débiteur ou du créancier "ancien".

⁴⁹⁴ JEAN BOULANGER, op. cit. p. 631.

En réalité, l'obligation novée, hormis l'introduction d'un élément nouveau, tire le reste de sa matière de l'obligation initiale. Il y a donc nécessairement quelque chose de commun entre les deux obligations et cela illustre parfaitement l'idée selon laquelle la novation est un changement dans la continuité⁴⁹⁵. Ce trait commun consiste dans la présence dans l'obligation novée d'éléments de l'obligation initiale. On en revient, d'ailleurs à ce qu'était la novation en droit romain, c'est-à-dire qu'elle transporte quelque chose de l'obligation initiale dans l'obligation novée⁴⁹⁶. Un auteur⁴⁹⁷ cite à ce propos POTHIER⁴⁹⁸ quand il écrit : « *pour que la novation s'opère, on exige que le contenu de l'ancienne obligation soit déduit dans la nouvelle* ».

386- Prenons l'exemple d'un contrat de prêt entre Jean, emprunteur, et Paul, le prêteur. Si une novation par changement de créancier est faite avec l'intervention d'une troisième personne, Jacques (nouveau créancier), qui remplace Paul (le créancier initial), la personne du débiteur, Jean, demeure la même de l'obligation initiale à l'obligation novée ainsi que l'objet de la dette qui subsiste en dépit du changement de créancier. On constate ainsi qu'il n'y a eu qu'un élément changé dans l'obligation. La nouveauté de l'obligation novée ne tient donc qu'à un seul élément, le créancier.

Si le schéma proposé concernait un changement de débiteur, les mêmes observations pourraient être présentées : le créancier demeure le même ainsi que l'objet de la dette. Seul le débiteur aura été changé.

⁴⁹⁵ MALAURIE et AYNES, op. cit., n° 1064 : « *Il faut que la nouveauté ne soit pas incompatible avec l'obligation ancienne : il y aurait création d'une obligation totalement nouvelle. La novation est un changement dans la continuité du lien juridique.* »

⁴⁹⁶ DUPPLESSIS, thèse précitée, p. 4.

⁴⁹⁷ DUPPLESSIS, thèse précitée, p. 6

⁴⁹⁸ POTHIER, pand. Inst., tit. De novat., n° XVI, note 5

La nouveauté de l'obligation novée ne tiendra ainsi également qu'au débiteur substitué.

Enfin, si la novation porte sur l'objet de la dette, le créancier et le débiteur demeurent les mêmes en dépit du changement intervenu. La seule nouveauté de l'obligation novée sera le nouvel objet.

387- L'analyse ainsi présentée offre l'avantage de voir de manière plus simple comment la novation, dans ses résultats, opère une modification substantielle de l'obligation. Elle permet surtout une exacte détermination de ce à quoi tient la nouveauté de l'obligation novée : Jean, l'emprunteur, devait rembourser Paul, il doit désormais rembourser Jacques, l'hésitation n'est pas permise. Il en irait de même s'il s'agissait d'une novation par changement de débiteur : si Jean est remplacé par Jacques, c'est ce dernier qui devient débiteur et seul débiteur comme Paul demeure l'unique créancier. S'il s'agit d'une novation par changement d'objet, la seule nouveauté sera le nouvel objet.

Cette analyse se fonde, comme on l'a vu, sur la rédaction de l'article 1271, qui sépare très nettement la novation par changement de créancier et la novation par changement de débiteur ainsi que la novation par changement d'objet, comme si elles ne pouvaient se cumuler. L'impossibilité du cumul a d'ailleurs pour corollaire le rejet de l'incompatibilité totale entre l'obligation novée et l'obligation initiale.

On peut aussi penser que, si les rédacteurs du code civil n'ont pas consacré la novation par changement de cause de l'obligation⁴⁹⁹, c'est parce qu'ils ont dû estimer que la cause pouvait constituer, en cas de novation, l'identité même du lien de droit.

II / La cause : élément de rattachement permanent de l'obligation novée à l'obligation initiale

388- Pour démontrer que la cause de l'obligation se maintient en dépit de la modification intervenue (A), faut-il d'abord montrer, contrairement à ceux qui affirment que la cause s'apprécie seulement à la formation de l'obligation, qu'elle est bien un élément permanent (B).

A/ La présence de la cause de l'obligation en cours d'exécution

389- Contrairement à une idée bien ancrée dans la tradition juridique française, la cause de l'obligation ne constitue pas qu'un élément simplement nécessaire à la formation du contrat. Elle est un élément de l'obligation, tout court, c'est-à-dire devant exister tant à sa naissance (1) que pendant son exécution (2).

1 / La cause élément de formation de l'obligation

390- Les développements du code civil sur la cause, aux articles 1131, 1132 et 1133, se situent à la quatrième section du chapitre

⁴⁹⁹ Rappelons que la prétendue novation par changement de cause, dont font allusion la doctrine et la jurisprudence, ne concerne pas la cause finale de l'obligation, mais la cause efficiente. D'ailleurs, même pour les cas de novation de cette dernière, il s'agit plus de substitution de contrats que de novation.

deuxième intitulé « Des conditions essentielles pour la validité des conventions ». L'article 1108 du code civil énumère d'ailleurs ces conditions essentielles qui sont au nombre de quatre et parmi lesquelles figure la cause.

De cette qualification au sein du code civil, ainsi que du titre même du chapitre, il a été déduit que la cause était un élément constitutif de l'obligation et n'était rien que cela. Il est vrai que le terme « validité » employé en l'espèce, ne présente pas vraiment d'ambiguïté sémantique. En effet, traditionnellement, une condition requise pour la validité d'une obligation contractuelle constitue une exigence de forme ou de fond à laquelle la loi subordonne, à peine de nullité, sa formation ou sa naissance⁵⁰⁰. Il est donc indéniable que la cause de l'obligation doit impérativement être présente et licite lors de la conclusion du contrat faute de quoi, l'obligation n'existe pas car un de ses éléments substantiels fait défaut.

Cette règle, dont la légitimité repose à la fois sur les termes des textes légaux et sur une logique élémentaire, a été rapidement admise de tous et ne peut souffrir aucune discussion sérieuse : la cause est donc un élément de formation de l'obligation dont l'existence est absolument nécessaire en ce moment-là.

De l'affirmation selon laquelle la cause est un élément constitutif à celle qu'elle n'est qu'un élément constitutif, il n'y a qu'un pas, qui a été aisément franchi. C'est ainsi qu'en se fondant sur cette première constatation incontestable, certains auteurs et une jurisprudence majoritaire avec eux en ont déduit cette règle différente,

⁵⁰⁰ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, op. cit. : le substantif « validité » vient du latin *validitas* (force, vigueur...).

plus restrictive pour la cause⁵⁰¹. Dès lors, sans véritable raison objective, on est passé d'une conception de la cause clairement établie à une situation nouvelle dont on peut s'interroger sur le fondement juridique et l'opportunité pratique.

391- En réalité, si on s'en tient strictement aux textes régissant la cause, on s'aperçoit qu'aucun terme ne permet d'en déduire une telle interprétation. De plus, il est *a fortiori* remarquable qu'il n'existe aucune disposition légale, dans le code civil ou ailleurs, interdisant de prendre en considération la cause de l'obligation pendant son exécution. Ainsi par le biais du raisonnement bien connu selon lequel « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* »⁵⁰², il peut être déduit la conclusion inverse de celle précédemment dégagée à savoir que, si la cause est officiellement reconnue comme élément constitutif de l'obligation, rien n'empêche qu'elle puisse occuper une place importante au-delà de la formation de l'obligation.

392- De cette potentialité pour la cause à élargir son influence pendant l'exécution de l'obligation, et l'on a démontré l'absence de toute prohibition légale en ce sens, on peut aller plus loin en lui reconnaissant véritablement un rôle accru.

2 / La cause, élément permanent de l'obligation

393- La cause doit s'apprécier à la formation de l'obligation contractuelle mais il paraît également nécessaire que sa présence

⁵⁰¹ J. MAURY, Rep. Civ. Dalloz, « Cause », n° 29 ; M-H MALEVILLE, « Lamy droit des contrat », 1999, n° 210-215, s'en font l'écho.

⁵⁰² J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand colin, 3^{ième} éd., n° 125, p. 121

perdre tout au long de l'exécution de l'obligation. D'ailleurs elle n'est pas le seul élément emprunt de ce dernier caractère.

Tel est, par exemple, le cas de l'objet de l'obligation qui doit impérativement exister lors de la conclusion du contrat puisqu'il forme « *la matière de l'engagement* »⁵⁰³. Une obligation qui n'aurait pas d'objet n'existerait pas car son exécution serait impossible puisque la chose sur laquelle elle porterait (« *chose qu'une partie s'oblige à donner [...] à faire ou ne pas faire* »⁵⁰⁴) n'existerait pas elle-même. L'objet intéresse la matière de l'obligation et si cette matière fait défaut, l'obligation n'a plus de raison d'être, peu important que l'on soit de la formation du contrat ou de celui de l'exécution.

394- L'article 1722 du code civil tire d'ailleurs parfaitement les conséquences de cet état de fait, dans le cadre particulier du contrat de louage de choses⁵⁰⁵. Selon ce texte, « *Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité ou par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement* ». Cet article bénéficie en réalité d'une application plus large en jurisprudence où il est admis l'extension de cette règle dans des cas où la destruction de la chose louée résulte de la faute de l'une des parties⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Il s'agit de l'expression même utilisée par l'article 1108 du code civil et celle employée à la section III de la même idée : « de l'objet et de la matière des contrats ».

⁵⁰⁴ Article 1126 du code civil

⁵⁰⁵ J. HUET, *Traité de droit civil, Contrat spéciaux, Les effets principaux*, LGDJ 1996, n° 21155 ; Cf sur la perte de l'objet, Cass. civ. 3^{ième}, 17 juin 1980, Bull. civ. III, n° 116, p. 86.

⁵⁰⁶ Cass. com., 8 octobre 1991, Bull. civ. IV, n° 278, p. 193.

395- Quoi qu'il en soit, l'article 1722 du code civil indique clairement que la disparition de la chose louée entraîne de plein droit la résiliation du contrat, c'est dire que la disparition de l'objet, en cours d'exécution du bail, implique de facto la cessation du contrat pour l'avenir, tout au moins. Le bailleur ne peut plus, en effet, mettre à la disposition du preneur une chose qui n'existe plus. Cette règle, d'une logique élémentaire, ne peut qu'être approuvée et démontre indiscutablement que l'objet de l'obligation doit exister dès la naissance de celle-ci et tout au long de son exécution malgré toutes les justifications théoriques contraires que l'on pourrait développer à l'appui d'une opinion inverse. De surcroît, deux précisions sont à apporter :

D'une part, il faut souligner que l'article 1722 du code civil va plus loin dans cette logique dans la mesure où il énonce que, « *selon les circonstances* », la disparition simplement partielle de l'objet peut entraîner la résiliation même du bail, ce qui signifie qu'une altération trop importante de l'objet d'une obligation prive celle-ci d'une partie d'un élément manifestement primordial au stade de l'exécution et que la poursuite du contrat, dans ces conditions, n'aurait pas de sens.

D'autre part, il est à noter également que la disparition de l'objet de l'obligation, au sens où l'entend cet article, ne concerne pas exclusivement la disparition matérielle de la chose louée. En effet, la jurisprudence a considéré qu'un concours de circonstances qui a pour conséquence d'altérer la chose au point que cette dernière ne puisse plus satisfaire à l'usage auquel elle était destinée, sans pour autant être détruite, peut être assimilé à une destruction totale de cette chose,

conformément à l'article 1722 du code civil⁵⁰⁷. Il en est de même lorsque le comportement d'une des parties, le bailleur le plus souvent, prive l'autre de la libre disposition de toute la chose⁵⁰⁸.

Ces précisions confirment donc l'importance que revêt l'objet de l'obligation, notamment en cours d'exécution.

396- La cause peut tout à fait répondre à une analyse semblable. Il est vrai qu'elle est habituellement présentée comme un élément constitutif de l'obligation. Or, comme l'objet, elle intéresse principalement la matière contractuelle dans la mesure où elle concerne les prestations réalisées dans un contrat et leurs consistances, il s'agit de la contrepartie. Il peut donc être tout à fait admis que la cause puisse constituer un élément de l'obligation dont la présence est indispensable au delà de la formation. En effet, sans entrer dans une démonstration exhaustive de cette idée, il est d'ores et déjà possible de poser cette règle en sachant qu'aucune disposition textuelle n'interdit *stricto sensu* l'admission d'une telle analyse de sorte qu'il a pu être considéré que certaines situations constituaient autant d'exemples abondant en ce sens.

397- C'est le cas notamment de la résolution pour inexécution dans le cadre du contrat synallagmatique⁵⁰⁹. En effet, lorsqu'une partie contractante n'exécute pas son obligation ou ne l'exécute que partiellement, pour quelque motif que ce soit, l'autre partie, qui a, de son côté, exécuté sa part du contrat, peut demander la résolution du

⁵⁰⁷ Cass. civ. 3^{ième}, 20 janvier 1981, Bull. civ. III, n° 15, p. 11 : le cas d'un incendie ayant rendu un immeuble impropre à sa destination d'hôtel sans pour autant l'avoir complètement détruit.

⁵⁰⁸ Cass. civ. 3^{ième}, 17 octobre 1968, Bull. civ. III, n° 383, p. 293 et Cass. civ. 1^{ière}, 5 juillet 1965, Bull. civ. I, n° 446, p. 333.

contrat conformément à l'article 1184 du code civil⁵¹⁰. Ainsi, selon HENRY CAPITANT⁵¹¹, cette règle peut s'expliquer par la cause car, d'après lui, dans ce type de contrat, toute obligation aurait pour cause l'exécution de l'obligation réciproque ou la perspective de cette exécution⁵¹². C'est la raison pour laquelle, en cours d'exécution du contrat, l'un des contractants peut voir son obligation (déjà exécutée) privée partiellement ou totalement de cause du fait de l'inexécution par l'autre partie de sa propre obligation et, de ce fait, son obligation manquant de cause, il est évident que le contrat ne peut plus être maintenu en l'état. Il doit donc être liquidé d'une manière ou d'une autre car un élément primordial le constituant, qui existait initialement, lui fait, à présent, défaut.

398- La résolution judiciaire du contrat n'est pas toutefois le seul exemple que l'on puisse citer dans lequel une influence de la cause de l'obligation pendant l'exécution du contrat est perceptible. Comme CAPITANT, on peut en voir d'autres illustrations dans l'exception d'inexécution ou *exceptio non adimpleti contractus*⁵¹³ ou, encore, dans la théorie des risques même si celle-ci n'est pas reconnue en tant que telle en droit privé tout au moins⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ B. FAGES et M.-H. MALEVILLE, Lamy droit des contrat, op. cit., n° 250-17 : « les hypothèses de la disparition de la cause, en cours d'exécution, sont réservées, de façon classique, aux contrats synallagmatiques ».

⁵¹⁰ « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement... »

⁵¹¹ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, op. cit., n° 13 et s., p. 42.

⁵¹² A. ROUAST, *A propos d'un livre sur la cause des obligations*, RTD. Civ. 1923, p. 395.

⁵¹³ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, op. cit., n° 123 et s., p. 266 et s. Pour une opinion opposée, voir, par exemple, J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, thèse, Paris 1970, préf. PIERRE RAYNAUD, n° 190 et s., p. 189 et s. .

⁵¹⁴ La théorie des risque est rejetée en droit privé depuis la célèbre affaire du « Canal de Craponne » : Civ., 6 mars 1876, D. P. 1876, I, p. 161. En revanche, cette même théorie a été admise en droit administratif à l'occasion de l'affaire dite « Sté d'éclairage Gaz de Bordeaux » : C.E., 30 mars 1916, D.P. 1916, 3, 25, et Sirey 1916, 3,17, note M. HAURIOU. Remarquons cependant que cette différence de solutions entre les deux ordres juridiques a évolué et, un examen de la jurisprudence judiciaire sur ce domaine nous montre que la « Société d'Eclairage de Gaz de Bordeaux » illumine de plus en plus de ses lumières le « Canal de Craponne ».

Il apparaît donc que l'exécution n'exerce aucune influence sur la cause de l'obligation qui, au delà de la formation, demeure la même. Voyons maintenant si cette cause se maintient en cas de novation de l'obligation.

B / Le maintien de la cause lors de la modification novatoire

399- Suivant l'hypothèse de départ, la cause apparaîtra comme une continuité de l'obligation initiale, si elle se maintient en dépit de la substitution de créancier, de débiteur ou de l'objet, c'est-à-dire en dépit d'une modification novatoire.

400- Lors de la modification novatoire, la cause reste identique. L'identité de l'obligation réside désormais dans sa cause. Or la cause de l'obligation du créancier ou du débiteur ne se définit nullement par rapport au débiteur ou au créancier ou encore par rapport à l'objet, mais en fonction d'une finalité établie de façon objective, propre au créancier ou au débiteur. La cause qui détermine chaque partie à s'obliger dans un contrat synallagmatique, nous dit CAPITANT, « *est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour* ». C'est donc les obligations nées d'un contrat synallagmatique qui vont nous servir d'exemple.

- D'abord, dans la novation par changement de débiteur, la cause doit être appréciée du côté du créancier. La cause, ici concernée, est la cause de l'engagement du créancier. Cette cause reste identique à elle-même malgré le changement de débiteur. Ce qui forme la cause de l'engagement du créancier, ce n'est pas la personne du débiteur, mais sa volonté d'obtenir l'exécution de l'obligation corrélative à son engagement. Or, c'est exactement cette volonté que

met en œuvre le créancier lorsqu'il accepte la modification du lien d'obligation.

Supposons, par exemple, que le débiteur, en cours d'exécution, a annoncé au créancier qu'il ne pourra pas lui-même exécuter l'obligation ou que l'exécution de l'objet promis est compromise. De fait, les parties prennent ainsi conscience de l'imperfection de leur obligation. La solution dont elles disposent alors est d'attendre le terme pour faire constater l'inexécution. Le sort du contrat est donc suspendu à l'échéance du terme et la sanction d'un contractant, en l'espèce, le débiteur, ne remplacera que rarement l'exécution escomptée de l'obligation.

Alors, plutôt que s'en tenir à une conception formelle du rapport d'obligation, qui la considère comme figée dès que conçue, pour ne plus s'en préoccuper qu'une fois le terme échu, lorsqu'il ne reste plus à la disposition des parties que le seul contentieux de l'inexécution, il est préférable pour le créancier d'accepter une modification de l'obligation, soit par changement de débiteur, soit par changement d'objet, de façon à déjouer les obstacles susceptibles d'entraver l'exécution. Cette modification s'inscrit, évidemment, dans la volonté du créancier d'obtenir l'exécution de l'obligation. Or c'est cette volonté d'obtenir l'exécution de l'obligation par le débiteur qui est la cause de l'obligation du créancier.

Le seul problème qui peut se poser, c'est lorsque la modification novatoire est faite par changement de débiteur. Certes, la personnalité du débiteur est peut-être primordiale car, ce n'est pas la même chose pour un créancier d'avoir tel ou tel débiteur. La ponctualité à payer dépend fortement de l'individu.

Seulement, cet obstacle est ici surmonté par le consentement du créancier au changement de débiteur. En plus, c'est la même prestation qui constitue la contrepartie de son engagement, qu'on promet d'exécuter. La seule différence, c'est qu'elle va être exécutée par une autre personne que le créancier a lui-même acceptée comme débiteur. Le remplacement du débiteur initial par un nouveau débiteur lui-même accepté par le créancier, n'influe aucunement sur l'identité de la cause de l'engagement de ce dernier. La personnalité du débiteur demeure donc détachée de la cause de l'obligation du créancier lorsque celui-ci consent à la novation. On imagine mal, d'ailleurs, une novation par changement de débiteur sans la consentement du créancier.

- Ensuite, dans la novation par changement de créancier, la cause est ici appréciée du côté du débiteur et, elle se maintient en dépit du changement de créancier. La cause de l'obligation du débiteur, c'est la volonté d'obtenir l'exécution par le créancier d'une prestation autre, mais corrélatrice à l'obligation novée. La modification novatoire de l'obligation dont le créancier, ici changé, est titulaire, n'a rien à voir avec l'obligation dont l'exécution constitue la cause de l'engagement du débiteur, si ce n'est la corrélation qui existe entre elles. Le créancier substitué reçoit simplement le paiement. Il faut mais il suffit qu'il existe, peu importe à cet égard sa qualité. Quant au créancier ancien, il reste tenu de l'obligation dont l'exécution est la cause de l'engagement du débiteur.

La disparition du créancier de l'obligation que doit exécuter le débiteur n'influe donc sur la cause de l'engagement du débiteur qui tient dans l'exécution d'une obligation autre que celle de l'obligation novée.

La cause de l'obligation du débiteur se maintient donc lors de la modification novatrice par changement de créancier.

- Enfin, la novation par changement d'objet n'a aussi aucune influence sur la cause des engagements respectifs du débiteur et du créancier. Ce n'est pas la chose objet de l'obligation qui importe pour le créancier ou le débiteur mais l'engagement d'exécuter offert par l'autre. Aussi si l'identité de l'obligation, rappelons le, réside désormais sur sa cause, l'objet des obligations n'influe pas sur elle. De la sorte, la novation par changement d'objet n'entraînerait pas la disparition de la cause qui reste intacte et inchangée. Le but pour lequel le contrat a été conclu reste intact : l'exécution de l'obligation.

401- Cependant, un auteur, M. GHOZI, a affirmé l'interdépendance qu'il y'aurait entre la cause et l'objet, la disparition de l'un pouvant entraîner la disparition de l'autre. L'auteur écrit : *« c'est ainsi que la notion de cause, pour permettre l'exercice de sa fonction de contrôle, appréhende ceux des motifs de la volonté qui ont été déterminants ; elle exprime l'acte, elle est sa raison d'être, tandis que l'objet en révèle le contenu, l'économie. Ces deux notions sont étroitement liées : l'objet est l'appréhension matérielle de la volonté, la cause est l'objet situé, l'objet voulu. L'objet joue donc un rôle instrumentale par rapport à la cause, il lui est subordonné parce qu'il en permet la « satisfaction » par l'opération juridique qu'on appelle le paiement »*⁵¹⁵.

L'auteur conclut : *« l'objet pourra changer tant qu'il ne compromet pas « ce qui justifie l'existence de l'obligation », tant qu'il permet la réalisation de ce qui est contenu dans la cause »*.

A l'appui de cette thèse, M. GHOZI donne l'exemple suivant :
« si la cause de l'achat d'une automobile par un V.R.P. tient dans la possibilité d'exercer sa profession, il faudrait que l'objet remplisse les conditions ad hoc, c'est-à-dire qu'il soit conforme à la destination que la cause suppose. A ce moment là seulement, il aura pour le créancier une valeur satisfaisante et pourra éteindre le rapport juridique. Sinon, il serait « objet inutile », sans valeur pour permettre la création d'une obligation véritable. L'objet doit donc avoir nécessairement une valeur satisfaisante de la cause ».

402- Ce contre-argument, bien que séduisant ne convainc pas.

D'abord, la cause dont parle M. GHOZI n'est pas la cause de l'obligation mais la cause du contrat c'est-à-dire la cause subjective qui traduit les motifs variant d'un contractant à l'autre. Or, traditionnellement, l'idée de cause subjective est, en principe, rejetée par les auteurs⁵¹⁶ et, dans une moindre mesure par la jurisprudence⁵¹⁷. On estime, en effet, que le droit n'a pas à s'immiscer dans les motivations subjectives qui peuvent revêtir un caractère personnel et qui, en raison de leur nature même, sont très variables d'une personne à l'autre. Il apparaît donc dangereux, d'introduire un élément aussi instable que celui prenant en compte les mobiles qui ont pu animer une partie lors de la conclusion de l'accord⁵¹⁸.

⁵¹⁵ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, op. cit., n° 60 p. 30.

⁵¹⁶ V. DEFOSSEZ, *Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations*, RTD civ., 1985, p.521.

⁵¹⁷ Req. 2 février, 1853, D.P. 1853, 1, 57 ; Civ. 2^{ème}, 2 janvier 1979, Bull. civ., II, n° 10, p. 7, JCP, éd. G, 1979, IV, 88 et RTD civ. 1980, p. 343, Obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

⁵¹⁸ Néanmoins, l'expérience a enseigné que la réalité ne pouvait pas être aussi rigide qu'un refus pure et simple de la cause subjective. C'est pourquoi, dans un certain nombre de cas, la jurisprudence a admis non seulement la notion de cause du contrat, mais lui a également reconnu une certaine valeur juridique : Req. 1^{er} avril 1895, D.P. 1895, 1, p. 263 ; Civ. 27 déc. 1945, Gaz. Pal. 1946, 1, p. 88 ; Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, Dalloz 1998, Jur., p. 563, concl. J. SAINTE-ROSE - Dalloz 1999, som., p. 110, obs. Ph. DELEBECQUE - Defrénois 1998, art. 36895, n° 138, obs. D. MAZEAUD - JCP 1998, II,

Ensuite, parce que cette thèse demande pour le juge une tâche supplémentaire et compliquée puisqu'il impose de sonder l'intention des parties.

10202, note M.H. MALEVILLE, Dalloz aff. 1998, 1772, note J. FRANCOIS – Gaz. Pal. 5 et 6 avril 2000, jur., som., p. 26, note F. CHABAS.

Toutefois, cette prise en compte de la cause subjective ne répond pas à une logique de pure opportunité mais elle s'inscrit dans une démarche plus réfléchie et structurée.

SECTION 2 / LES CARACTERES SPECIFIQUES DE LA NOVATION

403- La spécificité de la novation par rapport à la modification simple tient d'abord à ce que *l'aliquid novi* doit concerner un élément essentiel de l'obligation, ensuite en ce que la novation suppose un *animus novandi*

Paragraphe premier / Dans la novation, l'aliquid novi doit concerner un élément essentiel de l'obligation

404- L'exigence d'un élément nouveau est indiquée par l'appellation même de l'institution. Encore, faut-il que cet élément nouveau ait une certaine consistance pour que l'opération ne se confonde pas avec la modification simple. La qualification de novation est donc directement dépendante de ce caractère.

« Lorsque la novation se fait avec l'intervention d'un nouveau débiteur ou d'un nouveau créancier, la différence de créancier ou de débiteur est une différence suffisante pour rendre la novation utile, sans qu'il soit nécessaire qu'il en intervienne d'autre ». Cette phrase de Pothier⁵¹⁹ montre clairement que le débiteur et le créancier tiennent une place essentielle dans la structure de l'obligation, qu'ils constituent des éléments essentiels de celle-ci.

⁵¹⁹ POTHIER, *Traité Des Obligations*, Paris : Debure, tome 2, 1768, p. 517

Lorsque *l'aliquid novi* se rapporte alors à l'une des parties à l'obligation, débiteur ou créancier, le changement est assurément substantiel et peut, en soi, être constitutif d'une novation, pourvu, cependant, que l'on ne soit pas en présence d'un mécanisme translatif de créance. L'hésitation porte alors sur la nature juridique de l'opération réalisée.

Une analyse précise de l'importance de la nouveauté s'est, en revanche imposée⁵²⁰, dans le cadre de la novation par changement de dette. Il est, en effet, indispensable, si on veut comprendre la novation comme un notion autonome, de la distinguer de la modification simple.

Il n'y a novation que si que si *l'aliquid novi* se rapporte à un élément essentiel constitutif de l'obligation. Or les autres éléments constitutifs de l'obligation, hormis les parties, sont l'objet et la cause. Ne relèvent pas, par conséquent, du concept de novation les conventions qui ne portent pas changement de l'objet ou de la cause⁵²¹ de l'obligation. C'est aussi pourquoi les simples modifications de l'obligation initiale ne sont pas des novations si elles n'affectent pas ses éléments essentiels constitutifs.

Paragraphe deuxième / La novation suppose un animus novandi

405- C'est sur la volonté des parties que repose la novation. C'est *l'animus novandi* de cette volonté qui fait, suivant les cas, que l'obligation novée soit formée sur le lit l'obligation initiale.

⁵²⁰ Section 2 du chapitre premier du titre deuxième de la première partie

L'importance de cette condition tient, en fait, au lien de causalité qui est établi entre l'extinction de celle-ci et la création d'une obligation novée.

406- En ces temps de dirigisme contractuel et de déclin du consensualisme, la novation peut donc susciter l'intérêt en ce qu'elle consacre l'omnipotence de la volonté des parties qui peuvent décider de modifier l'obligation qui les lie.

Il importe de chercher la signification de *l'animus novandi* (I), avant de voir son expression (II).

I / La signification de *l'animus novandi*

407- Issue de la commune volonté des parties, la convention novatoire ne pourra bénéficier de l'autorité conférée par l'article 1134 du code civil que si l'existence et la conformité des éléments de l'article 1108 du même code sont vérifiés. Mais la seule réunion de ces conditions seraient insuffisante car la qualification de novation dépend aussi de l'accomplissement d'une autre condition : *l'animus novandi* ou la volonté de nover.

Il faut donc situer *l'animus novandi* par rapport à la convention novatoire dont il est distinct⁵²² (A), avant de voir son rôle (B).

⁵²¹ On ne parle ici de la cause que pour rappeler. Nous avons déjà étudié l'impossibilité d'une telle novation.

⁵²² CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, op. cit, n° 23, p. 451

A / Distinction entre l'*animus novandi* et la convention novatoire

408- La novation comporte deux éléments volontaristes qui doivent être distingués : il y a d'une part, l'accord de volonté, qui traduit la convention novatoire et qui opère à la fois la modification substantielle de l'obligation et naissance de l'obligation novée et d'autre part, *l'animus novandi* qui relie cette obligation à l'obligation initiale en exprimant l'intention des parties d'éteindre l'obligation originaire et de lui substituer une obligation novée de manière simultanée et indissociable.

409- La novation résulte toujours d'une convention entre toutes les parties intéressées⁵²³. Cette convention est de type classique, justiciable des dispositions des articles 1108 et suivants du code civil. Il traduit le consentement des parties originaires et éventuellement des parties nouvelles à l'extinction de l'obligation initiale et à la création de l'« obligation nouvelle ». L'accord de volonté se concrétise ainsi en une convention. Il s'agit donc d'un acte juridique.

On remarquera que ce consentement serait également nécessaire si l'on était dans le cadre de deux opérations séparées et indépendantes⁵²⁴. Autrement dit, si les parties voulaient, non pas nover, mais seulement éteindre leur obligation pour la remplacer par une autre sans rapport avec la première, leur accord de volontés serait aussi indispensable.

⁵²³ Sauf pour le cas de l'*expromissio*

⁵²⁴ CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, op. cit, n° 23, p. 451 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 4^{ième} éd. Par M. de JUGLART, t. II, vol. 1, n° 1213.

C'est d'ailleurs *l'animus novandi* qui permet de savoir si les parties ont voulu nover ou seulement passer d'une obligation à une autre sans rapport avec la première.

Aussi, ce n'est pas parce qu'un second débiteur accepte de s'engager aux côtés d'un premier débiteur envers un même créancier qu'il y a forcément novation par changement de débiteur. Au contraire, en l'absence d'intention de nover, c'est-à-dire, si la nouvelle obligation n'a pas été contractée, avec l'assentiment du créancier, pour éteindre la première, la qualification de novation devra être écartée et l'on devra conclure que les deux obligations se juxtaposent⁵²⁵.

410- En conséquence et comme le rappelle un auteur : « *C'est pourquoi, l'accord de volontés, s'il est certes indispensable à la novation, ne peut être considérée comme suffisant pour la réaliser dans tous ses éléments* »⁵²⁶. L'*animus novandi* représente l'élément supplémentaire qui va parfaire l'accord de volontés, en levant toute incertitude sur les intentions des parties. L'article 1273 du code civil est à cet égard décisif lorsqu'il dispose que non seulement la novation ne se présume pas mais encore que la volonté de l'opérer doit clairement résulter de l'acte.

411- Ainsi, il n'y a novation que s'il y a, outre le consentement nécessaire à la convention proprement dite⁵²⁷, volonté claire des parties d'éteindre l'obligation initiale tout en créant une nouvelle de

⁵²⁵ J. FRANCOIS, Droit civil, tome 4, *Les Obligations « Régime général »*, op. cit., n° 99, p. 84

⁵²⁶ CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, op. cit., n° 23, p. 451

⁵²⁷ A. BENABENT, Droit civil, *Les obligations*, 9^{ième} éd., op. cit., n°830, p.559 : « *il faut évidemment un accord entre les parties pour procéder à ce remplacement de l'ancienne obligation par une nouvelle : la novation résulte donc toujours d'une convention, entre toutes les parties intéressées* ». L'auteur sépare, d'ailleurs, l'étude de la convention novatoire de celle de *l'animus novandi*.

manière simultanée et indissociable. Ainsi apparaît le rôle capital de *l'animus novandi* qui, en assurant l'unité de la novation, permet la modification d'un élément substantiel.

B / Le rôle de *l'animus novandi*

410- Lorsque le créancier accepte la modification novatoire de l'obligation qui le lie au débiteur, il accepte aussi le procédé d'extinction inhérente à l'opération. Est-ce pour autant qu'il ait consenti à une renonciation de sa créance ?

Nous ne le pensons pas.

1 / *L'animus novandi* n'exprime pas une renonciation du créancier à sa créance

412- Certaines manifestations de volonté se rapprochent de la renonciation en ce qu'elles semblent traduire une renonciation du créancier à son droit initial. Le créancier renonce à obtenir satisfaction de son obligation initiale. C'est le cas dans la dation en paiement où il accepte en paiement un autre objet que celui initialement prévu, de la compensation où le paiement s'opère grâce à l'existence de créances réciproques et surtout de la novation.

413- S'il est clair, cependant, que par la dation en paiement et la compensation, le créancier, loin de renoncer à obtenir satisfaction, recherche au contraire l'accomplissement de la prestation qu'il attend, par des moyens différents de ceux prévus au départ, la novation pose des problèmes différents. A l'opposé de ce qui se produit dans le paiement, l'obligation initiale ne disparaît pas de façon absolue, elle est la cause d'une obligation novée qui diffère de

l'autre par un élément essentiel. La novation suppose, en effet, l'extinction d'une obligation ancienne, la création d'une « nouvelle » et un lien entre les deux, appelé *animus novandi*.

Si cet *animus novandi* fait défaut, il y a soit juxtaposition de deux obligations, soit extinction et création, mais sans lien entre les deux. Dans le premier cas, il n'est évidemment pas question de renonciation. Dans le second cas, le titulaire y renonce : l'opération s'analyse en une remise de dette suivie d'un nouveau contrat.

Mais la novation, qui ne se présume pas, réalise une situation intermédiaire : si le créancier abandonne la possibilité de recevoir paiement, c'est en contrepartie de la création d'une « obligation nouvelle » qui constitue la cause de l'extinction. Il n'y a donc pas à proprement parler renonciation, l'obligation éteinte se trouvant immédiatement et directement remplacée dans le patrimoine du créancier. La renonciation n'est pas donc de l'essence de la novation.

414- Dés lors, pourquoi cette règle parallèle suivant laquelle, comme la renonciation, la novation ne se présume pas ?

On pourrait tenter une explication de cette règle par la disparition des sûretés qui garantissaient l'obligation initiale.

Seulement, le créancier peut exiger le report de ces sûretés sur l'obligation novée, ce qui ne change en rien la nature de l'opération qui reste une novation. On voit bien alors qu'il y a novation sans renonciation.

L'explication la plus plausible tient au fait que l'intention de nover se confond parfois avec l'intention de renoncer. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un contrat de bail comporte une clause interdisant au locataire de céder son bail. Si le bailleur accepte de recevoir les loyers d'un cessionnaire au nom duquel il rédige les quittances, c'est qu'il ratifie l'accord intervenu en dépit de l'interdiction. Il y a bien en l'espèce novation par changement de débiteur et en même temps renonciation à se prévaloir de la violation d'une obligation contractuelle par le premier locataire. Dés lors, et surtout si la volonté se manifeste tacitement, il y a lieu d'interpréter avec la même prudence le comportement considéré comme volonté de nover ou volonté de renoncer.

L'*animus novandi* n'a donc pas pour rôle d'exprimer une quelconque renonciation du créancier à sa créance. Il a plutôt pour rôle, non seulement d'assurer l'unité de l'opération, mais aussi de faire de l'« obligation nouvelle » une obligation novée.

2/ L'*animus novandi* assure l'unité de l'opération

415- Le fait qu'on démontre qu'une obligation nouvelle a été créée ne démontre pas en lui-même, que les parties aient voulu nover l'obligation initiale. Elles ont pu vouloir juxtaposer l'une à l'autre, ajouter la nouvelle à l'ancienne. Pour qu'il y ait novation les parties doivent avoir l'intention de nover. L'intention de nover est la volonté d'éteindre l'obligation initiale, de créer une « obligation nouvelle » mais différente seulement par un élément essentiel, et de lier indissociablement les deux opérations qui se servent mutuellement de cause. La novation est donc une opération juridique complexe, puisqu'il faut éteindre une obligation initiale pour en créer une

obligation novée. Son unité ne peut être assurée que par un élément volontaire qui en lie les éléments composants.

416- L'intention de nover suppose alors une triple démonstration dont les composantes ne sont pas, en fait, dissociées. Il faut, à la fois, la volonté d'éteindre l'obligation initiale, sinon il y aurait deux obligations successivement créées ; la volonté de faire naître une « obligation nouvelle » différente de la première par un élément essentiel, faute de quoi il ne se produirait qu'une reconnaissance de l'obligation existante ; la volonté de lier les deux opérations, en l'absence de laquelle aucune novation n'est possible.

L'animus novandi assure ainsi l'unité de l'opération, qui se présente pourtant sous la forme de deux obligations successives, revêtant toutes les formes de l'indépendance réciproque la plus complète.

Ce n'est aussi que par *l'animus novandi* que les parties peuvent passer d'une obligation initiale à une obligation novée.

II / La preuve de *l'animus novandi*

417- L'intention de nover a un caractère déterminant qui justifie la règle posée par l'article 1273 du code civil : « La novation ne se présume pas ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. ». C'est la spécificité du mécanisme de la novation qui a conduit à formuler spécialement cette exigence, alors que la nécessité d'une intention existe pour tout acte juridique⁵²⁸.

Ainsi, sans aller jusqu'à imposer une formule sacramentelle (A), le législateur exige une intention certaine dont l'établissement pose des difficultés particulières de preuve (B).

A / L'expression de l'intention de nover

418- La novation est un mécanisme dont les effets peuvent être dangereux pour le créancier. C'est pourquoi la novation ne se présume pas.

La formule de l'article 1273 est, cependant, plus nuancée qu'elle n'y paraît.

419- D'un côté, lorsque cet article dispose : « la novation ne se présume pas », il faut en déduire deux principes :

- Qu' « *aucun changement, aussi important soit-il, ne saurait être considéré comme étant automatiquement intrinsèquement novatoire* »⁵²⁹. Il n'y a donc aucun fait qui par lui seul entraîne nécessairement novation⁵³⁰. Pour qu'elle existe, il faut qu'en dehors du changement substantiel apporté dans l'obligation initiale apparaisse la volonté des parties de l'éteindre pour la remplacer par une obligation novée.

⁵²⁸ J. L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, Les obligations, « Le rapport d'obligation », éd. Armand Colin 1999, n° 426.

⁵²⁹ J. FRANCOIS, *Les obligations, Régime général*, op. cit., n° 100, p. 85.

⁵³⁰ Cass. com, 3 juin 1969, Bull. civ., IV, n° 206, p. 199. La cour de cassation casse un arrêt de la cour d'Appel d' Amiens qui avait fondée la novation sur la seule transformation d'une obligation commerciale en une obligation civile, sans établir que les parties avaient l'intention de nover : « *Pour décider qu'un acte a substitué, par novation, à une ancienne obligation commerciale, une nouvelle obligation de nature civile, les juges du fond ne peuvent se borner à retenir que la créance originaire a été transformé en prête par cet acte, qu'à celui-ci est intervenu, en qualité d'emprunteur solidaire, le conjoint du débiteur, et qu'enfin les parties à l'acte ont assorti d'une sûreté la créance antérieure* ».

Le seul problème tient dans la constatation que les parties songent très rarement à exprimer formellement leur intention de nover, de sorte que : si le changement n'est pas essentiel, il y a lieu d'écarter *de plano* toute novation faute d'*aliquid novi*, et de supposer qu'elles ont seulement voulu opérer une modification simple de leur engagement⁵³¹ ; si le changement est essentiel, et la novation ne se présument pas, il y a lieu de ne pas supposer la novation.

- Qu'une attitude passive ne saurait révéler une intention de nover. Une telle attitude est, semble t-il, équivoque et peut laisser planer le doute⁵³². C'est ainsi, par exemple, que la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 22 mai 1984, que le fait d'accepter des paiements non réactualisés en dépit d'une clause d'indexation ne suffit pas à caractériser la novation.

Mais, la question se pose surtout en matière de novation par changement de débiteur⁵³³. Il y a lieu ainsi d'admettre que, si le créancier a seulement accepté l'obligation d'un nouveau débiteur, il n'aura nullement voulu libérer le premier. Aussi, la jurisprudence témoigne-t-elle d'une incontestable réticence à permettre qu'un débiteur se dégage librement, sans l'accord de son créancier, des

⁵³¹ La jurisprudence n'admet pas qu'une modification d'un élément accessoire de l'obligation puisse être regardée comme une novation, même si les parties ont clairement exprimé leur intention de nover. En ce sens voir, Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 1967, D. 1969, p. 321, note Goma. Egalement, Cass. civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, D. 1998, note Ch. Caron ; RTD civ. 1998, p. 377, obs. J. Mestre ; Defrénois 1998, art. 36753, n° 19, obs. Ph. Delebecque.

⁵³² G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *Les Obligations « Le régime »*, op. cit., n° 421 : « *En principe, la jurisprudence considère comme équivoque l'abstention pure et simple, celle qui ne s'accompagne d'aucun autre élément propre à conforter la novation* »

⁵³³ La jurisprudence se montre plus exigeante en matière de novation par changement de débiteur qui suppose une manifestation caractérisée de la volonté du créancier de libérer le débiteur initial. Par exemple, Cass. Com., 12 février 2002, www.legisfrance.gouv.fr, n° du pourvoi: 99-18728: « *Attendu qu'en statuant ainsi alors que la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il entendait décharger le débiteur originaire de sa dette, la cour a violé le texte susvisé* ».

engagements qu'il avait préalablement souscrits envers lui⁵³⁴. Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 13 février 1991⁵³⁵ semble opportunément marquer cette réticence :

Un locataire d'immeuble s'était engagé à ne pas sous-louer les lieux, mais un tiers les avait en fait occupés et, l'immeuble ayant été vendu, l'acquéreur poursuivait la résiliation de bail contre le locataire en se prévalant de la violation contractuelle. Mais sans résultat devant les juges du fond, qui observèrent le propriétaire initial ayant personnellement perçu des loyers du tiers et lui ayant adressé une lettre mentionnant qu'il occupait les lieux et lui demandant d'y laisser pénétrer le futur acquéreur avec un géomètre pour les mesurer, il avait accepté par novation ce tiers comme locataire. Leur décision est censurée par la haute Cour car, « en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions par lesquelles M.E (l'acquéreur) faisait valoir que les quittances de loyers avaient toujours été établies au nom de M. G. (le locataire), ce qui impliquait l'absence d'une novation, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé.

Cette jurisprudence est constamment rappelée par la Cour de cassation comme en témoigne un arrêt de la chambre commerciale du 12 février 2002⁵³⁶ qui a cassé un arrêt de la 5^{ième} chambre civile de la cour d'appel de Paris qui avait retenu que la facturation des loyers à une société dont le débiteur initial s'est substitué, et la mise en œuvre

⁵³⁴ Cass. com., 30 octobre 1962, Bull. civ., III, n° 430, p. 354 : « *Le fait d'accepter des paiements faits par un tiers n'est pas de nature à lui seul à établir une novation en l'absence de toute manifestation de volonté du créancier de libérer son débiteur* » - Voir aussi, Cass. com., 31 janvier 1983, Bull. civ., n° 44, p. 34 : « *En décidant qu'il y avait eu novation par changement de débiteur et qu'une banque n'était plus créancière du cédant d'un droit au bail tout en constatant que la banque était restée étrangère à la cession de ce droit et que le compte du cédant n'avait pas été apuré, alors que l'intention de novaver ne se présume point, qu'elle doit être non équivoque et résulter clairement des faits et actes intervenus entre les parties, une cour d'appel a violé l'article 1273 du code civil* » .

⁵³⁵ Cass. 3^{ème} civ., 13 février 1991, Rev. jurispr. dr. aff., avril 1991, n° 275 . Voir également, Cass. 12 décembre 1995, JCP 1996. IV. 303

de la clause de résiliation à l'encontre de cette seule société constituaient autant d'actes d'acceptation par le créancier d'une novation par changement de débiteur : « *Attendu* » dit la chambre commerciale « *qu'en statuant ainsi, alors que la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire de sa dette, la cour a violé le texte susvisé* ».

L'*animus novandi* doit donc être claire, c'est-à-dire caractérisé sans équivoque, ni ambiguïté, car tout doute dans sa constatation doit empêcher de la retenir. A ce sujet, les propos de POTHIER conservent toute leur pertinence : « *il suffit que, de quelque manière que ce soit, sa volonté de faire novation paraisse si évidente, qu'elle ne puisse être révoquée en doute* »⁵³⁷. En d'autres termes, le simple doute dans l'existence d'un *animus novandi* chasserait toute novation.

420- D'un autre côté, lorsque l'article 1373 rajoute immédiatement après cette première formule « il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte », il faut en déduire aussi qu'il n'exige nullement une formule expresse de *l'animus novandi*, et encore moins l'utilisation de formules sacramentelles comme celle, précisément, de novation. La volonté de nover, dit cet article, doit résulter de l'acte (c'est-à-dire l'opération voulue par les parties, le *negocium*). Il n'implique donc aucune manifestation explicite de la volonté d'opérer novation.

Lorsqu'on rapproche l'article 1273 avec l'article 1275 qui, à propos de la délégation, dispose que celle-ci n'opère point novation si

⁵³⁶ Cass. Com., 12 février 2002, www.legisfrance.gouv.fr, n° de pourvoi 99-18728.

le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur⁵³⁸, on voit bien que cette interprétation est conforme, par déduction, à l'esprit des rédacteurs du code civil. Aussi, une jurisprudence constante réaffirme-t-elle qu'il n'est pas besoin que la novation soit exprimée en termes formels⁵³⁹.

L'intention de nover peut donc être expresse. Mais elle peut également être tacite dès lors qu'elle n'est pas, ce faisant, équivoque, comme le rappelle un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 janvier 1991⁵⁴⁰ :

Le 8 décembre, la société Diesel énergie avait commandé à la société Felix Piard des pièces destinées à la fabrication de chariots électroniques de golf, et il avait été convenu que l'amortissement de l'outillage nécessaire à la fabrication des pièces serait répercuté sur l'acheteur et réparti sur l'ensemble des livraisons, celle de la commande initiale devant être faite à la société Cadd'x. Or, à partir de 1984, les commandes furent passées par cette société et lui furent facturées. Mais, celle-ci ayant été mise en règlement judiciaire, la société Piard assigna finalement la société Diesel en paiement du solde de l'amortissement de l'outillage. Sans succès devant les juges du fond, dont la décision, retenant la novation par changement de débiteur, a cette fois obtenu l'adhésion de la Cour de cassation : *« attendu que l'arrêt relève que la société Piard a reçu, le 5 janvier 1984, de la société Cadd'x un « avis exprès de changement de*

⁵³⁷ POTHIER, Traité des obligations, op. cit., n° 74.

⁵³⁸ Cass. com., 12 décembre 1995, Bull. civ., IV, n° 294, p. 271 : *« La seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire de sa dette ».*

⁵³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 26 novembre 1968, Bull. civ., I, n° 298, p. 225 : *« Si la novation ne se présume pas, il n'est pas nécessaire que l'intention des parties soit exprimée en termes formels, il suffit qu'elle soit certaine ».*

débiteur » et qu'elle n'a formulé en retour aucune réserve ; que, bien au contraire, elle a, après cette date, établi durant deux années un contact exclusif avec la société Cadd'x, à qui elle a adressé les factures en son nom, les livraisons, et dont elle a reçu de nombreux paiements en conformité avec ce que la société avait demandé ; qu'ayant considéré, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que ce comportement de la société Piard manifestait clairement sa volonté d'opérer une novation par changement de débiteur, la cour d'appel, qui ne s'est pas bornée à relever une attitude purement passive du créancier, a légalement justifié sa décision ».

Elle peut résulter aussi bien des stipulations de l'acte que des éléments extrinsèques tirés des faits et actes intervenus entre les parties⁵⁴¹. Seulement, son établissement dans ces derniers cas peut poser des difficultés particulières.

B / Le régime de la preuve de l'*animus novandi*

421- Les exigences légales en matière de preuve paraissent procéder de l'article 1273 qui prescrit que la novation ne soit pas présumée, mais qu'elle résulte clairement de l'acte. Il faut observer que ce texte semble conjuguer étroitement l'accord de volonté sur la convention novatoire et *l'animus novandi*. Or, en réalité, l'article 1273 du code civil pose moins une règle de preuve qu'une règle de procédure⁵⁴². La question d'interprétation est d'autant plus évidente que le texte implique que la preuve de l'accord de volonté sur la

⁵⁴⁰ Cass. com., 29 janvier 1991, Rev. jurispr. dr. aff., avril 1991, n° 276.

⁵⁴¹ J. FRANCOIS, Les obligations, *Régime général*, op. cit., n° 100, p. 85.

⁵⁴² CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, op. cit., n° 28

convention novatoire ne soit pas un problème mais qu'il subsiste une incertitude sur *l'animus novandi*.

Il faut donc éviter de confondre la preuve de la convention novatoire et celle de *l'animus novandi*.

En effet, ce n'est qu'après avoir établi que les conditions relatives aux obligations ont bien été observées et que le changement opéré est une modification substantielle, que le débiteur doit aussi et surtout établir que les parties intéressées ont manifesté leur intention de nover. La première exigence ne pose aucun problème lorsque le changement porte sur une des parties à l'obligation, ce changement étant sûrement substantiel ; elle est, en revanche, plus controversée, rappelons-le, lorsque le changement concerne la dette elle-même⁵⁴³. Mais si nous retenons le critère de *l'aliquid novi*, lorsqu'il s'agit d'une novation par changement de la dette, proposé plutôt⁵⁴⁴, ce qui semble être la conception jurisprudentielle, il n'y aura pas besoin d'établir *l'animus novandi* que si cet *aliquid novi* concerne un élément substantiel de l'obligation. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le changement ne concerne qu'un élément accessoire de l'obligation, il faut renoncer à établir *l'animus novandi* car l'opération sera analysée en une modification simple⁵⁴⁵.

La preuve doit donc porter à la fois sur l'existence d'un accord de volonté ayant éteint l'obligation initiale et créé l'obligation novée

⁵⁴³ Sur la distinction entre la novation par changement de la dette et la modification simple voir, section 1 du chapitre premier du titre deuxième de la première partie.

⁵⁴⁴ Paragraphe deuxième de la même section 1 du chapitre deuxième du titre premier de la première partie.

⁵⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 30 novembre 1967, précit. : « quelle que soit l'intention des parties, une modification dans le montant de la dette ne suffit pas à caractériser la novation.

et sur l'existence d'une intention de nover rattachant l'une à l'autre des deux obligations.

422- De fait, la preuve de l'intention de nover n'est pas la preuve de la novation elle-même.

On peut invoquer à l'appui de cette distinction PACTET lorsqu'il écrit : « *L'accord de volontés se concrétise, on le sait, en une convention. Il s'agit donc d'un acte juridique, pour lequel aucune forme solennelle n'est d'ailleurs exigée, mais qui n'en est pas moins justiciables, en tant que tel, des dispositions de l'article 1341 du code civil sur la préconstitution de la preuve écrites pour les créances dépassant un certain montant. En d'autres termes, le consentement à l'extinction de l'obligation originaire comme le consentement à la création de l'obligation nouvelle doivent être établit, comme il est de règle en pareil cas, par écrit si les obligations en cause excèdent le montant fixé par l'article 1341... L'animus novandi, pour sa part, ne s'analyse certainement pas en un acte juridique puisqu'il s'applique au consentement donné par les parties non pas à la création ou à l'extinction d'une obligation, mais à la substitution de l'obligation nouvelle à l'obligation initiale. L'intention de nover ne soulève donc que des problèmes de fait, qui ne sont pas justiciables des dispositions de l'article 1341 et dont la preuve doit pouvoir être établie par tout moyen sans exclure aucun. Certes, l'article 1273, qui traite de la volonté de nover, dispose qu'elle doit résulter clairement « de l'acte ». Mais, il n'est pas douteux que cet article vise, à travers l'acte au sens formel, l'opération juridique. Il y a donc entre la preuve de l'accord de volontés et la preuve de l'animus novandi une différence certaine »⁵⁴⁶.*

⁵⁴⁶ CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, p. cit., n° 27.

Cette façon de voir est partagée par H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS : « *La preuve de l'existence de l'acte invoqué doit être faite par les procédés de preuves des actes juridiques. L'article 1273 C. civ., en affirmant « la novation ne se présume pas ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte », pose une règle d'interprétation et non de preuve : la rédaction du texte suppose que la preuve de l'acte n'est pas en question ; les parties discutent seulement sur la portée de cet acte, sur leur intention : ont-ils eu l'animus novandi ?... ».*

La jurisprudence, quant à elle, semble également faire cette distinction. C'est ainsi que la Chambre des requêtes, dans un arrêt du 28 décembre 1908, affirmait que « *si, aux termes de l'article 1273 du code civil, la novation ne se présume pas et son existence résultant de la volonté de l'opérer doit être prouvée, la loi ne l'assujettit à aucun mode spécial de preuve ; que dès lors, elle reste soumise aux règles de droit commun et peut être prouvée à l'aide de simples présomptions accompagnées d'un commencement de preuve par écrit ».*

L'article 1273 du code civil traite donc essentiellement de l'intention de nover.

422- Cette distinction entre la preuve de *l'animus novandi* et celle de l'accord de volontés sur la convention novatoire doit, par ailleurs, être faite même si, comme l'affirme PACTET lui-même : « *on ne doit pas exagérer cette différence sur le plan pratique car bien souvent la preuve de l'animus novandi sera produite en même temps et par les mêmes moyens que l'accord de volontés. En effet, l'extinction de l'obligation initiale, la création de l'obligation nouvelle, le remplacement de l'une par l'autre, constituent, par hypothèse, des*

*opérations étroitement imbriquées. C'est pourquoi, fréquemment, l'accord de volonté et l'animus novandi seront également établis par la production d'un commencement de preuve par écrit accompagné de présomptions. »*⁵⁴⁷.

Quoiqu'il en soit, il reste vrai que *l'animus novandi* peut être induit des circonstances de fait ou de l'attitude des parties, ce qui ne saurait être le cas de l'accord sur la convention novatoire. Pourtant, ce n'est pas pour autant que la preuve de *l'animus novandi* est plus aisée sur le plan judiciaire.

1 / Administration et appréciation de la preuve de l'animus novandi

423- La preuve de *l'animus novandi*, qui est celle d'un fait juridique, peut être faite par tous moyens⁵⁴⁸. Elle se fait suivant le droit commun. Il en résulte que l'établissement de l'intention de nover n'est assujetti à aucun mode spécial de preuve, ni besoin d'un écrit⁵⁴⁹. Seulement, si l'intention de nover est inscrite dans une convention écrite, cela facilite la tâche des juges.

424- Il appartient à la partie qui invoque une intention de nover d'en apporter la preuve⁵⁵⁰. Ceci est une application du principe général selon lequel si un fait ou un acte juridique est invoqué en justice, c'est à celui qui l'invoque d'en apporter la preuve. C'est ce que dit

⁵⁴⁷ CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, p. cit., n° 27.

⁵⁴⁸ Cass.crim., 18 janvier 1972, D. 1972, somm. p. 63 ; RTD civ. 1972, p. 394, obs. Loussouarn - Cass. 1^{ère} civ., 28 novembre 1995, RTD civ. 1995, p. 618, obs. J. Mestre.

⁵⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1974, Bull. civ., I, n° 93.

⁵⁵⁰ Cass. Soc., 4 novembre 1971, Bull. civ., V, n° 623, p. 530 : « Dés lors qu'un employeur de personnel domestique acquittait les cotisations sur la base du tarif forfaitaire, C'est à l'U.R.S.S.A.F. qui soutient qu'il a opté ultérieurement pour le régime des cotisations assises sur le salaire réel qu'il appartient de rapporter la preuve de la novation ainsi alléguée ».

expressément l'article 1315 du code civil : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Cette exigence de l'article est renforcée en matière de novation comme l'écrit un auteur : « *Les tribunaux appliquent d'autant plus fermement la règle générale de l'article 1315 qu'en matière de novation elle se trouve encore renforcée par les dispositions de l'article 1273, qui implique, on le sait, une participation positive de la partie intéressé. Cette participation est si nécessaire qu' « ...une simple allégation assortie d'aucune preuve... » est vouée à l'échec, les juges du fond n'étant pas tenu d'y répondre spécialement* »⁵⁵¹.

Lorsque la preuve de *l'animus novandi* n'est pas rapportée, on présume soit que deux obligations, sans lien entre elles, ont été l'une éteinte, l'autre créée, soit que deux obligations ont été successivement créées et subsistent toutes les deux.

Il faut donc que la partie qui invoque l'existence d'une intention de nover fournisse au moins un véritable commencement de preuve, pour le soumettre à l'appréciation du juge.

425- D'ailleurs, s'agissant de cette appréciation, la liberté du juge est grande. Il peut, en effet, interpréter l'intention des parties, l'induire des circonstances de l'affaire, la relever non seulement dans l'analyse du texte de l'acte mais aussi dans le contexte⁵⁵², l'appréhender à travers l'attitude du créancier ou du débiteur ou

⁵⁵¹ CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, p. cit., n° 30 : l'auteur cite trois arrêts de la Cour de cassation relative à cette exigence : Cass. soc., 4 novembre 1971, Bull. civ., V, n° 623, p. 530 ; Cass. 3^{ème} ch. Civ., 20 décembre 1971, Bull. civ., III, n° 643, p. 459. ; Cass. com., 5 novembre 1971, Bull. civ., IV, n° 264, p. 247.

⁵⁵² F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1434, p. 1320.

encore des faits et actes intervenus entre eux⁵⁵³. L'appréciation de l'intention de nover relève donc du pouvoir souverain des juges du fond. Mais la Cour de cassation vérifie que ces derniers ont bien tiré les conséquences légales de leurs constatations.

2 / Le contrôle de l'appréciation par le juge de *l'animus novandi*

426- Le fait que la preuve de l'intention de nover puisse être rapportée par tous moyens et recherchée dans les faits de la cause, induit que son appréciation soit laissée au pouvoir souverain des juges du fond.

Ce pouvoir souverain des juges du fond est constamment réaffirmé par la Cour de cassation.

C'est ainsi que dans un arrêt du 21 décembre 1959 elle décidait que *« on ne saurait décider que la transformation d'une rente viagère en usufruit d'un titre en rente sur l'Etat constitue une novation par changement d'objet et de débiteur, exonérant le débirentier du paiement de la rente dans l'avenir, et évitant à celui-ci de subir les majorations prévues par la loi, dès lors que les juges du fond ont relevé souverainement que rien ne révélait l'intention de nover... »*⁵⁵⁴.

Elle en a décidé de même dans une autre affaire, relative aussi, à une rente consentie moyennant l'aliénation d'un immeuble, lui-même revendu par le débirentier, et où on invoquait une novation par

⁵⁵³ Cass. 3^{ème} civ., 5 février 1971, Bull. civ., III, n° 83, p. 60 : *« N'est pas légalement justifiée la décision qui ne relève aucun des éléments constitutifs de la novation, et ne recherche pas les faits et actes d'où résulterait de façon certaine la volonté de nover »*. Pour d'autres illustrations, voir : Cass. com., 19 mars 1979, Bull. civ., IV, n° 105 - JCP éd. G. 1979, IV, 183 ; Cass. com., 31 janvier 1983, D. inf. Rap., p. 184 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 février 1986, Bull. civ., I, n° 26 ; Cass. com., 14 octobre 1997, RTD civ. 1998, p. 377, Obs. Mestre.

⁵⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 21 décembre 1959, Bull. civ., I, n° 549, p. 449.

changement de débiteur : « *il appartient aux juges du fait d'apprécier souverainement sur ce point l'intention novatoire des parties* »⁵⁵⁵ ; également dans un arrêt du 25 mai 1976, elle réaffirme que : « *les juges du fond apprécient souverainement l'intention des parties de nover la convention qu'elles ont conclue* »⁵⁵⁶. Enfin, dans un arrêt du 21 avril 1982, elle décide que « *l'intention de nover par changement de débiteur est souverainement appréciée par les juges du fond* »⁵⁵⁷.

427- Cette compétence souveraine est constituée de deux procédés : « *elle comporte au premier chef la mission de déterminer dans chaque cas d'espèce s'il y a bien eu, d'après les preuves produites, volonté claire et commune des parties d'opérer la novation. Elle comporte même, dans des cas plus embarrassants, la faculté d'apprécier et d'interpréter les intentions des parties mais à la condition de ne pas dénaturer le sens et la portée des conventions passées entre les contractants* »⁵⁵⁸.

428- Ce pouvoir souverain des juges du fond n'empêche pas la Cour de cassation d'exercer son contrôle⁵⁵⁹. Ce dernier n'a lieu de s'exercer que pour vérifier si les circonstances, telles qu'elles ont été constatées et déterminées par les premiers juges, répondent aux conditions légales de la novation et s'ils en ont déduit de justes conséquences. Autrement dit, la Cour de cassation peut, dans le cadre de son contrôle, reprocher au juge de n'avoir pas tiré les conséquences

⁵⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1970, Bull. civ., I, n° 303, p. 249.

⁵⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1976, Bull. civ., I, n° 200, p. 159.

⁵⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 5 juin 1985, Bull. civ., I, n° 181, p. 164. ; pour une jurisprudence plus récente, voir : Cass. com., 12 mai 1992, D. 1992, somm. 409, obs. L. Aynès ; Cass. com., 14 octobre 1997, RJDA 1998, n° 15, p. 13 ; RTD civ. 1998, p. 377, obs. Mestre.

⁵⁵⁸ CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, p. cit., n° 31.

⁵⁵⁹ Cass. , 19 Août 1844, Sirey 1845, I, p. 38 : « ...la question de savoir si un acte a opéré novation n'est pas toujours une pure question de fait et d'appréciation abandonnée aux lumières des tribunaux ... »

logiques de leurs constatations⁵⁶⁰. C'est pourquoi, il est nécessaire aux juges du fond de caractériser *l'animus novandi* sous peine de censure.

⁵⁶⁰ Cass. com., 3 juin 1969, Bull. civ., IV, n° 206, p. 199.

Conclusion du chapitre

429- Il est vrai que le changement d'un élément essentiel de l'obligation n'est pas anodin car il nécessite l'extinction de cette obligation. Mais cette extinction, dans le cadre de la novation n'est qu'une composante dans une opération plus globale. Corrélativement à l'extinction, les parties doivent créer une obligation différente de la première par un élément essentiel.

L'extinction est-elle alors le caractère déterminant de la novation ou a-t-elle seulement un caractère accessoire ? Ou encore faut-il saisir l'opération dans sa globalité et dans sa finalité pour en déterminer sa nature juridique ?

En réalité, il y a modification substantielle d'une obligation bien plus qu'extinction. Il est, en effet, impossible de dissocier l'extinction de la première obligation et la création de la seconde. Une obligation n'est éteinte que pour naître sous une autre forme.

La novation, dans ses résultats apparaît donc essentiellement comme une technique de modification substantielle de l'obligation et rien ne s'oppose plus à une telle technique qui incarne pleinement le triomphe du consensualisme.

De fait, *« grâce au mécanisme de la novation, le droit des contrats donne aux parties contractantes le pouvoir fascinant de transcender la mort de l'obligation et de la ressusciter en lui faisant subir un véritable bain de jouvence ».*

Conclusion du titre

430- L'analyse comparative de la novation avec les modes d'extinction des obligations et avec le paiement a mis en évidence le fait qu'elle n'était ni un mode d'extinction, ni un paiement.

Quant à savoir si c'est à partir de la place qu'occupe la novation dans le code civil que sa nature juridique peut être déterminée, nous espérons aussi avoir montré que cette explication ne s'imposait pas.

L'on a, en revanche, abouti à une constatation qui isole la nature de la novation de ces institutions tout en permettant de pénétrer l'originalité de son mécanisme qui consiste en une modification substantielle de l'obligation.

On peut présenter la novation comme un procédé de modification d'un élément essentiel de l'obligation. Par son résultat, elle est une modification puisque au bout de l'opération nous obtenons une obligation novée dont la nouveauté ne tient qu'à un seul élément essentiel. Telle est certainement la finalité de la novation. Mais ce résultat n'est atteint qu'à travers une certaine technique qui consiste à éteindre l'obligation initiale pour en créer dans le même temps une autre dont la nouveauté ne tient qu'à un seul élément essentiel.

Cette constatation explique d'ailleurs l'unité de la novation dans son régime juridique.

TITRE DEUXIEME

L'UNITE DE LA NOVATION DANS SON REGIME JURIDIQUE

431- L'étude du régime juridique de la novation a pour but de montrer que la novation, quelle que sa forme, obéit à un même régime juridique.

Fruit de la volonté commune des parties, elle ne pourra bénéficier de l'autorité conférée par l'article 1134 du code civil que si les conditions générales sanctionnant toute convention sont réunies.

432- Une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes en vue de créer, modifier ou éteindre une obligation. La novation est une des espèces de convention dont le caractère est, à côté de la modification simple qui ne touche qu'aux éléments accessoires de l'obligation, de modifier l'obligation dans un de ses éléments essentiels.

Cependant, même si les conditions de validité de la novation sont marquées par l'idée de modification (CHAPITRE 1), le caractère substantiel de cette modification n'est pas neutre sur les effets qu'elle produit (CHAPITRE 2).

CHAPITRE PREMIER

LA VALIDITE DE LA NOVATION

433- La novation telle que l'envisage le code civil, résulte d'une convention. A ce titre, elle obéit au droit commun des actes juridiques. Sa validité exige que soient réunies les quatre conditions habituelles : consentement, capacité cause et objet.

S'agissant du consentement et de la capacité⁵⁶¹, elles n'appellent pas des développements car ne posant pas de problèmes particuliers.

Cause et objet, cependant, constituent des conditions qui exaltent des situations qui ne s'expliquent que par la spécificité de la novation : si l'obligation ancienne n'existe pas ou est nulle, la novation n'a pas de cause (SECTION 1); si l'obligation novée est nulle, la novation n'a pas d'objet (SECTION 2).

⁵⁶¹ La règle de l'article 1272 du code civil n'exigeant pas une capacité spéciale.

SECTION 1 : LA CAUSE DE LA NOVATION

434- La cause de la convention novatoire c'est, comme toujours, la raison d'être de l'opération. La question qu'on doit se poser est alors de savoir ce qui justifie la novation ?

On ne peut pas affirmer qu'il s'agit de l'obligation novée puisque c'est là l'objet de la novation. Ce qui justifie la novation, c'est la modification substantielle de l'obligation initiale. La novation serait donc dépourvue de cause si l'obligation initiale était inexistante ou nulle (Paragraphe premier)⁵⁶². Aussi, y'a-t-il des situations particulières où l'obligation initiale, sans être inexistant ou invalide, est affectée ou a une nature qui empêche qu'elle puisse être novée (paragraphe deuxième).

Paragraphe premier / **Existence et validité de l'obligation initiale**

435- Il ne peut y avoir novation que si l'obligation qu'il s'agit nover existe bien (I) et valablement (II).

⁵⁶² Le projet de code européen des obligations prévoit d'écarter cette spécificité de la novation en prescrivant dans l'article 130-5° que « l'invalidité du contrat originaire n'influe pas sur la validité du nouveau contrat, pas plus que l'invalidité du contrat novatif ou du deuxième contrat ne saurait déterminer un retour de validité du contrat originaire ». Or si ce trait caractéristique de la novation est supprimé, il n'y a plus de novation.

I / Existence de l'obligation initiale

436- La novation n'est possible que s'il existe une obligation initiale susceptible d'être novée. Cette nécessité, comme condition première de la novation, de l'existence de l'obligation initiale est unanimement affirmée⁵⁶³. Elle résulte de ce que la naissance de l'obligation « nouvelle » est subordonnée à l'extinction de l'obligation ancienne.

437- La liberté des conventions autorise, certes, les parties à créer toutes sortes d'obligations venant s'ajouter à une ancienne. L'inexistence de cette dernière ne constituerait, dans ce cas, en rien un obstacle. Seulement, dès lors que les parties ont entendu mettre en mouvement le concept de novation, elles sont censées avoir voulu lier indissolublement la naissance de l'obligation « nouvelle » à l'extinction de l'obligation initiale, de sorte que, si cette condition n'est pas remplie, c'est l'obligation « nouvelle » elle-même qui n'aurait pas pu naître.

438- Ainsi, ne pourrait-il y avoir novation si aucune obligation à nover n'avait pas pris naissance. Si, en revanche, une obligation avait pris naissance, elle est susceptible de novation dès l'instant de sa création. La durée de l'existence de l'obligation à nover est indifférente, pourvu qu'elle ait existé un instant de raison⁵⁶⁴.

⁵⁶³ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome IV, 6^{ème} éd., par BARTIN, § 324, p. 321 – PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, *Obligations*, Paris 1954, n° 1258, p. 644 à 666 – COLIN et CAPITANT, op. cit., n° 1523 – MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, *Droit civil, Les obligations « Le régime »*, 2^{ème} éd., tome 2, n° 411, p. 380 – B. STARK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les Obligations « Régime général »*, op. cit., n° 439, p. 253 – J.L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les Obligations « Le rapport d'obligation »*, op. cit., n° 418 – J. FRANCOIS, *Les Obligations « Régime général »*, op. cit., n° 97, p. 82 – F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les Obligations*, op. cit., n° 1430, p. 1316.

Il ne pourrait ainsi y avoir novation si l'obligation à nover était déjà éteinte au moment de la novation. La doctrine, presque unanimement, admet que, dans une telle hypothèse, il n'y a pas novation et que l'opération, dépourvue de cause ne peut produire aucun effet⁵⁶⁵.

C'est par exemple le cas, d'après BAUDRY-LACANTINERIE⁵⁶⁶, de la novation d'une obligation déjà éteinte par la perte fortuite de la chose. L'auteur affirme, cependant, que la novation reste possible si la perte de la chose, objet de l'obligation, laisse subsister chez le débiteur une obligation en vertu de l'article 1302 du code civil⁵⁶⁷. Il en est ainsi en particulier si la perte de la chose est imputable au débiteur : dans cette hypothèse, celui-ci n'est pas déchargé et son obligation est susceptible de novation⁵⁶⁸.

Si une obligation « nouvelle » est contractée en pleine connaissance de l'extinction effective de l'obligation initiale, rien ne s'oppose à son efficacité, mais sans que l'opération puisse être constitutive d'une novation.

La novation suppose donc l'existence d'une obligation initiale, mais aussi une validité de celle-ci.

⁵⁶⁴ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, op. cit., § 324, p. 321.

⁵⁶⁵ AUBRY et RAU, *ibidem* - J. FRANCOIS, *Les Obligations « Régime général »*, op. cit., n° 97, p. 82 - F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les Obligations*, op. cit., n° 1430, p. 1316.

⁵⁶⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., n° 1691

⁵⁶⁷ « Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors de commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdu sans la faute du débiteur et avant qu'il fût mis en demeure... ».

⁵⁶⁸ BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., n° 1691.

II / La validité de l'obligation initiale

439- Il ne suffit pas, pour réaliser une novation, qu'une obligation préexiste ; il faut encore qu'elle soit valable. La condition de la validité de l'obligation initiale est importante car elle est liée au mécanisme même de la modification novatoire. Les difficultés les plus fréquentes quant à l'obligation initiale sont d'ailleurs, le plus souvent, relatives à sa validité⁵⁶⁹. En effet, en raison de son effet rétroactif, la nullité de l'obligation initiale empêche qu'elle puisse être modifiée et fait obstacle à la naissance d'une obligation « nouvelle ». Le lien indissociable entre les deux phases créatrices et extinctive de la novation conduit à admettre que l'annulation de l'obligation préexistante emporte anéantissement de l'obligation novée. La solution est rattachée à la cause⁵⁷⁰ de l'obligation novée, c'est-à-dire que celle-ci n'existe que pour modifier substantiellement l'obligation initiale.

440- Pour la nullité absolue de l'obligation initiale, l'impossibilité d'une novation ne fait, en principe, aucun doute⁵⁷¹. On pourrait même assimiler l'obligation atteinte de nullité absolue, pour illicéité ou immoralité de sa cause ou de son objet, pour défaut d'une

⁵⁶⁹ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, op. cit., n° 1430, p. 1317.

⁵⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 1995, Bull. civ., I, n° 387 ; R. N. Defrénois 1996, art. 36272, p. 356, obs. DELEBEQUE, RTD civ. 1996, p. 619, obs. MESTRE. La Cour de cassation a ainsi jugé, s'agissant d'un prêt souscrit en remplacement d'un cautionnement, que viole les articles 1271 et 1131 du code civil l'arrêt qui condamne la caution au motif que la souscription du prêt avait eu pour effet de créer un engagement direct et personnel, dont la validité ne pouvait être affectée par celle de la sûreté personnelle, alors que, si cette dernière était nulle, la seconde obligation résultant d'un prêt se trouvait dépourvue de cause

⁵⁷¹ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, Les obligations « Régime général », op. cit., n° 533, p. 221 : « *Il faut donc une nullité absolue pour faire obstacle à la novation* ».

forme substantielle ou contrariété à l'ordre public, à une obligation inexistante⁵⁷².

441- Le seul problème peut venir de l'obligation annulable, c'est-à-dire l'obligation atteinte d'une nullité relative. Les auteurs discutent de la validité de la novation d'une obligation seulement annulable.

Il est évident qu'une obligation atteinte de nullité relative, mais confirmée par les parties, peut faire l'objet d'une novation. Il faut seulement que la confirmation⁵⁷³ intervienne avant la novation.

442- Que se passe-t-il, cependant, lorsque la novation est réalisée sur une obligation initiale annulable, c'est-à-dire lorsque la cause de nullité a subsisté au moment de la novation ? Faut-il admettre, dans ce cas, que l'action en nullité relative puisse être intentée ou, au contraire, la refuser ?

Certains auteurs⁵⁷⁴ affirment que si la nullité de l'obligation initiale n'était que relative, la novation peut être considérée comme

⁵⁷² PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VII, op. cit., n° 1258 – CH. PACTET, De la réalisation de la novation, op. cit., n° 14.

⁵⁷³ La confirmation est réglementée au titre III du livre III (Des preuves) par les articles 1338 à 1340 du code civil. « *La confirmation est l'acte juridique par lequel une personne qui peut demander la nullité d'un acte renonce à se prévaloir des vices dont celui-ci est entaché. Si cette personne était seule à pouvoir se prévaloir de cette nullité, le vice dont l'acte était atteint est couvert. L'acte est rétroactivement valable.* » (F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n°373, p. 367.

⁵⁷⁴ Par exemple, B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Les obligations « Régime général »*, op. cit., n° 533, p. 221 - aussi, H. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ, *Les obligations*, tome 2, Le régime, n° 411, p. 380 : « *Si l'obligation que l'on prétend nover est nulle ou annulable, elle ne peut, en principe, servir de base à une novation ; mais si la nullité était seulement relative, on pourrait admettre la novation en considérant que celle-ci implique d'abord une renonciation à la nullité, c'est-à-dire confirmation de l'obligation annulable, pourvu que les conditions de cette confirmation soient réunies* ».

l'ayant implicitement confirmé, dès lors que les conditions de la confirmation sont réunies.

D'autres considèrent que si la novation est réalisée avant toute confirmation, expresse ou tacite, et alors que l'action en nullité n'est pas prescrite, il faut admettre que cette action puisse être intentée. L'« obligation nouvelle » suivra alors le sort de l'obligation initiale : son existence sera affectée de la même précarité⁵⁷⁵. La réalisation de cette hypothèse suppose seulement que la cause de nullité subsiste au moment de la novation.

443- Cette dernière doctrine apporte cependant une limite tenant au consentement en pleine connaissance de cause ou non, de celui-là même qui pouvait agir en nullité du vice qui affectait l'obligation initiale⁵⁷⁶. Autrement dit, si celui qui pouvait agir en nullité consent à la novation en pleine connaissance de cause du vice qui affectait l'obligation initiale, la novation est alors l'occasion de confirmation de cette dernière. C'est ainsi qu'écrivent SIMLER, TERRE et LEQUETTE⁵⁷⁷ : « *Si la novation est intervenue en pleine connaissance du vice affectant l'obligation à éteindre et si le fait générateur de ce vice (incapacité, vice du consentement) n'existe plus, le nouvel accord des volontés peut précisément valoir confirmation, expresse ou*

⁵⁷⁵ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., n°1258 – F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1330, p. 1187 : « *Il importe peu que la nullité soit prononcée après la convention novatoire. Il est pareillement indifférent qu'il s'agisse d'une nullité absolue ou d'une nullité relative, sous la double réserve que la première peut être invoquée par tout intéressé (par exemple par le débiteur de la nouvelle obligation), alors que la seconde ne peut l'être que par celui que la règle méconnue protège et qu'elle est en outre susceptible de confirmation* ».

⁵⁷⁶ J. FRANCOIS, *Les Obligations « Régime général »*, op. cit., n° 97, p. 82 : « *Il importe peu que la nullité soit absolue ou relative, à ceci près que, dans ce dernier cas, la novation convenue en connaissance de cause par la partie protégée par la règle violée pourra valoir confirmation de l'obligation ancienne*

⁵⁷⁷ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1332, p. 11878

tacite, de l'obligation ancienne et, du même coup, validation de l'obligation nouvelle ».

C'est donc une confirmation tacite le plus souvent, mais certaine, au même titre que le serait l'exécution, dans les mêmes conditions, de l'obligation annulable⁵⁷⁸.

444- Cette doctrine doit être approuvée car, la seule novation de l'obligation affectée ne peut être traduite comme une renonciation par le titulaire de son action en nullité relative. En revanche, le consentement à la novation du titulaire de l'action en nullité et en pleine connaissance de cause du vice qui affecte l'obligation initiale, ne peut être qu'une renonciation à l'action en nullité et, par conséquent valoir confirmation. Il faut seulement démontrer qu'au moment de la novation, le contractant connaissait le vice. A défaut d'une telle connaissance du vice, la novation serait affectée de l'aléa qui affecte l'obligation initiale, c'est-à-dire à une éventuelle nullité. L'intention de confirmer doit résulter clairement des circonstances. Elle ne se présume pas.

Il faut donc qu'il y ait à la fois volonté de nover de la part des parties et volonté de confirmation de la part de la partie autorisée.

445- Il importe peu que l'obligation novée lie les mêmes parties ; hypothèse réservée cependant la novation par changement de débiteur qui est de nature à soulever quelques difficultés. Celle-ci, en effet, peut intervenir sans l'accord du débiteur initial. Si, par exemple,

⁵⁷⁸ On sait en effet que la confirmation tacite résulte, en l'absence de confirmation expresse, d'actes émanant du titulaire de l'action en nullité qui révèlent son intention non équivoque de renoncer à celle-ci. Elle est admise expressément par l'article 1338, alinéa 2, qui donne pour exemple l'exécution de l'obligation après l'époque où celle-ci pouvait être valablement confirmée.

c'est ce dernier qui est la partie autorisée à invoquer la nullité, le consentement à la novation et la connaissance du vice par le nouveau débiteur, ne valent pas confirmation. Ainsi le débiteur initial, qui n'est pas partie à la novation pourra toujours faire échouer l'opération en invoquant la nullité de l'obligation initiale. La novation ne pourra pas donc survivre à l'annulation de l'obligation initiale, prononcée à la demande du débiteur initial.

446- Finalement, que la nullité soit relative ou absolue, aucune novation n'est concevable, faute d'obligation à nover, si la nullité a été définitivement prononcée, les effets de la nullité étant dans les deux cas identiques.

Il est cependant des situations où l'obligation initiale, sans être nulle, voit néanmoins son efficacité plus ou moins gravement atteinte.

Paragraphe deuxième / Les cas particuliers de l'obligation prescrite et de l'obligation naturelle

447- Ces cas particuliers concernent principalement l'obligation naturelle et l'obligation prescrite. Cependant, pour cette dernière, on admet, en effet, que la prescription éteint l'obligation du point de vue juridique, mais laisse néanmoins subsister, le cas échéant, une obligation naturelle qui pourrait servir de cause à une obligation « nouvelle ». Les solutions relatives à la novation d'une obligation prescrite peuvent donc être rattachées à celles appliquées à l'obligation naturelle. En conséquence, nous n'étudierons dans cette rubrique que l'obligation naturelle.

448- Toute obligation juridiquement valable peut, en principe, faire l'objet d'une modification novatoire. On s'est cependant demandé si, une obligation naturelle n'était pas susceptible de novation, celle-ci ayant pour résultat de la transformer en une obligation civile.

On sait que l'engagement d'exécuter une obligation naturelle⁵⁷⁹, pris par celui sur qui elle pèse, la transforme en obligation civile. Dès lors faut-il voir dans cette transformation une novation au sens précis du terme et s'ensuit-il que l'obligation primitive pouvait être constituée par une obligation qui, antérieurement à la promesse d'exécuter, ne satisfait certainement pas aux conditions habituelles de validité des obligations et qui même n'avait aucune existence juridique ?

Pour qualifier la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile, doctrine et jurisprudence ont d'abord, l'une et l'autre, invoqué la figure de la novation, avant de se rendre compte de l'impropriété d'une telle qualification.

Il importe donc de retracer les différentes positions doctrinales (I) avant de voir l'évolution jurisprudentielle en la matière (II).

⁵⁷⁹ L'obligation naturelle se distingue de l'obligation civile en ce que le créancier ne peut forcer le débiteur à s'exécuter.

La notion d'obligation naturelle est peu précise. Le code ne contient aucune disposition générale sur les obligations naturelles. Il n'en a même pas indiqué les principaux cas. Deux textes seulement la concernent : l'article 1235, le seul où elles soient nommées, qui détermine leur principal, la validité du paiement ; l'art. 2012 al. 2, qui donne, en matière de cautionnement, une règle que l'on a expliquée par l'existence d'une telle obligation.

I / Les arguments doctrinaux

449- Il est admis, depuis une très longue date, que, si l'obligation naturelle n'est pas susceptible d'exécution forcée, l'engagement de l'exécuter, pris par le débiteur d'une telle obligation, est en revanche pleinement efficace du point de vue juridique. Des auteurs⁵⁸⁰ en déduisaient, traditionnellement, que l'obligation naturelle se trouvait alors novée en une obligation civile. Cette doctrine n'a pas résisté à « *l'influence d'une nouvelle conception de l'obligation naturelle, présentée comme un devoir moral ou de conscience et, en quelque sorte, détachée de l'obligation civile* »⁵⁸¹.

450- De fait, une majorité⁵⁸² de la doctrine a beaucoup évolué et se refuse à voir dans la transformation d'une obligation naturelle en une obligation civile, le résultat d'une novation. Plusieurs arguments sont formulés :

Le premier argument tient au fait qu'il n'y a aucune obligation à nover puisque l'obligation naturelle n'a pas d'existence juridique. Or l'existence juridique d'une obligation initiale à modifier substantiellement est une pièce essentielle du mécanisme de la novation.

⁵⁸⁰ AUBRY et RAU, Droit civil français, 6^{ème} éd., par BERTIN, tome 4, n° 324 - G. DEMOLOMBE, Cours du code Napoléon, tome XXVIII, n° 256 - BAUDRY LACANTINERIE et BARDE, Des Obligations, 3^{ème} éd., tome 3, n° 1694 - PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, 2^{ème} éd., tome 7, n° 1258 : « *Puisqu'on peut les (les obligations naturelles) acquitter volontairement, pourquoi ne pourrait-on les éteindre pour les remplacer par une obligation civile.*

⁵⁸¹ CH. PACTET, *De la réalisation de la novation*, op. cit., n° 19, p. 442.

⁵⁸² Par exemple, MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, Les obligations « Le Régime », op. cit., n° 411 - AUBERT, Répertoire civile, Dalloz, 2^{ème} éd., Voir Novation, n° 12 - J-J DUPEYROUX, Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit, in *Mélanges MAURY*, 1959, p. 321 et s. Voir cependant, D. VEAUX, Notarial Répertoire, V° Contrats et Obligations, fasc. 63 : « *Il y a quand même bien un phénomène de novation au sens large... : novation par changement de nature* ».

Le deuxième tient à l'absence d'*aliquid novi* dans l'obligation prétendue novée puisque celle-ci a le même objet et les mêmes parties.

Enfin, cette prétendue novation ne rend pas compte de l'intention du débiteur qui entend seulement s'engager à exécuter une obligation naturelle antérieure, et non de l'éteindre pour en créer une nouvelle différente.

La qualification de novation était donc inappropriée puisqu'elle implique l'extinction d'une première obligation et la création corrélative d'une seconde différente seulement par un élément substantiel ; mais encore faut-il que cette première obligation produise un effet obligatoire, faute de quoi, on ne constate que la création d'une obligation⁵⁸³.

Le recours à la novation était inutile puisqu'on est en présence d'un engagement unilatéral qui a pour seule particularité de faire accéder à l'efficacité juridique une obligation morale préexistante. C'est d'ailleurs la qualification d'engagement unilatéral que retiendra la jurisprudence après plusieurs années de flottement.

II / Une jurisprudence désormais réconciliée

451- La jurisprudence n'a pas toujours eu une attitude uniforme. Si la thèse de la novation est ancienne en doctrine, la Cour de cassation avait du se garder de succomber à cette facilité. Elle employait les termes moins spécifiquement juridiques, mais plus justes, de « transformation »⁵⁸⁴ ou « conversion »⁵⁸⁵.

⁵⁸³ R. LIBCHABER, note sous Cass. 1^{ère} civ. 10 octobre 1995, D. 1996, p. 120.

⁵⁸⁴ La cour de cassation se bornait à évoquer « ...la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile » : Cass. civ. 4 mai 1948, G. P., 1948, II., 40.

La Cour de cassation va cependant, curieusement, abandonner cette prudence pour prendre le relais des auteurs au moment où ceux-ci cessaient d'admettre la possibilité d'une novation de l'obligation naturelle. Depuis de nombreuses décisions de la Cour de cassation ont eu recours à la novation pour qualifier l'engagement d'exécuter une obligation naturelle⁵⁸⁶.

Il en a été ainsi, par exemple, pour l'engagement pris par un ex-mari envers son épouse, après divorce, de lui verser volontairement une pension alimentaire⁵⁸⁷ ; de même pour l'engagement, non prouvé en l'espèce, pris par un employeur d'assurer à un employé divers avantages pendant sa retraite en raisons de services exceptionnelles rendus par lui⁵⁸⁸.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation n'était pas, en revanche constante. En effet, à l'instar de l'attitude ancienne de la Haute Cour, certains arrêts ont continué à employer prudemment les termes de « transformation » et de « conversion » de l'obligation naturelle en obligation civile⁵⁸⁹.

Dans un arrêt récent du 10 octobre 1995⁵⁹⁰, la Haute Cour paraît vouloir renoncer à toute référence à la figure de la novation, en

⁵⁸⁵ La cour de cassation constatait aussi cette obligation naturelle « *avait été convertie par la volonté libre et spontanée de son auteur en une obligation civile* » : Cass. civ. 15 janvier 1873, Sirey 1873. I. 29.

⁵⁸⁶ Par exemple, Cass. civ., 9 juillet 1935, DH. 1935, p. 444. – Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1987, Bull. civ., I, n° 224 ; D. 1987, *Inf. rap.*, p. 180.

⁵⁸⁷ Cass. 2^{ème} civ. 24 juin 1971, Bull. civ., II, n° 234 : En l'espèce, la femme n'ayant pu faire état que de versements reçus pendant plusieurs années, et non d'un engagement véritable, la preuve de la novation a été considérée comme non rapportée.

⁵⁸⁸ Cass. soc., 16 avril 1969, Bull. civ., V, n° 236.

⁵⁸⁹ Voir, par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 9 novembre 1954, JCP, éd. G, 1955, II, n° 8516 ; Dalloz 1955, p. 48 - Cass. 1^{ère} civ., 27 décembre 1963 : Bull. civ., I, n° 573.

⁵⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995

retenant la qualification, déjà proposée par la doctrine, d'engagement unilatéral. Les faits étaient les suivants :

Un amateur de courses de chevaux, M. Frata, faisait valider ses tickets de PMU par M. Onofrio, un collègue de bureau aux horaires de travail plus souples. L'un de ces billets, préalablement réécrit par ce dernier avec modification par lui de la combinaison jouée, devait d'ailleurs permettre à M. Frata de remporter la somme de 1 495 777 FF, à l'occasion d'une course hippique qui s'est déroulée le 8 janvier 1991 à Cagnes-sur-Mer. M. Onofrio lui demanda le versement du dixième des gains, en exécution d'une convention prétendument passée avec tous les collègues de bureau aux termes de laquelle, pour rémunération de ses services, M. Onofrio recevrait une part sur les gains de jeu. M. Frata avait décidé de s'exécuter avant de revenir sur cet engagement. D'où l'action en justice de M. Onofrio.

La Cour d'appel de Metz, par un arrêt du 7 octobre 1993, confirme le jugement de première instance qui avait vu dans l'engagement de Frata une novation d'obligation naturelle en obligation civile.

Rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Metz, la Cour suprême décide que « *la transformation – improprement qualifiée de novation – d'une obligation naturelle en une obligation civile, laquelle repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à celle-ci* ».

Par cet arrêt, la Haute Cour se réconcilie avec une doctrine majoritairement hostile à la qualification de novation lorsque qu'une

obligation naturelle est transformée en une obligation civile. Loin d'être une simple réminiscence du passé, la survie du rejet de la qualification de novation traduit au contraire sa part de justesse. Cette solution met fin à une période d'hésitation. Elle est encore beaucoup plus conforme au droit tant le mécanisme de la novation était inapproprié⁵⁹¹.

Quant à la qualification d'engagement unilatéral ici donnée par la Cour de cassation, elle semble être une consécration d'une institution qui manquait jusque là d'efficacité en droit français⁵⁹². Nous regrettons cependant de ne pouvoir aller plus loin sur cette question qui n'est pas l'objet de notre étude ; aussi nous bornerons nous à constater que le débordement de son cadre initial dont la notion de novation avait fait l'objet dans le régime de l'obligation naturelle, relève du passé. La qualification énoncée par les hauts magistrats exprime désormais l'état du droit positif. On ne peut donc que se réjouir de ce retour à la normalité.

⁵⁹¹ G. PIGNARRE, note sous Cass. 1^{ère} civ. 10 octobre 1995, D. juris., n° 9, p. 156.

⁵⁹² C'est aussi le triomphe des thèses qui fondent la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile sur l'engagement unilatéral volonté. Voir spécialement, M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, thèse Paris, Sirey 1957, p. 151-192.

SECTION 2 : L'OBJET DE LA NOVATION

452- L'objet de la novation, c'est l'obligation novée, c'est-à-dire le lien de droit modifié que les parties entendent établir. La novation étant une convention qu'on adjoint à une première qu'elle modifie, la nullité qui sanctionne le manquement aux conditions de validité a normalement un effet rétroactif qui pose le problème de la survie ou non de l'obligation initiale (Paragraphe premier).

Ce problème de la survie de l'obligation initiale peut aussi resurgir lors de sanctions, autres que celles de la validité, relatives à l'exécution de la convention novatoire : il s'agit des conséquences de l'impossibilité d'exécution de l'obligation novée et de la résolution de la convention novatoire (Paragraphe deuxième).

Paragraphe premier / Les conséquences de la nullité de la novation

453- La nullité de la convention novatoire ne soulèverait pas de difficultés particulières si cet acte disposait d'une pleine autonomie. Issue de la commune volonté des parties, celui-ci relèverait purement et simplement du droit commun. Mais le fait que la convention novatoire soit une convention modifiant un état de droit antérieur auquel elle est liée, conduit à préciser les effets de sa nullité.

En principe, la nullité rétroagit et remet les parties dans l'état de droit où elles étaient antérieurement à la convention novatoire. Mais une partie de la doctrine admet une exception à ce schéma classique, dans l'hypothèse où le vice qui a entraîné la nullité de la

convention novatoire est du fait ou était su du créancier. C'est pourquoi nous présenterons le principe de la sanction de la nullité en la matière (I), avant de voir si l'exception préconisée peut être fondée (II).

I/ Le principe : la survie de l'obligation initiale

454- L'obligation novée, issue de la convention novatoire, trouve sa cause dans l'extinction de l'obligation initiale et l'extinction de l'obligation initiale trouve aussi sa cause dans la création par la convention novatoire d'une obligation novée. La conséquence qui en découle constitue l'un des traits caractéristiques de la novation : la nullité de la convention novatoire, et par conséquent celle de l'obligation novée, anéantit la novation elle-même, de sorte que l'obligation initiale, censée n'avoir jamais été éteinte, revit. C'est dire que l'extinction de l'obligation initiale est indissolublement liée à la naissance de l'obligation novée. Si l'obligation novée est frappée de nullité, elle est rétroactivement anéantie. Tout doit donc se passer comme si elle n'était jamais née. Il ne peut donc y avoir novation et l'obligation initiale survit automatiquement.

455- La jurisprudence, constante en la matière⁵⁹³, a maintes fois réaffirmé que si l'obligation novée est nulle, il n'y a pas novation et que, par conséquent, l'obligation initiale subsiste.

Dans un arrêt du 30 avril 1975, la Cour de cassation a censuré un arrêt de la cour d'appel de d'Agen, qui avait constaté la nullité

⁵⁹³ Cass. civ., 14 mars 1939, Gaz. Pal., 1939, 1, p. 763 ; RTD civ. 1939, p. 772, obs. Mazeaud ; RTDciv. 1940, p. 102, obs. Savatier – Cass. 3^{ème} civ., 28 novembre 1969, Bull. civ., III, n° 784 - Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 1975, Bull. civ., I, n° 228 ; JCP 1975, éd. G., IV, p. 287 - Cass. 3^{ème} civ., 12 février 1986, Bull. civ., III, n° 9 ; Gaz. Pal. 1986, 1, juris., p. 91 - Cass. com., 4 février 1992, Bull. civ., IV, n° 60 ; D. 1992, somm. p. 408, obs Penneau.

d'une convention novatoire pour insanité d'esprit sans en déduire les conséquences de la survie de l'obligation initiale qui avait fait l'objet de novation : « *La novation, dit la Cour de cassation, suppose le remplacement de l'ancienne obligation par une nouvelle et si la convention novatoire est annulée, la première obligation reprend toute sa force. A violé l'art. 1271 du C. civ. l'arrêt qui, ayant annulé pour cause d'insanité d'esprit de la bailleresse, l'acte ayant substitué une location à deux baux antérieurs, a refusé de déduire de cette annulation la survivance des baux antérieurs* »⁵⁹⁴.

Plus récemment, dans un arrêt du 7 novembre 1995, la Cour de cassation a également jugé en rappelant le principe de la survie de l'obligation initiale⁵⁹⁵.

456- La différence de régime juridique entre la nullité relative et la nullité absolue ne change rien au principe. Dans l'un et l'autre cas, la nullité ne peut résulter que d'une décision de justice, de sorte que la novation produit tous ses effets tant que la nullité n'a pas été demandée et prononcée. Cependant, si la nullité est prononcée, les effets sont identiques dans les deux hypothèses : la novation est tenue pour non avenue et l'obligation initiale reprend toute sa force.

457- La seule limite qui existe entre les deux hypothèses, c'est que les parties peuvent, lorsqu'il s'agit d'une nullité relative, sauver la convention novatoire en la confirmant. Dans ce dernier cas, l'obligation initiale ne subsiste pas.

⁵⁹⁴ Cass. 3^{ème} civ., 30 avril 1975, Bull. civ., III, n° 148 ; Gaz. Pal., 1975. 2. 587, note A. Planqueel ; RTDciv. 1975, p. 707, obs. Loussouarn.

⁵⁹⁵ Cass. soc., 7 novembre 1995, Juris-Data n°003072.

Le principe de la subsistance de l'obligation initiale en cas de nullité de la convention novatoire est donc appliqué avec une constance sans faille. Reste qu'une partie de la doctrine, mais aussi de la jurisprudence jusqu'à plus récemment, voulait admettre une exception, que nous allons voir, infondée.

II/ Le cas particulier de la nullité résultant d'un dol ou d'une violence imputable au créancier

458- Le créancier coupable d'un dol ou d'une violence ayant conduit à l'annulation de la convention peut-il prétendre au bénéfice de la survie de l'obligation initiale ?

Face à une doctrine controversée sur la réponse à cette question (A), la jurisprudence, après une période de tergiversation semble répondre par l'affirmative (B).

A / Une doctrine controversée

459- Selon une première doctrine, lorsque la convention novatoire, et par conséquent l'obligation novée, est annulée par le fait d'un vice imputable au créancier, il n'y a aucune raison que l'obligation initiale ne survive.

C'est ainsi qu'écrivent AUBRY et RAU : « *si la nouvelle obligation venait à être annulée pour cause d'erreur, de violence ou de dol, la novation serait elle-même à considérer comme non avenue...à moins que l'annulation de la nouvelle obligation n'eût été*

prononcée en raison d'un fait imputable au créancier lui-même, auquel cas la novation continuerait d'exister »⁵⁹⁶.

Cette thèse est approuvée par BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE qui écrivent : « *il se peut que le créancier, connaissant le vice de la nouvelle obligation, ait eu néanmoins l'intention de la substituer définitivement à l'ancienne(...). Une pareille convention a un caractère aléatoire, et, le cas échéant, la première demeure éteinte, nonobstant l'annulation ou la rescision de la seconde »⁵⁹⁷.*

Si l'on en croit cette doctrine, le refus de la survie de l'obligation initiale est justifié non seulement lorsque la convention novatoire, et par conséquent l'obligation novée, a été annulée en raison d'un dol du créancier mais, plus généralement, chaque fois que celui-ci connaissait le vice dont était affectée cette convention. Ce créancier qui connaît ainsi le vice de la convention novatoire ne peut prétendre voir revivre l'obligation primitive. En acceptant de substituer une obligation initiale valable à une obligation novée qu'il savait susceptible d'être annulée, il fait en quelque sorte un pari. Dès lors, sa volonté doit s'accomplir, tant pis pour lui si l'obligation novée est par la suite annulée⁵⁹⁸.

460- Cette doctrine explique donc le refus de survie de l'obligation initiale par la volonté du créancier. On a fait remarquer d'ailleurs, que cette explication « *semble être en harmonie avec l'idée défendue parfois selon laquelle l'extinction de l'ancienne obligation n'est pas, en matière de novation, la conséquence immédiate de la*

⁵⁹⁶ AUBRY et RAU, Droit civil français, t. IV, 6^{ème} éd., par E. BARTIN, Paris 1942, p. 326.

⁵⁹⁷ BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, Traité théorique et pratique de droit civil, tome III, 3^{ème} éd., 1908, n° 1696.

⁵⁹⁸ H. et L. MAZEAUD, RTD civ. 1939, p. 772.

formation de l'obligation nouvelle, mais le résultat d'une renonciation séparée du créancier, ... autrement dit d'un acte de volonté pouvant être interprété et contenu variable. L'explication est aussi certainement adoptée à l'hypothèse, qui servait généralement de base à la réflexion des auteurs, dans laquelle il y a novation par substitution à un débiteur insolvable d'un débiteur solvable mais incapable, et dont le créancier connaît l'incapacité. Dans cette hypothèse, en effet, bien que l'obligation nouvelle soit fragile, le créancier peut avoir intérêt à la substituer à l'ancienne, à nover une obligation valable contre une obligation susceptible d'être annulée : il aura au moins une chance d'être payé si le nouveau débiteur ne demande pas l'annulation de son obligation⁵⁹⁹.

461- Un auteur, sans être contre l'idée d'un refus de la survie de l'obligation initiale en cas de nullité, l'approuve, au contraire, mais y voit une pure et simple application de la responsabilité délictuelle⁶⁰⁰. L'auteur précise, cependant, que cette sanction par l'application de la responsabilité civile « *est certes nécessairement limitée aux hypothèses dans lesquelles l'annulation de l'obligation nouvelle peut effectivement être tenue pour imputable au créancier. Elle impose aussi de reconnaître l'existence, en fait, de deux règles distinctes quoique susceptibles, sans doute, de se recouper partiellement : une première selon laquelle on n'exhume pas l'obligation primitive lorsque le créancier connaissait la fragilité de l'obligation nouvelle et a accepté de s'en contenter, et une autre selon laquelle on n'exhume pas non plus l'obligation primitive lorsque la disparition de*

⁵⁹⁹ F. JACOB, Note sous CA Metz, ch. Civ., 6 septembre 1995, JCP éd. G., II, 22854, n° 9, p. 266.

⁶⁰⁰ F. JACOB, *ibidem*, n° 11 : l'auteur parle du refus d'exhumer l'obligation initiale comme d'une réparation en nature, évoquant ainsi une manifestation du développement de la fonction de peine privée de la responsabilité délictuelle.

*l'obligation nouvelle est imputable au créancier, cette seconde règle n'étant que la conséquence des principes de la responsabilité civile*⁶⁰¹.

462- Cette doctrine, qui préconise le refus de l'exhumation de l'obligation initiale fondé, soit sur le renvoi à la volonté du créancier, soit l'application des règles de la responsabilité civile, aussi séduisante soit-elle, ne peut être approuvée. Elle méconnaît, en effet, totalement le mécanisme de la novation et amène à donner à la nullité de la convention novatoire plus d'effet qu'elle en a.

Si le vice, dont le créancier est coupable doit entraîner la nullité de tous les éléments de la convention novatoire, il ne peut en être de même pour l'obligation initiale qui, d'ailleurs, a préexisté à la novation. L'effet immédiat de cette nullité, est de remettre les parties dans la situation où elles étaient avant la novation. Or, celles-ci étaient liées, avant, par cette obligation.

De fait, la logique de la novation ne peut pas être écartée. La novation étant une convention modificative, sa nullité a nécessairement pour conséquence la résurgence de l'état antérieur des parties avant la novation. L'extinction de l'obligation initiale a eu pour cause la création d'une obligation novée. La conséquence qui en découle constitue l'un des traits les plus remarquables de la novation : la nullité de l'obligation novée anéantit la novation elle-même, de sorte que l'obligation initiale, censée n'avoir jamais avoir été éteinte, retrouve toute son efficacité.

Cela n'empêche pas, cependant l'application des règles de la responsabilité délictuelle car le créancier aura commis une faute. Pour

⁶⁰¹ F. JACOB, ibidem, n° 11.

cela, il suffit au débiteur, par une action reconventionnelle, lorsque le créancier l'assigne en exécution de l'obligation primitive, de demander la réparation du préjudice subi, préjudice auquel l'annulation de l'obligation novée n'a pas apporté réparation. Ce qui est à la fois, une solution d'équité et de droit.

Il faut donc écarter toute idée qui consiste à faire abstraction des effets logiques de la rétroactivité en cas d'annulation de la convention novatoire. Cela est d'autant plus vrai que la validité de l'obligation novée est une condition essentielle de la novation.

463- C'est la raison pour laquelle, nous nous rangeons derrière la doctrine qui considère que, si l'obligation novée est anéantie, et pour quelque raison que ce soit, la novation doit être tenue comme non avenue, et l'obligation initiale considérée comme n'ayant jamais été éteinte.

C'est ce qu'affirme Mrs. TERRE, SIMLER et LEQUETTE lorsqu'ils écrivent : « *si l'obligation nouvelle est nulle pour une cause quelconque, de forme ou de fond, l'extinction est elle-même privée d'effet, de sorte que l'obligation ancienne est rétroactivement rappelée à existence* »⁶⁰².

Cet avis est partagé par M. FRANCOIS : « *De la même manière que l'obligation ancienne, l'obligation nouvellement créée doit être valable. Plus précisément, à supposer que l'obligation nouvelle soit annulée, l'obligation ancienne sera rétroactivement rappelée à la vie, car son extinction n'est justifiée, d'un point de vue causal, que par la*

⁶⁰² F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, op. cit., n° 1220, p. 1308.

création de l'obligation nouvelle »⁶⁰³ ; aussi, pour MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, « *la création d'une obligation nouvelle réalise seule la novation, c'est-à-dire que c'est cette création qui entraîne l'extinction de l'obligation préexistante et si, pour une raison quelconque, la nouvelle obligation ne se formait pas, par exemple en raison de la nullité du contrat (la convention novatoire), l'obligation ancienne subsisterait* »⁶⁰⁴.

464- Si donc, la convention novatoire est nulle, il n'y a pas novation et l'obligation initiale retrouve toute sa force. C'est là la logique de la novation qui est une convention modificative. D'ailleurs, la jurisprudence, après plusieurs hésitations, s'est réconciliée avec cette logique du mécanisme novatoire.

B / Une jurisprudence désormais fixée

465- Jusqu'en 1995, on croyait pouvoir considérer que l'annulation de la convention novatoire en raison d'un fait imputable au créancier lui-même faisait obstacle à ce qu'il soit redonné vie à l'obligation initiale.

Avant cette date, diverses juridictions avaient statué en ce sens. Déjà, dans un arrêt du 5 mai 1970⁶⁰⁵, la troisième chambre civile de la Cour de cassation affirmait, en tête de sa décision et sous le visa des articles 1271 et 1281 du code civil, que « *si, au cas de novation, l'obligation nouvelle se trouve anéantie par l'exercice d'une action en nullité, l'ancienne obligation doit être traitée comme n'ayant jamais été éteinte ; il en est autrement lorsque le créancier a entendu, en*

⁶⁰³ J. FRANCOIS, Les obligations, *Régime général*, op. cit., n° 98, p. 83.

⁶⁰⁴ MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, Les Obligations, *Le régime*, op. cit., n° 412, p. 381.

⁶⁰⁵ Cass. 3^{ème} civ., 5 mai 1970, Bull. civ., III, n° 311.

connaissance de cause, substituer à l'obligation ferme antérieure une obligation nouvelle qu'il savait annulable de son propre fait ».

On trouve également trace de cette solution dans un arrêt de la première chambre civile de la haute juridiction du 11 juin 1975, bien qu'on ait fait observer qu'en l'espèce le concept de novation avait peut-être été invoqué et appliqué à tort⁶⁰⁶. Néanmoins, alors que se posait la question, après l'annulation d'une convention novatoire, la question du sort de la convention initiale, l'arrêt de la Cour de cassation considère que la cour d'appel a nécessairement admis que c'était en connaissance de cause que le créancier avait contracté et qu'en conséquence la précédente convention ne pouvait plus trouver application⁶⁰⁷.

Encore, plus récemment, un arrêt de la cour d'appel de Metz du 6 septembre 1995 illustre également cette idée : « *Si la nullité de l'acte novatoire redonne normalement vie à l'acte nové, il n'en est pas de même lorsque la nullité est imputable au dol du contractant* »⁶⁰⁸.

466- Cette solution qui se justifiait en équité, n'était pas, en revanche, fondée en droit et était contraire à la logique de la novation. C'est pourquoi la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 mai 1996⁶⁰⁹, a censuré un arrêt de la Cour d'appel de ROUEN du 10 février 1994, qui avait statué en ce sens :

En l'espèce, par acte authentique du 31 janvier 1989, les époux Dorange ont reconnu devoir à la société Etablissement. La

⁶⁰⁶ Voir, SIMLER, *Juris. Clas. Civil*, Art. 1271 à 1281, fasc. 1, n° 83.

⁶⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1975, *Bull. civ.*, I, n° 194

⁶⁰⁸ CA. Metz, ch. Civ., 6 septembre 1995, préc.

⁶⁰⁹ Cass. com., 14 mai 1996, *JCP* 1996, éd. G, IV, 1473.

filles (société La fille) la somme de 1 000 000 F ; un arrêt du 3 avril 1991 a prononcé l'annulation de cette reconnaissance de dette au motif que le consentement des époux Dorange avait été vicié en raison de la violence exercée par le créancier; la société La fille assigne les époux Dorange en paiement de la somme de 252 354 F représentant le montant de l'obligation initiale.

La Cour d'appel de Rouen, après avoir constaté qu'il n'était pas contesté que la convention du 31 janvier 1989 portant extinction de l'obligation primitive trouvait sa cause dans la création de l'obligation nouvelle s'y substituant, rejette l'appel de la société La fille contre la décision des premiers juges qui avaient statué en faveur des époux Dorange, au motif que « *cette obligation nouvelle s'étant trouvée anéantie par l'action en nullité, l'ancienne créance aurait pu être traitée comme n'ayant jamais été éteinte, mais qu'en l'espèce ou le créancier a entendu, en connaissance de cause, substituer à l'obligation antérieure une obligation nouvelle qu'il savait annulable de son propre fait, l'annulation n'a pu faire revivre l'obligation ancienne* ».

C'est cette solution qui est censurée par la chambre commerciale de la Cour de cassation : « *La novation, proclame la Cour « en chapeau », n'a lieu que si une obligation valable est substituée à l'obligation initiale ; en cas d'annulation de la convention novatoire, la première obligation retrouve son efficacité, il en est ainsi même lorsque le créancier savait que l'obligation nouvelle était annulable de son propre fait* ».

Ainsi, la solution est claire : contrairement aux juges du fond, aux opinions doctrinales ci-dessus et à la jurisprudence antérieure, si

l'on en croit la chambre commerciale, la solution devrait dore et avant être celle-ci : si la convention novatoire se trouve anéantie, et pour quelque raison que ce soit, la novation doit être tenue pour non avenue et l'ancienne obligation doit être considérée comme n'ayant jamais été éteinte.

Encore faut-il remarquer que les attendus de l'arrêt, rédigés en termes généraux, laissent à penser qu'il s'agit là d'un véritable revirement de jurisprudence⁶¹⁰.

467- La question est certes technique. Il n'en reste pas moins que la position adoptée par le présent arrêt suscite d'intéressantes interrogations. En décidant de la subsistance de l'obligation malgré la violence dont le créancier était coupable, la chambre commerciale semble retenir une solution à la fois nouvelle et critiquable sur le plan de l'équité.

Il faut, cependant, dépasser cette appréciation superficielle pour se convaincre que cette solution n'est en réalité ni d'une totale originalité ni surtout dépourvue de mérites.

⁶¹⁰ Cette jurisprudence est d'ailleurs confirmée par un arrêt de la chambre commerciale du 19 novembre 2003 (Cass. Com., 19 novembre 2003, www.legifrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 00-15287) : «*Attendu que la novation n'a lieu que si une obligation valable est substituée à l'obligation initiale ; qu'en cas d'annulation de la convention novatoire, la première obligation retrouve son efficacité ; qu'il en est ainsi même lorsque l'obligation nouvelle était annulable du propre fait du créancier ;*

Attendu que pour annuler l'engagement de caution du 5 juillet 1989 et rejeter, en conséquence, la demande de la banque fondée sur cet acte, l'arrêt retient que si, au cas de novation, l'obligation nouvelle se trouve anéantie par l'exercice d'une action en nullité, l'obligation ancienne doit être traitée comme n'ayant jamais été éteinte, il en va différemment si, comme en l'espèce, l'annulation de la nouvelle obligation a été prononcée à raison d'un fait imputable au créancier lui-même ; que le jugement du 19 juillet 1994, définitif, ayant prononcé l'annulation de l'acte de cautionnement du 4 mars 1992 pour vices du consentement, caractérise longuement et précisément, non seulement l'erreur des époux X..., mais également le dol de la banque par les promesses assimilables à des manœuvres » ; que l'annulation est par conséquent imputable au créancier et qu'ainsi la nullité de l'engagement de caution du 4 mars 1992 ne fait pas revivre celui du 5 juillet 1989 ; Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé .

L'originalité de l'arrêt doit être appréciée au regard de la logique de la novation. Or, à cet égard, la solution est moins novatrice qu'on ne pourrait le penser. La décision constitue un véritable retour au droit⁶¹¹ et la logique de la novation est ainsi menée jusqu'au bout.

Le mérite de l'arrêt, c'est qu'autant il applique le droit, autant la solution qu'il apporte ne fait pas obstacle à l'équité car une sanction du créancier sur le plan de la responsabilité délictuelle reste ouverte.

Seulement, cette sanction devra être demandée par le débiteur, par une action reconventionnelle, lorsque le créancier l'assignera en exécution de l'obligation initiale ressuscitée.

La solution est donc justifiée. Cependant, il est aussi des hypothèses qui n'affectent pas la validité de la convention novatoire, mais son efficacité, posant ainsi le même problème de la subsistance ou non de l'obligation initiale.

Paragraphe deuxième / Les cas particuliers pouvant affecter l'efficacité de la novation

468- Même après avoir rempli toutes les conditions de validité exigées par l'article 1108 du code civil, la convention novatoire, et par conséquent, l'obligation peut être affectée, soit par une impossibilité d'exécution de l'obligation novée, soit par sa résolution. Dans tous ces cas, la question du sort de l'obligation initiale peut être posée.

⁶¹¹ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, Les obligations, Régime général, op. cit., n° 545, p. 222 ; J. MESTRE, RTD civ. , 1996, p. 910 ; L. LEVENEUR , Contrats, conc., consom. 1996, n° 162.

Nous examinerons d'abord le cas de la résolution de la convention novatoire (I), puis celui de son impossibilité d'exécution par le débiteur (II)

I / La résolution de la convention novatoire

469- Lorsque dans un contrat synallagmatique⁶¹², l'un des contractants n'exécute pas son obligation, son cocontractant peut, soit poursuivre l'exécution forcée, soit demander la résolution du contrat, avec en sus des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui cause l'inexécution. Ce principe de la résolution est posée de façon générale par l'article 1184, al 1^{er} : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait point à son engagement ».

470- Cependant, la résolution opérant, en principe, rétroactivement, comme la nullité, un rapprochement avec cette dernière s'impose.

471- De fait, certains auteurs considèrent que la résolution, en raison de son effet rétroactif, atteint également l'effet extinctif de la

⁶¹² La jurisprudence (par exemple CA Paris, 29 juin 1893, D P 1894 , 2, 437) a étendu le domaine d'application de la résolution à certains contrats unilatéraux. Il en a été ainsi dans deux cas de figures : lorsque l'emprunteur ne paye pas les intérêts convenus ou lorsque le gagiste ne remplit pas son obligation de veiller à la conservation de la chose, le prêteur ou le constituant du gage peut demander la résolution du contrat. Mais la solution a été contestée au motif que ces contrats ne sont pas des contrats synallagmatiques, mais la jurisprudence n'a pas hésité à leur appliquer l'article 1184.

Certains auteurs (par exemple : Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit., n° 904) ont cependant soutenu que l'article 2082, al 1^{er}, qui autorise le constituant à se faire restituer le gage quand le créancier en abuse, et l'article 1912, qui dispose que le créancier d'une rente perpétuelle peut demander le remboursement du capital constitutif quand le débiteur cesse de payer les arrérages pendant deux ou manque de fournir les sûretés promise par le contrat, ne sont pas des applications de l'article 1184, et que par suite, il n'y a pas lieu d'admettre la résolution pour d'autre contrat unilatéraux. Ces articles seraient des textes exceptionnels édictant des déchéances et il faudrait les rapprocher, non de l'article 1184 mais de l'article 1188 qui prononce la déchéance du terme lorsque le débiteur se rend coupable

novation, redonnant vie à l'obligation initiale, sauf à constater que le créancier a sciemment assumé le risque d'une telle résolution⁶¹³.

472- Quant à la jurisprudence, elle a eu à se prononcer en deux sens opposés par deux arrêts sur l'incidence d'une résolution amiable.

Ainsi, dans une espèce dans laquelle la résolution avait été obtenue par un accord entre deux parties, et où l'une d'elles soutenait que la première convention devait, de ce fait, revivre, la première chambre civile s'est prononcée contre la survie de la convention initiale. Les faits étaient les suivants :

Les consorts Metz ont vendu à Lips fils une camionnette au prix de 180 000 francs qui, n'a pas été versé ; les consorts Metz diligentent une procédure pour obtenir le paiement du prix convenu, mais il est convenu que, par novation par changement de débiteur, Lips père devenait acheteur du véhicule à la place de son fils pour le prix de 170 000 francs. Aussitôt après l'exécution de cette convention, Dame Metz s'est fait représenter la quittance délivrée à Lips père, l'a détruite, et lui a restitué le prix versé par lui, Metz reprenant possession de la camionnette. Mais Lips père n'a pas poursuivi l'exécution de la convention. Les consorts Metz ont alors assigné Lips fils aux fins d'exécution de l'obligation initiale de payer le prix.

Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir refusé d'examiner si la convention novatoire avait été, non pas inexécutée par les consorts Metz, mais résolue d'un commun accord ; son

de certains faits (Sur l'ensemble de la question , voir : F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, op. cit., n° 648).

⁶¹³ H., J. et L. MAZEAUD, par F. CHABAS, op. cit., n° 1216 ; J-L. AUBERT, Rép. Civ., Dalloz, 2^{ème} éd., voir novation, n° 19.

anéantissement devant en ce cas, selon le moyen, faire revivre la première.

Le première chambre civile s'est prononcée le 10 février 1958 de la manière suivante : « *Attendu que le tribunal déclare que, si la résolution a lieu d'un commun accord, elle ne pouvait faire revivre la première convention en l'absence d'une stipulation formelle ; qu'il a ainsi implicitement apprécié qu'à défaut de cette stipulation, l'intention des parties à cet accord était de revenir sur le principe même de la vente en éteignant les deux conventions ; que cette appréciation est souveraine* »⁶¹⁴.

473- Cette solution doit être approuvée même si son énoncé peut, de prime abord, surprendre. En effet, l'expression « novation de la première convention » est ici trompeuse ; ce n'est pas la vente elle-même qui été novée mais l'obligation de Lips fils à payer le prix convenu. D'ailleurs, on l'a vu la novation de contrat n'est pas prévue par le Code.

Il résulte ainsi que la novation par changement de débiteur intervenue dans l'obligation de payer le prix, ne traduisait pas, comme le rappelle la Cour de cassation, une remise en cause du principe même de la vente. Le principe de la vente est maintenue mais seule l'obligation de payer le prix née de cette vente a été novée. La novation de l'obligation ne créé pas un nouveau contrat de sorte que le principe de la vente est seulement modifié et non remise en cause.

474- Si donc nous partons de l'idée que la novation ne constitue pas un nouveau contrat mais reste seulement un avenant du contrat

⁶¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 février 1958, Bull. civ., I, n° 87.

initial, c'est le contrat source de l'obligation de payer le prix qui doit être résolu et non la convention novatoire qui revêt un caractère accessoire à ce contrat-source. Or la résolution du contrat, source de l'obligation initiale de payer le prix, ne peut pas faire revivre une obligation initiale qu'il a créée. La résolution aurait ainsi pour effet de remettre les parties, non pas en l'état où elles étaient avant la novation, mais en l'état où elles étaient avant le contrat source de l'obligation initiale que les parties ont modifié par novation.

475- La question qu'on doit se poser est celle de savoir si c'est la novation de l'obligation de payer le prix qui a été résolu amiablement auquel cas, bien sûr, les parties seront remises à l'état où elles étaient avant cette novation ; où si c'est la vente elle-même qui est résolue, auquel cas il n'y a pas lieu de survivance d'une quelconque obligation initiale ?

Nous pensons qu'en l'espèce, c'est le deuxième cas de figure qui s'est produit, en l'occurrence, la résolution de la vente elle-même.

En fait si les consorts Metz s'étaient contentés de restituer le prix à Lips père qui accepte, sans reprendre possession de la camionnette, on pourrait penser qu'il y a eu résolution de la convention novatoire et que l'obligation initiale de Lips fils de payer le prix reviendrait à la vie. Mais le fait qu'ils aient repris possession de la camionnette, sans stipulation sur leur intention de maintenir le principe de la vente, nous prouve que leur intention n'était autre que de résoudre la vente elle-même.

D'ailleurs, une solution contraire serait contradictoire avec une jurisprudence qui maintient la clause résolutoire insérée dans un

contrat malgré la novation intervenue des obligations qu'il a fait naître. La jurisprudence a jugé, par exemple, que « la novation, à la supposer établie, ne peut avoir pour effet de priver d'efficacité la clause résolutoire insérée dans un contrat, sauf si les parties, lors de cette novation, l'avaient expressément annulé⁶¹⁵. Or, dans ce cas, si la clause compromissaire a survécu à la novation des obligations, c'est que le contrat initial n'est pas éteint et, il n'y a pas non plus superposition du contrat initial avec la convention novatoire. La novation ne se superpose pas au contrat initial mais en est seulement un avenant. C'est pourquoi d'ailleurs que la clause compromissaire s'applique à l'obligation novée si elle n'est pas expressément écartée lors de la novation.

La novation d'une obligation ne constitue donc pas un nouveau contrat mais un avenant dans le contrat initial et c'est pourquoi lorsque la résolution est prononcée pour inexécution de l'obligation novée, cette résolution s'applique non pas à la convention novatoire, mais au contrat initial lui-même ; ce qui veut dire que l'anéantissement du contrat a pour conséquence l'anéantissement de l'obligation initiale elle-même.

Aussi faut-il rappeler que l'inexécution de l'obligation novée, même si ce n'est pas le cas en l'espèce, contrairement à sa nullité, n'affecte pas la réalisation de la novation.

Ces remarques nous amènent à désapprouver la solution de l'arrêt de la chambre commerciale, rendu le 30 novembre 1983 et qui, semble-t-il, a adopté une solution contraire à celle de la première chambre civile :

⁶¹⁵ Cass., com., 3 juillet 2001, JCP éd. G, 2002, I, n° 134, p. 873 et s.

En effet, dans une espèce où les parties avaient passé un contrat de vente d'un matériel précédemment donné en location et où la Cour d'appel avait jugé que la résiliation amiable de cette vente ne pouvait avoir eu pour effet de ressusciter rétroactivement le contrat de location, la chambre commerciale a jugé : *« qu'en statuant ainsi alors que, par suite de la résiliation de la vente, les choses se trouvaient remises au même état que si les obligations nées de ce contrat n'avaient jamais existé, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1184 du code civil »*.

La solution de cet arrêt aurait pu être trouvée dans la résiliation amiable sous condition de créer un nouveau contrat. La novation de contrat, on l'a dit, n'existe pas. C'est donc une hérésie que de parler de novation d'un contrat de location en un contrat de vente.

En plus, la novation est ici faite entre les mêmes parties et on n'aperçoit guère l'intérêt qu'il peut y avoir à faire revivre la première, que le débiteur n'exécutera pas davantage.

L'inexécution fautive par le débiteur de l'obligation novée n'affecte donc pas la réalisation de la novation et il faut bien distinguer entre la résolution du contrat source de l'obligation qui a été novée et la résolution de la novation elle-même qui n'est qu'un avenant au contrat initial.

Lorsque la résolution est prononcée pour inexécution, c'est plus le contrat initial qui est atteint que la novation d'une obligation. Seule la résolution de la convention novatoire peut faire revivre l'obligation initiale.

Le même problème peut aussi résulter d'une impossibilité d'exécution de l'obligation novée par le débiteur.

II / L'impossibilité d'exécution de l'obligation

476- Lorsqu'une obligation contractuelle ne peut être exécutée par suite d'un obstacle de force majeure ou de cas fortuit, elle est, en principe, éteinte ; le débiteur se trouve libéré par impossibilité d'exécution. Ce sont les articles 1147 et 1148 du code civil qui exonèrent de toute condamnation le débiteur empêché d'exécuter son obligation par la force majeure ou le cas fortuit.

Ces circonstances, sont du même coup, constitutives d'une cause d'extinction de son obligation, ce que rappelle l'article 1134 en faisant figurer la perte de la chose dans l'énumération des causes d'extinction des obligations.

477- La question se pose alors de savoir, qu'en cas de novation, si le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation novée, ce qu'il advient de l'obligation initiale ? Autrement dit, l'obligation initiale subsiste-t-elle si le débiteur se trouve libéré de l'obligation novée par un cas de force majeure ?

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 29 octobre 1968, décidé que l'obligation initiale survit en cas d'extinction de l'obligation novée par impossibilité d'exécution. L'arrêt décide que par l'impossibilité d'exécution, la novation est non

avenue et que l'obligation initiale devait être considérée comme n'ayant jamais été éteinte⁶¹⁶.

Si on peut accepter une telle solution en cas de nullité de l'obligation, il est difficile d'en être satisfait en l'espèce. Logiquement, les aléas postérieurs à la novation ne devraient plus avoir d'influence sur elle. Cela est d'autant plus déconcertant que l'arrêt décide que la « novation est non avenue ».

Si au moins, la perte de la chose était intervenue avant la novation et que le débiteur l'ait dissimulée, on pourrait peut-être adhérer à la solution de la haute Cour. Mais même dans ce cas, le fondement de la solution aurait été la nullité pour défaut d'objet de l'obligation initiale ou pour vice du consentement, en l'occurrence, pour dol dans la convention novatoire.

Reste que cet arrêt de la Cour de cassation peut être inscrit dans une jurisprudence traditionnelle qui considèrent que la charge des risques du contrat pèse sur le débiteur⁶¹⁷. La charge des risques en l'espèce c'est de ressusciter l'obligation initiale. Or, seule une résolution de la convention novatoire peut faire ressusciter l'obligation initiale.

Les risques doivent être appréciés par rapport au contrat source de l'obligation qui a été novée et non par rapport à la convention novatoire qui n'est qu'un avenant du contrat source. En ressuscitant l'obligation initiale, on confond donc la résolution de la novation avec

⁶¹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 29 octobre 1968, Bull. civ., III, n° 429, ; JCP 1968, éd. G., IV, p. 194.

⁶¹⁷ J. GHESTIN, CH. JAMIN, M. BILLIAU, Les effets du contrat, op. cit., n° 644 et s : « A vrai dire, toute les fois que la Cour de cassation prononce la résolution du contrat dans le cas d'une inexécution qui n'est pas imputable au débiteur, elle met les risques à sa charges, puisque c'est la solution qui découle de la mise en œuvre de l'article 1184 du code civil ».

la résolution du contrat source de l'obligation qui a été novée. L'inexécution de l'obligation novée n'atteint en rien la novation qui est intervenue et qui constitue un avenant de la convention initiale. Le contrat résolu n'est autre que le contrat source et non la convention novatoire.

Conclusion du chapitre

478- La novation ne peut être causalement valable que lorsque l'obligation qu'elle modifie est elle-même valable. Aussi n'a-t-elle un objet que si l'obligation novée est aussi valable.

Ces exigences générales de validité sont aussi celles qui s'appliquent à la modification simple. Dans ce domaine, novation et modification simple ont donc le même régime juridique.

CHAPITRE DEUXIEME

LES EFFETS DE LA NOVATION

479- Contrairement à ce que qu'affirme une doctrine quasiment majoritaire⁶¹⁸, la novation n'a pas, à proprement parler, deux effets distincts, l'un extinctif, l'autre créateur. Ces deux résultats sont étroitement liés et se servent mutuellement de cause. Tout ce qu'on a au bout de l'opération c'est une obligation novée, c'est-à-dire une obligation différente de l'obligation initiale par un élément substantiel.

480- Cependant, la novation produit quand même des effets marqués à la fois par le caractère substantiel de la modification et par une continuité de l'obligation initiale⁶¹⁹. De fait, certains effets de la convention novatoire vont être justifiés par l'atteinte à la substance même de l'obligation : ce sont ceux qui tendent à marquer la rupture

⁶¹⁸ Par exemple : G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ, Les obligations, *Le régime*, op. cit., n° 422, p. 390 : « La novation produit le double effet qu'implique sa définition même : l'extinction de la créance primitive, la naissance d'une créance nouvelle ». - H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, Obligations, *théorie générale*, op. cit., n° 1227, p. 1249 : « Il y a, d'une part, extinction d'une obligation et, d'autre part, création d'une autre obligation ». - F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, op. cit., n° 1435, p. 1321 : « Principe : double effet créateur et extinctif. Ce double effet résulte de la définition même de la novation... ». - A. SERIAUX, Droit des obligations, op. cit., p. 650 : « Simultanément, la novation éteint le lien d'obligation antérieur et en crée un nouveau ». - J-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, Les obligations, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 428 : « Les effets de la novation peuvent être évoqués rapidement. Ils sont inclus dans la définition même de l'opération : effet extinctif de l'obligation ancienne, effet créateur de l'obligation nouvelle ».

⁶¹⁹ H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, Obligations, *théorie générale*, op. cit., n° 1229, p. 1250 : « Les parties ont voulu lier l'extinction d'une obligation à la création d'une nouvelle ; cette extinction et cette création dépendent l'une de l'autre. La volonté de créer ce lien a des conséquences ; dans une certaine mesure l'ancienne obligation se survit dans la nouvelle ».

entre l'obligation novée et l'obligation initiale (SECTION 1) ;
d'autres vont être justifiés par une certaine réviviscence du lien
d'obligation initial dont seul un élément essentiel est changé : ce sont
ceux qui tendent à marquer une continuité de l'obligation primitive
(SECTION 2)

<p style="text-align: center;">SECTION 1 : LES EFFETS TENDANT A MARQUER LA RUPTURE ENTRE L'OBLIGATION NOVEE ET L'OBLIGATION INITIALE</p>

481- La novation suscite de nombreuses questions sur les suites juridiques à lui prêter, lesquelles concernent le nouvel état des rapports, induits par l'opération, tant entre les protagonistes eux-mêmes (Paragraphe premier) qu'à l'égard des tiers (Paragraphe deuxième).

Paragraphe premier : Les effets entre les parties

482- Evoqués ici en florilège, les effets de la novation entre les parties s'ordonnent en deux pôles : l'opposabilité des exceptions nées de la novation et l'inopposabilité des exceptions qui affectaient l'obligation initiale.

Il est, en effet, important de bien faire le départ entre les relations contractuelles, car les exceptions qui peuvent être invoquées par le débiteur dépendent du point de vue de savoir si elles se rattachent à l'obligation initiales ou à l'obligation novée. Il faut donc distinguer entre les exceptions inhérentes à la convention novatoire de celles inhérentes au contrat source de l'obligation initiale. On montrera ainsi que les premières sont opposables lorsqu'elles se rattachent à la formation de la novation (I) alors que les seconds ne peuvent être invoquées par le débiteur (II).

I / Opposabilité des exceptions résultant de la novation

483- Conformément aux principes qui régissent la formation et l'exécution des contrats, chacune des parties à un contrat peut invoquer certaines exceptions contre l'autre; en réalité toutes les exceptions qui se rattachent à la formation et à l'exécution de la convention novatoire peuvent être invoquées.

Cette affirmation ne pose aucun problème lorsqu'on raisonne dans le cadre d'une novation par changement de la dette. Dans ce cas, il n'y a, en général, que deux parties à la formation et à l'exécution.

484- Cependant, lorsque la novation en question est une novation par changement de personne, le problème se complique. En effet, dans ce genre de novation, si le créancier ou le débiteur changé apparaît comme partie à la novation, il n'est nullement partie à son exécution ; il y est tiers. Son consentement se justifie pourtant parce qu'il est nécessaire.

485- Il paraît donc essentiel de partir d'un exemple de novation par changement de personne pour la clarté des explications. De fait, nous prendrons l'exemple de la novation par changement de créancier.

On sait, en effet, que le créancier sortant doit donner son consentement pour que cette novation se réalise. La reconnaissance de sa participation à la formation de la novation conduit alors à reconnaître que le débiteur et le nouveau créancier pourront a priori invoquer certains moyens de nullité tirés de l'acte de volonté du créancier sortant.

Cependant, on peut aussi considérer que le créancier sortant n'est pas le cocontractant du débiteur comme en matière de cession de créance. L'obligation novée ne liant désormais que le débiteur et le nouveau créancier, faut-il, dès lors, considérer que le débiteur ne puisse invoquer, par exemple, le dol⁶²⁰ du créancier sortant ?

De la même façon ne faudrait-il pas considérer que le nouveau créancier ne puisse invoquer ce même dol ? Autrement dit, parce que le cédant n'est pas le (nouveau) cocontractant du cédé, de la même manière, en matière de novation par changement de créancier, le créancier sortant n'est pas le cocontractant du débiteur, devrait-on en conclure, que le dol commis par le créancier sortant – et dont le créancier nouveau ne se serait pas rendu complice – ne peut être invoqué par le débiteur pour obtenir la nullité de la novation ?

La difficulté semble être résolue par le fait que la novation est un seul acte. En effet, le créancier sortant a donné son consentement à la novation et cette intervention ne peut pas être considéré comme un acte distinct de la relation contractuelle entre le débiteur et le nouveau créancier.

Aussi, même si l'exécution de l'obligation novée lui reste étrangère, le créancier sortant est intervenu activement dans la formation du contrat de novation de la même manière que le stipulant, dans la stipulation pour autrui, intervient dans la formation du droit du bénéficiaire dont il ne recueille pas l'émolument. Or il est admis que le promettant peut opposer au bénéficiaire les causes de nullité dont il pourrait se prévaloir à l'encontre du stipulant.

⁶²⁰ Le dol, selon l'article 1116 du code civil, n'étant cause de nullité que s'il émane du cocontractant

II / Inopposabilité des exceptions inhérentes à l'obligation initiale

486- Le débiteur, que ce soit le même ou le nouveau, ne peut opposer au créancier, pour refuser d'exécuter l'obligation novée, les exceptions qui étaient susceptibles de paralyser l'obligation initiale. C'est affirmer que la règle de l'inopposabilité des exceptions trouve à s'appliquer.

487- Le fondement ultime de la règle en matière de novation doit être trouvé dans l'atteinte à la substance de l'obligation et non dans la rupture entre l'obligation initiale et l'obligation novée.

Cela est d'autant plus vrai que le principe de l'inopposabilité des exceptions n'est pas absolu en la matière.

488- Ainsi lorsque l'obligation initiale était nulle, le débiteur peut opposer cette nullité au créancier car, la novation ne peut pas se produire sur le lit d'une obligation initiale viciée ; l'obligation novée ne prend donc pas naissance. Le résultat, dans ce cas, est le même que s'il y avait opposabilité des exceptions ; ceci, du moins, lorsqu'il s'agit d'une nullité absolue ; car, s'il s'agissait d'une nullité susceptible de confirmation, la novation pourrait être interprétée comme telle, pourvu qu'elle ait été consentie en connaissance de cause.

Pour les autres exceptions, il est admis que l'inopposabilité des exceptions ne s'impose pas aux parties qui peuvent convenir de réserver telle ou telle d'entre elles dans la convention novatoire. Autrement dit le principe n'est pas d'ordre public de sorte que les

parties peuvent décider de l'écarter en subordonnant la validité de la novation à l'absence d'exceptions opposables dans le rapport initial. Encore fait-il que les parties se soient clairement prononcées à ce sujet.

Paragraphe deuxième : Les effets à l'égard des tiers

489- Selon l'article 1165 du code civil, «... ». La novation ne devrait donc concerner que les parties qui y ont consenti, sans que les tiers voient leur situation modifiée eu égard aux relations qui pouvaient les unir à l'un ou à l'autre intervenant à la novation.

Cependant, on sait, qu'en tant que fait juridique, la convention novatoire, influe nécessairement sur la situation juridique des tiers, plus ou moins directement, à l'opération.

490- Le concept de tiers embrasse un grand nombre de situations selon que les tiers à l'opération sont plus ou moins liés avec l'un des contractants. La seule constante est qu'ils ne consentent pas à l'opération. En ce qui concerne la novation, il est possible de distinguer plusieurs catégories de tiers en fonction, d'une part, de leur situation au regard de l'obligation initiale et, d'autre part, de leurs relations avec les acteurs de la novation.

Ainsi les tiers peuvent-ils être classés en deux catégories. D'abord, les tiers qui, tout en ne consentant pas à la novation, sont personnellement obligés aux côtés du débiteur en vertu de l'obligation initiale ; ce sont les tiers personnellement obligés en vertu de l'obligation initiale (I). D'autres tiers sont créanciers de l'une des parties à la novation (II).

I / Les tiers personnellement obligés en vertu de l'obligation initiale

491- L'obligation initiale est souvent garantie par un engagement solidaire assumé par un tiers ou par une caution personnelle. La conclusion d'une convention novatoire va alors directement rejaillir sur la situation de ces tiers qui sont personnellement concernés par l'évolution de l'obligation initiale garantie. Cette situation est spécialement prévue par l'article 1281 du code civil qui prévoit la libération des codébiteurs et des cautions. Cette libération, cependant, peut s'expliquer d'abord par des raisons spécifiques à chacune des situations visées(B), mais aussi, et de façon générale, par l'idée de modification substantielle de l'obligation initiale(A).

A/ Les justifications spécifiques de la libérations des codébiteurs et des cautions

492- Tandis que les alinéas premier et deuxième de ce texte pose le principe de la libération des débiteurs solidaires et des cautions en cas de novation de l'obligation initiale, son alinéa troisième édicte ceci : « Néanmoins si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celles des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel engagement ».

On étudiera donc d'abord l'influence de la novation sur le sort des codébiteurs et des cautions (1), avant de voir l'incidence de leur refus d'accéder à l'obligation novée sur la novation elle-même (2).

1 / L'influence de la novation sur le sort des codébiteurs et des cautions

493- On étudiera successivement l'influence de la novation sur le sort des codébiteurs et des cautions.

a / Le sort des codébiteurs en cas de novation consentie par le créancier à l'un des débiteurs solidaires

494- L'un des buts principaux de la solidarité est d'empêcher la division des créances et des dettes en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs.

495- La solidarité est dite active⁶²¹ lorsqu'elle permet à chacun des créanciers d'être en droit de réclamer au débiteur la totalité de ce qu'il doit : l'exemple, le plus souvent donné, est la technique du compte joint, choisie fréquemment par les époux⁶²².

496- Elle est dite passive⁶²³ lorsqu'elle permet à un créancier ayant plusieurs débiteurs de réclamer à chacun le paiement de l'intégralité de la dette. Cette solidarité passive, contrairement à la solidarité active⁶²⁴, joue un rôle considérable en pratique et est effectivement celle qui nous intéresse.

⁶²¹ Elle est définie et réglementée par les articles 1197 à 1199 du code civil. En doctrine, voir : M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Préface LOQUIN, Dalloz 2000, n° 24 s. et n° 845 s. ; PH. LE TOURNEAU, Rép. Civ. Dalloz, voir Solidarité, n° 5 et s.

⁶²² GAVALDA et STOUFFLET, *Droit bancaire*, 4^{ème} éd. 1999, n° 345 et s. ; TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, 4^{ème} éd., Montchrestien 2001, n° 397.

⁶²³ La solidarité passive est définie et réglementée par les articles 1200 à 1216 du code civil.

⁶²⁴ VINCENT, *L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive*, RTD civ. 1939, p. 601 ; DERRIDA, *De la solidarité commerciale*, RTD com. 1953, p. 329 ;

497- Le problème, en l'espèce, se pose sur le sort des codébiteurs lorsqu'une novation est opérée entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires. Supposons, par exemple B et C soient débiteurs solidaires de A. S'il y'a novation, quelle qu'elle soit, entre A et B, qu'en est-il de l'engagement de C à l'égard de A.

498- A Cette question, l'article 1281, al.1, apporte une réponse : « par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés ». Cette disposition s'applique quelque soit le type de novation. La novation entraîne donc la libération des autres codébiteurs.

Ce principe n'est que la conséquence de l'unité d'objet inhérente à l'obligation solidaire⁶²⁵. En effet, l'unicité de l'objet de la dette est un élément caractéristique de l'obligation solidaire.

499- La conséquence première de l'idée de solidarité est que le créancier est en droit de réclamer la totalité de la créance à l'un quelconque des débiteurs⁶²⁶. Il peut ainsi choisir discrétionnairement celui d'entre eux auquel il réclame paiement, au besoin par voie de justice⁶²⁷, sans être tenu de mettre en cause les autres ou même

⁶²⁵ M. BILLIAU, *La délégation de créance*, thèse précitée, n° 287, p. 274 ; voie également : G. MARTY, P. RAYNAUD et JESTAZ, op. cit, n°423, p. 390 : « *L'explication réside dans l'unité d'objet qui, nonobstant la pluralité de liens obligatoires, caractérise l'institution de la solidarité : la novation libère les codébiteurs parce qu'elle supprime la dette à l'égard de tous* ».

⁶²⁶ Art. 1200 du code civil : « Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier ».

⁶²⁷ Art. 1203 du code civil : « Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division ».

seulement de les avertir⁶²⁸. Le débiteur actionné ne peut invoquer aucune espèce de bénéfice de discussion ou de division⁶²⁹.

500- Corrélativement, l'idée d'unicité explique le régime des exceptions, dont la novation, que le codébiteur poursuivi peut opposer au créancier. La novation étant une exception inhérente à la dette⁶³⁰, le codébiteur peut l'exciper au créancier.

501- Cependant, l'extinction de la dette de l'un des débiteurs solidaires, pour défaut de déclaration dans la procédure collective de celui-ci, est une exception personnelle qui ne peut être invoquée par les autres codébiteurs et n'a aucun effet sur l'idée d'unicité⁶³¹. La solution peut être justifiée par l'idée que l'extinction n'a pas sa cause dans une circonstance touchant à l'objet commun, mais dans la négligence du créancier à poursuivre l'un des coobligés. La cause d'extinction a trait au lien particulier unissant le créancier à ce coobligé, plutôt que la dette commune, à la différence d'autres causes d'extinction, dont la novation, profitant à tous.

La novation de l'obligation entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, étant une exception personnelle, a ainsi pour effet de libérer les codébiteurs.

⁶²⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 12 mai 1993, Bull. civ., III, n° 65 ; JCP 1993, IV, 1728.

⁶²⁹ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 1253, p. 1160. En jurisprudence, voir, par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 1967, D. 1968, p. 97, note Lambert-Faivre ; Cass. soc., 4 janvier 1974, Bull. civ., V, n° 19.

⁶³⁰ Le codébiteur peut aussi, comme tout débiteur, opposer au créancier les exceptions qui lui sont personnelles (Art. 1208 du code civil), telles que son incapacité ou un vice de son consentement, mais aussi la compensation entre la dette et une créance qu'il aurait lui-même contre le créancier poursuivant, ou encore une remise de dette dont il aurait personnellement bénéficié ou le défaut de déclaration de la créance dans une procédure collective.

⁶³¹ Cass. com., 19 janvier 1993, Bull. civ., IV, n° 25 ; RTD civ. 1993, p. 581, obs. J. Mestre ; JCP 1993, II, n° 22056, note P. Pétel ; Defrénois 1993, art. 35631, n° 8, obs. J.-P. Sénéchal ; JCP 1993, I, n° 3717, obs. Ph. Simler – Cass. civ. 2^{ème}, 24 mars 1993, Bull. civ., II, n° 28 – Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1993, Bull. civ., I, n° 335 ; Defrénois 1994, art. 35891, n° 118, note D. Mazeaud ; Dalloz 1994, somm. p. 214, obs. P. Delebecque.

b / Le sort des cautions en cas de novation de l'obligation principale

502- Lorsque l'obligation principale dont le cautionnement est l'accessoire est novée, les effets d'une telle opération sont prévus par l'article 1281, al 2 qui dispose : « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions ». Cette disposition est générale et s'applique quelque soit le type de novation.

503- Qu'en est-il cependant de la novation intervenue entre le créancier et l'une des cautions solidaires ?

En principe, le sort des autres cautions solidaires en cas de novation entre les créanciers et l'une des cautions solidaires est soumis aux mêmes règles que celles régissant celui des codébiteurs solidaires en ce domaine. C'est ainsi que l'article 2021 du code civil : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ».

Il apparaît donc clairement que lorsqu'une novation intervient entre le créancier et l'une des cautions solidaires, les règles applicables sont, en principe, identiques à celles qui s'appliquent aux codébiteurs solidaires, c'est-à-dire que les cautions solidaires sont libérées.

504- Cependant, la jurisprudence et la doctrine refusent cette conséquence au motif que la solidarité ne change pas la nature, mais change seulement certains effets du cautionnement : en d'autres termes, les divers cautionnements restent des accessoires distincts par rapport à la dette principale et la disparition d'un accessoire laisse subsister les autres⁶³².

La Cour de cassation, dans un arrêt de 1866, décidait déjà que la règle d'après laquelle la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires libère les codébiteurs ne peut être étendue à la novation à l'égard d'une caution ; cette novation laisse dans les liens de l'obligation le débiteur principal et les cautions, même solidaires : *« Vu les articles 1281 et 2021 du code Napoléon : - Attendu, en droit, que si par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les autres débiteurs sont libérés, il n'en peut être de même quand la novation n'a été opérée qu'à l'égard d'une caution ; qu'en effet, le cautionnement n'étant qu'un accessoire de la dette principale peut s'éteindre sans que cette dette cesse d'exister ; qu'il n'importe d'ailleurs que ce cautionnement soit solidaire, puisque cette solidarité ne change pas sa nature et qu'elle modifie seulement ses effets... »*⁶³³.

505- La doctrine de l'époque a approuvé cette solution⁶³⁴. C'est ainsi que DUPLESSIS cite l'arrêtiste du Journal du Palais sur l'arrêt précité qui illustre l'opinion de l'époque qui s'exprime ainsi : *« L'article 1281 du code Napoléon, §2, dispose que « la novation opérée avec le débiteur principal libère les cautions. » Mais cet article ne dit pas que la novation faite avec la caution libère le débiteur*

⁶³² G. MARTY, P. RAYNAUD et JESTAZ, Les obligations, Le régime, op. cit., n° 423, p. 391.

⁶³³ Cass. civ., 18 juillet 1866, D. 1866. 1. 326, Sirey, 1866. 1. 429.

⁶³⁴ A. DUPLESSIS, thèse précitée, p. 342

principal, ni que, s'il existe plusieurs cautions, la novation avec l'une libère les autres. Or, si le législateur eût voulu que la novation opérée avec la caution libérât le débiteur principal et les autres cautions, il l'eût incontestablement exprimé. Il ne l'a pas fait, parce qu'il n'a pas pensé que les raisons de décider fussent les mêmes ; en effet, d'une part, s'il est naturel et nécessaire que l'extinction de l'obligation principale entraîne celle de tous ses accessoires, au nombre desquels se trouve le cautionnement, il n'est ni naturel ni nécessaire que l'extinction du cautionnement, c'est-à-dire de l'accessoire, entraîne celle de l'obligation principale ; d'autre part, on comprend fort bien que, dans une obligation garantie par plusieurs cautions, l'une des cautions disparaisse par voie de substitution, sans que la situation des autres cautions s'en trouve modifiée. C'est donc intentionnellement que l'article 1281, §2, a disposé pour un seul cas, d'où il suit que sa prescription ne saurait être étendue à un autre. Il est vrai que, dans l'espèce, il s'agissait de caution solidaire.... La question, comme on le voit, se réduit à savoir si les cautions solidaires doivent être assimilées aux débiteurs solidaires, ou, plutôt, doivent être réputées tels. Or la jurisprudence et la doctrine paraissent d'accord pour repousser cette assimilation, qui en réalité n'est qu'une confusion. Il est en effet généralement reconnu que le cautionnement, même alors qu'il est solidaire, n'en conserve pas moins son caractère de cautionnement et de contrat accessoire. Celui qui déclare s'engager comme caution, dit TROPLON, exclut par là même et nécessairement la qualité de débiteur principal. La solidarité permise ne change rien à cette situation tirée de la nature des choses et proclamée par la puissance des mots... »⁶³⁵.

⁶³⁵ DUPLESSIS, thèse précitée, p. 342 et 343.

Cette jurisprudence était donc conforme au caractère accessoire du cautionnement.

506- Mais, curieusement, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 janvier 1984⁶³⁶, a décidé d'appliquer l'article 2021 du code civil aux termes duquel l'engagement de la caution solidaire à l'égard du créancier « se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires », c'est à dire en l'occurrence par la règle de l'article 1281 al. 2 du code civil : « *il résulte de l'article 2021 du code civil, énonce la cour, que l'engagement d'une caution solidaire au regard du créancier se règle par les principes établis pour les dettes solidaires et, d'après l'article 1281 du même code, la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires a pour effet de libérer les codébiteurs. Il s'en suit donc, en l'absence de convention contraire, que la novation par changement de débiteur, opérée à l'égard de deux cautions, libère la troisième caution solidaire* ».

507- Cette solution était critiquable pour deux raisons :

D'abord, le caractère accessoire du cautionnement ne postule nullement à ce qu'une novation convenue entre le créancier et une caution solidaire ait pour effet de libérer les autres⁶³⁷.

Ensuite, il faut une circonstance particulière pour que la libération d'une des cautions ait un effet sur l'obligation des autres. Cette circonstance pouvant tenir, en effet, au fait que chacune des cautions a fait de l'engagement des autres une condition de son propre engagement, et ceci, non seulement dans ses rapports internes avec ses

⁶³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 11 janvier 1984, JCP 1986, II, 20647, note Dumortier.

cofidéjusseurs, mais aussi à l'égard du créancier, qui aura dû accepter cette condition. De fait, à moins que la Cour de cassation ait présumé l'existence d'une telle condition, la solution ne se justifiait pas.

508- C'est pourquoi la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 décembre 1999, décide : « *Attendu que la novation opérée à l'égard de l'une des cautions n'a pas pour effet de libérer le débiteur principal et, par suite, pas davantage les autres cautions solidaires, sauf convention contraire ; qu'après avoir relevé que, le 5 avril 1990, les cautions s'étaient engagées solidairement à l'égard du débiteur principal et que chacune s'était engagé sans faire de l'engagement des quatre autres une condition de son propre engagement, acceptant en conséquence l'éventualité d'une diminution de leurs droits dans les rapports entre elles, c'est à bon droit que l'arrêt énonce que chaque caution solidaire reste tenue, à concurrence de son engagement, de la totalité de la dette* »⁶³⁸.

Reviement ou contrariété de jurisprudence, s'interroge M. AYNES⁶³⁹ ?

Quoi qu'il en soit, cette décision est un véritable retour à la solution consacrée par l'arrêt du 18 juillet 1866, et semble plus conforme et plus logique car si chacune des cautions est solidaire du débiteur, il n'existe entre les cautions aucune dette commune qui pourrait être affectée par la libération de l'une d'elles.

⁶³⁷ J. FRANCOIS, Les obligations, *Régime général*, op. cit., n° 115, p. 97.

⁶³⁸ Cass. Com., 7 décembre 1999, www.legifrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 96-15915 ; Dalloz 2001, somm., p. 697

⁶³⁹ L. AYNES, Dalloz 2001, somm., p. 697.

2 / Le maintien des débiteurs solidaires et des cautions à l'obligation novée

509- L'article 1281, al.3 tempère les solutions qui précèdent en énonçant : « néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs solidaires ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement ». Ce texte est cependant flou :

D'une part, on ne sait pas si l'expression « accession » désigne un report des engagements solidaires et/ou des cautionnements existants sur l'obligation novée ou la souscription de nouveaux engagements solidaires et/ou de nouveaux cautionnements.

D'autre part, le même texte énonce encore que si le créancier a exigé l'accession des codébiteurs et/ou des cautions et que ces derniers s'y refusent, l'ancienne créance subsiste. Faut-il entendre par là que la novation ne sera possible que si les codébiteurs et/ou les cautions, lorsque le créancier l'exige, accèdent à l'obligation novée ?

Toutes ces questions méritent notre attention.

a / L'accession des codébiteurs solidaires et/ou des cautions à l'obligation novée sur exigence du créancier

510- Le créancier peut ainsi, en vertu de l'article 1281, al.3, se réserver que les codébiteurs solidaires et/ou les cautions, qui sont tenus de la dette qu'il veut novier, accéderont à l'obligation novée. Cette règle semble acquise.

511- Mais cette règle évoque aussi l'idée d'un report de l'engagement des codébiteurs et/ou des cautions sur l'obligation novée et non la souscription d'un nouvel engagement de payer solidairement et/ou de la cautionner⁶⁴⁰.

La formulation hermétique de l'article 1281, al. 3 ne permet pas aussi d'affirmer le contraire.

512- La seule issue qui nous semble possible est de s'en référer à l'obligation novée : si cette obligation ne prend date qu'à partir de la novation, encore que le code est muet sur cette question, on doit considérer que l'article 1281, al. 3 veut signifier simplement que le codébiteurs et/ou les cautions doivent souscrire de nouveaux engagements ; en revanche, si l'obligation novée prend la date de naissance de l'obligation initiale, on doit considérer qu'il s'agit d'un report des engagements et/ou des cautionnements qui garantissaient l'obligation initiale.

Mais une autre difficulté tient aussi à la portée du refus des codébiteurs solidaires et/ou des cautions à accéder à l'obligation novée.

⁶⁴⁰ En sens contraire, voir par exemple : J. FRANCOIS, *Les obligations, Régime général*, op. cit., n° 115, p. 97 : « l'article 1281, al 3, signifie simplement que le créancier conclure la novation sous la condition que les codébiteurs prennent tous un nouvel engagement solidaire envers lui, ou que la caution se porte garante de l'obligation nouvelle » ; G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ, *Les obligations, Le régime*, op. cit., n° 423, p. 390.

b / La portée du refus des codébiteurs et/ou des cautions à accéder à l'obligation novée

513- L'article 1281, al. 3 énonce que si le créancier a exigé l'accession des codébiteurs solidaires et/ou des cautions et que ces dernières s'y refusent, l'ancienne créance subsiste. Est-ce à dire qu'en cas de refus des codébiteurs ou des cautions, il ne peut y avoir novation ?

514- Nous ne le pensons pas. Le texte énonce seulement que le créancier peut subordonner la novation à la condition que les codébiteurs solidaires et/ou les cautions accèdent à l'obligation novée. En pareil cas, la novation sera subordonnée à une condition et n'existera que quand les codébiteurs et/ou les cautions auront fourni cet engagement, duquel le créancier a entendu faire dépendre la convention novatoire. Si les codébiteurs et/ou les cautions n'acceptent pas, *le statu quo est maintenu*⁶⁴¹.

Mais le texte signifie aussi que le créancier peut demander l'accession des codébiteurs et/ou des cautions sans en faire une condition de la réalisation de l'opération. Dans ce cas, ceux-ci s'y refusent, la novation sera quand même formée, mais sans l'accession des codébiteurs et/ou des cautions.

Précisons enfin que le créancier peut ne pas du tout demander l'accession des codébiteurs solidaires et/ou des cautions à l'obligation novée. Cela reste cependant une hypothèse rare.

⁶⁴¹ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, op. cit., note de bas de page n° 2, p. 1324.

B / La justification de la libération des codébiteurs solidaires et/ou des cautions par l'atteinte à la substance de l'obligation initiale

515- La libération des codébiteurs solidaires et/ou des cautions peut être justifiée par le fait que la modification d'un élément essentiel a, de son seul fait, changé l'obligation qu'ils ont promis de payer solidairement ou s'étaient engagé à cautionner.

Toutes ces personnes se sont donc engagées en vertu de l'obligation initiale du débiteur, et l'absence de vice du consentement révèle qu'elles se sont engagées en connaissance de cause, c'est-à-dire en prenant considération tous les éléments susceptibles de déterminer leur consentement. Aussi doit-on soutenir qu'elles sont libérées dès que l'obligation qu'elles devaient garantir a été modifiée.

Pour les codébiteurs solidaires, à partir du moment ils sont tenus de la même manière que le débiteur principal, celui-ci ou le créancier seul ou encore les deux ne peuvent pas modifier l'obligation sans leur consentement et ceci, pour quelques modifications que ce soient. Toute modification de l'obligation initiale aurait pour conséquence leur libération.

Pour les cautions, l'article 2015 du code civil n'exprime pas d'autre idée qui dispose : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès et on ne peut l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ». En effet, la caution n'a garanti que l'obligation initiale et non l'obligation modifiée. C'est donc le fait même du changement de l'obligation qui libère la caution de son obligation.

Par exemple, la modification novatoire par changement d'objet change en principe l'assiette de l'objet de l'obligation initiale. Or l'article 2038 du code civil sanctionne le fait même d'avoir transformé l'assiette de l'engagement de la caution. Ce faisant, cette disposition est tout à fait conforme à l'esprit consensualiste de notre droit, qui ne fait qu'appliquer le principe de l'effet relatif des conventions en rappelant que la modification de l'objet de l'obligation ne peut être opposée à ceux qui n'ont pas participé à l'élaboration de l'acte.

II / Les tiers créanciers de l'une des parties à la novation : l'exemple des créanciers d'une procédure collective ouverte contre l'une des parties à la novation

516- Le droit contemporain des entreprises en difficulté vise à rééquilibrer la procédure collective en faveur des créanciers tout en permettant la continuation de l'exploitation et le redressement de l'entreprise. Afin de ne pas contrevenir à la loi d'égalité et à cet objectif de redressement, certains actes de la période suspecte sont marqués des stigmates de la fraude qui est alors présumée de manière irréfragable de sorte que la nullité est encourue de plein droit. Parmi ces actes, l'article 107-4° de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L.621-107-4° du nouveau code de commerce, condamne les paiements effectués certes au terme convenu mais selon une modalité anormale, c'est-à-dire autrement qu'en espèces, effets de commerce, virement, bordereaux Dailly ou « tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires.

517- Le problème peut se poser pour la novation. Autrement dit, dans quelle mesure la novation peut-elle être tenue pour un mode de

paiement échappant à la nullité de droit prévue par l'article L. 621-107-4° du nouveau code de commerce ?

518- Il n'existe pas, à notre connaissance, de décision jurisprudentielle qui a tranché cette question dans le domaine de la novation. Il en existe, cependant, dans le domaine de délégation de créance et les solutions retenues pour cette matière pourrait, peut-être, être transposées à la novation.

Ainsi, sous l'empire des textes du code de commerce (art. 446, devenu art. 477) tous les paiements de dette échues faits pendant la période suspecte autrement qu'en espèces ou en effet de commerce tombait sous le coup des inopposabilité obligatoires à la masse des créanciers. De fait, comme tout paiement qui s'analysait en une cession de créance, la délégation consentie par le débiteur, pendant la période suspecte, était considérée par la jurisprudence comme inopposable au droit de la masse⁶⁴².

La loi du 13 juillet 1967 modifia ces données classiques en adoptant une position moins rigide puisqu'elle déclarait désormais opposable à la masse des créanciers « tout mode normal de paiement » que celui réalisé en espèces, effets de commerce ou virement (art. 29-4°). L'esprit de la nouvelle rédaction du texte impliquait donc qu'il n'existait pas de mode de paiement anormal en soi et que la Cour de cassation devait désormais laisser aux juges du fond le soin d'apprécier, dans chacune situation, la normalité de l'acte. Mais cette appréciation n'était pas aisée en raison du caractère particulièrement fuyant de la notion de normalité. C'est ainsi que l'existence d'un

⁶⁴² Cass. civ., 29 juillet 1908, D. 1908, 1, p. 503 ; Cass. com., 23 mars 1965, Bull. civ., III, n° 225.

usage professionnel fut proposée comme l'un des moyens d'apprécier cette exigence de normalité.

Cette argumentation fût rejetée par la jurisprudence qui fit de cette normalité une application sévère et conserva les solutions antérieures, en estimant notamment que la délégation devait toujours être considérée comme un mode de paiement anormal quand bien même elle aurait été utilisée conformément à un usage professionnel⁶⁴³. L'anormalité de la délégation était déduite de l'appauvrissement du délégant et de la soustraction d'une créance fondamentale au gage de l'ensemble des créanciers. On se focalisait donc sur la rupture de l'égalité entre les créanciers chirographaires inhérente à l'acte de délégation lui-même sans prendre en compte l'éventuelle existence d'un usage professionnel.

Le législateur, sans doute, dans le but de remédier à cette position jurisprudentielle excessive, a, dans la nouvelle rédaction de l'art. 107-4° de la loi du 25 janvier 1985, substitué à l'ancienne formule de « mode normal de paiement » celle de « mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ».

Cette substitution de terminologique opérée par le législateur aurait dû conduire la jurisprudence, juste après, à infléchir sur la sévérité qu'elle applique à la lumière de la normalité. Ce ne fut pas le cas⁶⁴⁴. Ce n'est, en fait, que le 23 janvier 2001 que la jurisprudence,

⁶⁴³ Cass. com., 3 juillet 1986, Bull.civ., IV, n° 12.

⁶⁴⁴ Cass. Com., 3 janvier 1995, www.legifrance.gouv.fr, n° du pourvoi : 92-439 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la SCI Les Balcons d'Eze, maître de l'ouvrage, et les sociétés Mures Sud, Béton Contrôle Côte-d'Azur, Trinité Planchers, les Bois Jauffret et M. Turba établissaient que, dans les relations d'affaires du secteur professionnel de la construction considérée, le paiement des fournisseurs par la délégation des créances que l'entrepreneur détient sur le maître de l'ouvrage est communément admis, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

dans un arrêt de la chambre commerciale⁶⁴⁵, acceptera la délégation comme un mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires : « attendu qu'en référant aux relations entre la Sodero ayant financé le prêt et l'emprunteur pour déterminer si la délégation de créance faite par la société au profit de la Sodero constituait une pratique générale et habituelle dans les relations d'affaires du secteur bancaire pour la mise en place d'un prêt immobilier, la cour d'appel, qui n'était pas tenu de répondre aux conclusions inopérantes dont fait état le moyen, dès lors qu'un mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ne résulte pas forcément d'un usage, a légalement justifié sa décision ».

La délégation de créance consentie par le débiteur à la procédure de redressement judiciaire est donc un mode normal de paiement et ainsi opposable à la masse des créanciers. La même solution doit être retenue pour la novation lorsque celle-ci est consentie par le débiteur à la procédure collective. Il faut cependant qu'il s'agisse d'une novation par changement de créancier consentie dans le but de payer une dette

⁶⁴⁵ Cass. com., 23 janvier 2001, Bull. civ., IV, n° 22, p. 20 ; JCP éd. G. 2001, I, n° 321 ; D. 2001, Jurispr., p. 2509, note Bimes-Arbus S.

<p style="text-align: center;">SECTION 2 : LES EFFETS TENDANT A MARQUER LA CONTINUITE DE L'OBLIGATION INITIALE</p>

519- Comme pour les codébiteurs solidaires et les cautions, la novation entraîne l'extinction des sûretés réelles qui garantissaient l'obligation initiale. L'article 1278 pose ainsi le principe selon lequel : « les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée ». Mais ce même article rajoute : « à moins que le créancier ne les ait expressément réservés ». Cette dernière disposition permet donc au créancier de réserver les sûretés réelles anciennes et de les transporter telles quelles sur l'obligation novée. Or cette faculté ne s'explique que par une réviviscence de l'obligation initiale.

Paragraphe premier : Le fondement de la possibilité du report des privilèges et des hypothèques sur l'obligation novée

520- Par suite d'une réserve expresse du créancier, les privilèges et hypothèques peuvent survivre à l'obligation qu'ils garantissaient, mais s'appliquer à une autre dette. Les garanties ainsi réservées produisent leur effet, non pas à la date de l'obligation novée, mais à la date de l'obligation originaire. Dès lors, le créancier hypothécaire qui, tout en consentant novation de sa créance, s'est réservé son hypothèque, pourra se faire colloquer à la date de l'inscription primitive.

521- Cette faculté est extraordinaire car si les privilèges et hypothèques sont des accessoires de l'obligations initiale, et que celle-ci se trouve complètement éteinte comme on le prétend, rien de plus naturel qu'ils s'éteignent aussi. Autrement dit, les privilèges et hypothèques sont des obligations accessoires ou subsidiaires de la chose pour confirmer et assurer la promesse et obligation de la personne qui est débitrice. Or, quand l'obligation personnelle est éteinte, il est naturel que l'obligation accessoire ou subsidiaire s'éteigne également, l'accessoire ne pouvant survivre au principal.

Ajoutons que lorsque l'obligation principale est frappée d'extinction, les privilèges et hypothèques sont, en principe, désormais sans objet. Comment expliquer alors que les privilèges et hypothèques survivent à l'obligation dont ils étaient l'accessoire et vont garantir une obligation nouvelle à leur rang primitif, c'est-à-dire à une date antérieure à la naissance de cette obligation ?

522- On le fonde d'abord sur un emprunt au droit romain. C'est ainsi qu'écrit un auteur⁶⁴⁶ : *« nous voyons ici une dérogation au principe que les privilèges et hypothèques s'éteignent avec la dette principale dont ils sont l'accessoire. Du reste, le Code Napoléon, en admettant cette dérogation, n'a fait que consacrer les principes admis en droit romain. Elle était, en effet, autorisée par les lois 3 et 21 du Dig., qui potiores, comme elle l'est par l'article 1278, in fine ».*

L'auteur cite à ce propos BIGOT DE PREAMENEU : *« l'effet de la novation étant d'éteindre l'ancienne dette, cette extinction entraîne celle des hypothèques qui en étaient l'accessoire. Mais il a toujours été permis au créancier de transporter sur la seconde dette, et par*

⁶⁴⁶ Par exemple, DUPLESSIS, thèse précitée, p. 318

l'acte même qui contient la novation, les hypothèques sous lesquelles la première avait été stipulée ; la position des créanciers hypothécaires reste la même : ils n'ont pas droit, parce qu'ils n'ont pas d'intérêt de s'y opposer ».

523- Seulement, l'emprunt au droit romain ne fait que confirmer l'idée de continuité de l'obligation initiale car, la novation en droit romain était la translation d'une obligation dans une autre.

524- Mais en dehors du fondement historique, on peut en trouver d'autres plus techniques :

525- Le premier tient au mécanisme même de la novation. En effet, entre l'extinction de l'obligation initiale et la création de l'obligation novée, il n'y a pas un instant de rupture. L'extinction et la création sont concomitantes. De fait, on serait tenté d'expliquer la possibilité du maintien des privilèges et hypothèques initiaux par le fait qu'ils ne se sont jamais trouvés sans un droit principal auquel ils soient attachés. C'est ce qu'affirment, d'ailleurs, remarquablement PLANIOL et RIPERT lorsqu'ils écrivent : *« au point de vue pratique la disposition de l'article 1278 est d'ailleurs fort utile. Elle ne nuit à personne, puisque la situation des autres créanciers n'est pas modifiée. D'autre part, elle tient compte du lien qui existe entre les deux obligations successives, du fait que la seconde, apparaissant comme la suite de la première, peut assez participer à certaines de ses prérogatives, si les parties l'ont voulu »*⁶⁴⁷.

C'est donc l'absence de rupture dans l'opération par l'existence de *l'animus novandi*, c'est-à-dire du lien qui assure la continuité de

⁶⁴⁷ PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 1269, p. 674

l'obligation initiale, qui fonde le report des privilèges et hypothèques initiaux sur l'obligation novée.

526- La seconde tient au fait que la novation, contrairement à ce que certains prétendent, ne crée pas une situation radicalement nouvelle entre les contractants. La jurisprudence a eu à le rappeler à plusieurs occasions.

C'est ainsi que la Cour de cassation a censuré une décision de Cour d'appel qui avait conclu à l'extinction d'une clause de résiliation par l'effet de la novation intervenue dans les obligations des parties.

Les faits étaient les suivants :

Une société, Société Fichet Bauche, avait confié la distribution de ses produits, par contrat de concession exclusive, à la Société de droit égyptien, Assad. Il était convenu entre les parties que le contrat était résiliable à tout moment sans indemnité sous réserve du respect d'un préavis de six mois. Par avenant, elles conviennent ensuite de modifier les conditions d'exécution de la convention, le règlement de fournitures devant intervenir directement entre le fournisseur et les clients sans passer par le distributeur, qui recevait néanmoins un pourcentage. Quelques années plus tard, la Société Fichet Bauche notifiait à son distributeur la résiliation du contrat avec un préavis de six mois. La Société Assad soutint alors que la convention qui les liait était devenu un mandat d'intérêt commun et réclama une indemnité pour rupture sans motif légitime. La Cour d'appel fût droit à cette demande au motif que l'avenant de 1983 avait nové les relations des parties en mandat d'intérêt commun se substituant au contrat de concession exclusive, de sorte que l'article du contrat d'origine qui permettait à chacune des parties de se départir de ses engagements

sans indemnité était devenu inapplicable. La Cour de cassation censurait toutefois cet arrêt en jugeant : « *qu'en statuant ainsi, alors qu'un mandat d'intérêt commun peut être révoqué, notamment, suivant les clauses et conditions spécifiques au contrat, la Cour d'appel, qui n'a pas relevé que l'avenant la clause de résiliation figurant au contrat d'origine, a violé les articles 1234 et 1273 du code civil* ».

Cette décision s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence récente en la matière.

En effet, dans un arrêt du 10 mai 1988 où le contrat d'origine comportait une clause compromissoire sur le sort de laquelle les parties se sont opposées après une modification de leurs relations contractuelles, la Cour de cassation avait alors jugé « *que la cour d'appel a justement estimé que la novation, à la supposer établie, ne peut avoir pour effet de priver d'efficacité la clause compromissoire insérée dans le contrat* »⁶⁴⁸.

La portée de cet arrêt pouvait être discutée, car la cour d'appel avait justifié sa solution par l'autonomie de la clause compromissoire. On sait, en matière d'arbitrage international, que cette clause est effectivement soumise à un régime particulier lui permettant d'échapper au sort des obligations qu'elle configure⁶⁴⁹.

Cependant, la Haute juridiction, sans aucunement se référer à ce principe d'autonomie, d'ailleurs expressément critiqué par le demandeur au pourvoi, avait confirmé la décision attaquée par une formule générale sur les effets de la novation. C'est ; semble-t-il, cette solution que reprend, sous une autre, l'arrêt rapporté : l'effet

⁶⁴⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mai 1988, Bull. civ., I, n° 139.

extinctif de la novation n'est pas total puisque peuvent subsister certains éléments, même accessoires, de l'obligation initiale.

Mais l'arrêt rapporté a aussi un apport non moins important. En effet, pour censurer l'arrêt qui lui était déféré, la Cour de cassation a retenu que la cour d'appel « *n'a pas relevé que l'avenant avait expressément annulé la clause de résiliation figurant qu contrat d'origine* ». C'est dire, semble-t-il que la novation ne crée pas de situation radicalement nouvelle sauf volonté contraire expresse des parties.

La jurisprudence prend ainsi ses distances avec les analyses doctrinales les plus classiques qui enseignaient que la spécificité de la novation réside dans son effet extinctif⁶⁵⁰.

527- Enfin, le fait que l'article 1278 du code civil soit appliqué aux privilèges et hypothèques légales évoque une continuité de l'obligation initiale.

La jurisprudence a étendu la solution aux privilèges et hypothèques légales⁶⁵¹. Or, ces dernières garanties sont attribuées par la loi en considération de la qualité ou de la cause des créances. Alors si l'obligation initiale avait complètement disparu, la qualité ou la cause en considération de laquelle ces garanties avaient été attribuées, disparaîtrait aussi.

⁶⁴⁹ CADIET L., Droit judiciaire privé, 2^{ème} éd. 1998, n° 2079.

⁶⁵⁰ PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. VII, Les obligations, 2^{ème} éd. 1954, par ESMEIN, GABOLDE et RADOUANT, n° 1267. ; MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, Les obligations, *Le régime*, op. cit., n° 422 ; F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., n° 1320.

⁶⁵¹ Cass. Req., 27 novembre 1855, R. D. 1956, 1, p. 25 ; Sirey 1956, 1, p. 534.

528- La novation ne crée donc pas une situation radicalement nouvelle et le report des privilèges et hypothèques sur l'obligation novée, avec leur rang primitif, est fondé sur cette affirmation.

Seulement si les privilèges et hypothèques peuvent ainsi être reportés sur l'obligation novée, il n'en résulte pas qu'ils puissent être transportés, quant à leur assiette, d'un bien à un autre ou d'un patrimoine à un autre.

Paragraphe deuxième : Modalités et limites du report

529- Pour effectuer le report les parties doivent respecter certaines modalités mais aussi certaines limites.

I / Les modalités du report

530- Le report ne s'opère, comme le dit l'article 1278 du code civil, qu'au moyen d'une réserve expresse.

Aucune formule sacramentelle n'est exigée, il suffit seulement au créancier d'employer des termes qui traduisent cette réserve.

La jurisprudence a d'ailleurs admis que le report soit implicite, si il découle nécessairement de l'acte⁶⁵².

Cependant, il existe un cas où le report des sûretés est présumé sans avoir à être stipulé : l'article 9 du décret du 20 mai 1955, actuel article L. 311-8 du code de la construction et de l'habitation, dispose que la vente d'un immeuble hypothéqué emporte transfert automatique

⁶⁵² Cass. Req., 27 novembre 1855, D. 1856, 1, 25 ; Sirey 1856, 1, 534.

des prêts à la construction accordés par le Crédit Foncier de France. L'acquéreur devient débiteur hypothécaire par la loi.

531- Par ailleurs, si la réserve du créancier pour le report peut être implicite, encore faut-il qu'elle se fasse dans l'acte opérant novation et au même moment⁶⁵³.

532- Le report doit aussi se faire sans modification de l'assiette, ni du rang, et l'obligation novée n'est garantie qu'à concurrence du chiffre de l'ancienne. On voit bien ainsi que le report des privilèges et hypothèques n'est pas totalement indépendant de l'obligation initialement garantie.

533- Le problème peut cependant venir de ce que le code ne fait pas allusion au consentement des propriétaires des biens grevés d'hypothèque ; la question se pose alors de savoir si les parties pouvaient, à l'insu du propriétaire du bien hypothéqué en garantie de l'obligation initiale (qui n'est pas le débiteur lui-même), reporter cette hypothèque à la garantie de l'obligation novée ?

534- Logiquement, la modification substantielle de la situation contractuelle des parties intéresse le patrimoine du tiers propriétaire du bien grevé en garantie de l'obligation initiale. On ne peut donc passer outre son accord.

On ne peut pas non plus parler de consentement puisque ce dernier traduit l'idée d'une nouvelle constitution d'hypothèque ; or cette constitution n'est pas le but de la réserve qui est un report des

⁶⁵³ PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 1269, p. 674 : « Pour que les garanties primitives soient conservées, il faut d'abord une réserve expresse du créancier, qui soit stipulée au moment même où s'effectue la novation ; sans quoi, une fois éteinte, il serait impossible de les faire revivre.

hypothèques avec leur rang initial. Il s'agirait donc plus d'un agrément que d'un consentement.

II / Les limites du report

535- Il faut éliminer les cas qui ne soulèvent pas de difficulté. Il s'agit de la novation par changement de créancier et de la novation par changement d'objet. En effet, si l'on raisonne sur ces deux formes de novation, le débiteur est inchangé. La convention est donc aisée, en ce qui concerne le report des privilèges et hypothèques qui grevaient ses propres biens. Le débiteur peut consentir à les reporter à l'obligation novée, et ils garderont leur rang initial.

536- D'ailleurs, le texte de l'article 1278 du code civil est considéré comme ne visant que, et visant à la fois, la novation par changement de créancier et la novation par changement d'objet.

Le fondement de cette interprétation tient non pas à la lettre de l'article 1278, qui est très générale, mais au fait qu'il existe un texte spécial pour la novation par changement de débiteur, l'article 1279 du code civil.

Ce texte dispose : « Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur.

Les privilèges et hypothèques primitifs de la créance peuvent être réservés, avec le consentement des propriétaires des biens grevés, pour la garantie de l'exécution de l'engagement du nouveau débiteur ».

Le problème de fond se voit à travers ce texte, il s'agit du report de l'hypothèque initiale en garantie de l'obligation novée.

Toutefois, la solution ne sera pas la même selon que l'immeuble hypothéqué reste la propriété du débiteur ou appartient à un tiers ou encore a été transmis en même temps que la dette, et selon que les parties veulent que ce ne soit cet immeuble qui soit grevé de l'hypothèque qui garantit la nouvelle dette.

Dans le premier cas, le problème du report de l'hypothèque est sans difficulté. Il y a trois hypothèses

La première concerne le cas dans lequel le débiteur primitif est resté propriétaire de l'immeuble hypothéqué, alors que sa dette est novée. Cette dette est du fait de la novation par changement de débiteur, transférée sur la tête du nouveau débiteur. La doctrine⁶⁵⁴ a d'abord admis, dans ce cas, la possibilité de maintenir l'hypothèque primitive à la garantie de la nouvelle obligation, en sorte que le débiteur originaire, n'étant plus tenu de la dette, le restait hypothécairement, au fond en qualité de caution hypothécaire. La loi du 16 juillet 1971, est venu consacrer cette doctrine en précisant, dans un alinéa 2 de l'article 1279, que l'hypothèque primitive pourra être réservée avec le consentement de l'ancien débiteur demeuré propriétaire de l'immeuble hypothéqué, pour la garantie de l'exécution de l'engagement du nouveau débiteur.

La deuxième situation est celle dans laquelle l'immeuble hypothéqué à la garantie de la dette initiale est transmis en même temps que la dette au nouveau débiteur. On admet généralement, dans

⁶⁵⁴ Par exemple : PLANIOL et RIPERT, op. cit., tome VII, n° 1269.

ce cas, que l'hypothèque primitive peut être maintenue. C'est d'ailleurs cette situation qui est le fréquemment envisagé en pratique.

La troisième hypothèse est où l'immeuble appartient à un tiers. C'est ici qu'intervient l'alinéa deux de l'article 1279 du code civil. En effet, depuis la loi du 16 juillet 1971, il est possible de réserver l'hypothèque primitive pour la garantie de l'exécution de l'engagement du nouveau débiteur.

Dans le second cas, en revanche, une limite est apportée à la possibilité de report l'hypothèque. Ce que les parties veulent, en effet, dans ce cas, c'est que l'hypothèque primitive laisse la place à une nouvelle hypothèque portant sur un autre immeuble, appartenant au nouveau débiteur et bien entendu, avec le rang de l'hypothèque initiale. C'est là qu'on se heurte à l'interdiction de l'article 1279 alinéa-1. : L'hypothèque primitive ne passe point sur les bien du nouveau débiteur.

537- Les rédacteurs du code civil ont ainsi envisagé par l'article 1279 que si, pour garantir l'obligation novée, il demeure possible de constituer une hypothèque sur un immeuble appartenant au nouveau débiteur, ce ne peut être qu'une hypothèque nouvelle : l'inscription qui en sera prise à la conservation des hypothèques ne prendra rang qu'à sa date. Elle ne rétroagira pas à la date d'inscription de l'hypothèque primitive. Il n'y a pas par conséquent report de celle-ci sur les biens du nouveau débiteur, avec le bénéfice du rang initial. Il s'agira en tous points d'une nouvelle hypothèque. Comme le dit assez clairement le premier alinéa de l'article 1279, l'hypothèque primitive ne peut point « passer sur les biens du nouveau débiteur ».

Conclusion du chapitre.

538- L'étude des effets de la novation a permis de voir que l'extinction n'explique pas à elle seule la nature de la novation ; que l'idée de modification substantielle était plus prompte aux effets ainsi analysés :

Les effets tendant à marquer la rupture entre l'obligation novée et l'obligation initiale s'expliquent ainsi par l'atteinte à la substance de l'obligation alors que ceux tendant à marquer une continuité de l'obligation initiale s'expliquent par l'idée de modification.

Conclusion du titre

339- Le régime de la novation transcende les différentes manières dont la novation est faite. Autrement dit, qu'elle soit par changement de créancier, par changement de débiteur ou par changement de d'objet, la novation suppose toujours une convention qui obéit aux mêmes règles.

Ainsi les conditions de validité de la novation sont identiques à toutes les novations et tiennent, dans l'ensemble et en dehors des conditions générales exigées pour toutes conventions, à la validité de l'obligation initiale et à celle de l'obligation novée.

Aussi les effets de la novation, qui expriment une certaine idée de continuité de l'obligation initiale, sont-ils identiques à toute novation.

Conclusion de la seconde partie

340- En novant leur obligation, les parties ont voulu la modifier substantiellement.

Ils peuvent ainsi sauver leur relation contractuelle dont la difficulté tenait à un élément essentiel et où le mécanisme de la modification simple ne peut intervenir. Ceci est une incontestable unité de la novation qui consiste toujours dans la modification d'un élément essentiel de l'obligation.

341- Mais, techniquement, cette opération n'est possible que par un procédé d'extinction qui n'est pas, d'ailleurs, isolé ; il faut, en même temps que cette extinction de l'obligation initial, créer une nouvelle obligation qui ne sera différente de la première que par un élément essentiel.

342- La novation trouve donc une incontestable unité dans sa nature juridique qui est de modifier substantiellement l'obligation.

D'ailleurs l'étude de la convention novatoire corrobore cette opinion.

En effet, la novation ayant pour cause la modification d'un élément de l'obligation, sa causalité ne peut en conséquence tenir que la validité de l'obligation initiale.

Aussi l'objet de la novation étant d'obtenir une obligation novée, c'est-à-dire une obligation différente seulement par un élément essentiel, il faut que cette obligation soit aussi valable.

Enfin, les effets de la novation, mêmes s'ils traduisent à certains égards une discontinuité de l'obligation initiale, n'en restent pas plus parlants sur l'idée de continuation.

Conclusion générale

543- Le point de départ de l'étude entreprise résultait d'un double constat :

Celui, d'une part, d'une prétendue absence d'originalité de la novation parce que faisant double-emploi avec d'autres notions.

Celui, d'autre part, de l'absence de réflexion générale sur sa nature juridique qui commande les effets qui lui sont attachés. Le but de la thèse était alors de dégager sa spécificité afin d'en déduire sa nature juridique.

544- A cette fin la démarche s'est assez rapidement imposée :

545- Il fallait dans un premier temps, confronter la novation avec les mécanismes qui semblent partager son domaine.

Cette confrontation a mis en évidence un domaine très large et éclaté dont souffre la notion. Mais elle a surtout mis en évidence le fait que la novation n'avait perdu ni de son utilité, ni de sa spécificité :

D'abord la novation est seule, dans certains domaines, capable de satisfaire aux besoins recherchés par les parties. Ce qui veut dire qu'elle a un domaine efficient

C'est le cas ainsi lorsqu'elle est faite par changement de personne et où elle permet non seulement de céder indirectement les créances en nature qui sont insusceptibles de cession pure et simple, mais aussi de réaliser l'équivalent d'une cession de dette. On a vu, en

effet, que même si la cession de créance, qu'on dit qu'elle a évincé la novation par changement de créancier, a une vitalité incontestable en pratique, elle ne l'est que pour les créances de sommes d'argent ; les autres créances, c'est-à-dire celles en nature, ne pouvant faire l'objet que d'une cession indirecte par voie de novation.

L'absence en droit français de la cession de dette rend également particulièrement utile la novation par changement de débiteur.

On en dire aussi de même lorsque la novation est faite entre les mêmes parties, mais cette fois pour changer l'objet de l'obligation en cour d'exécution.

Il est donc a observer que la disparité du domaine de la notion n'a pas nuit à son utilité.

Elle n'a pas non plus nuit à son originalité. La spécificité de la novation, quel que soit son mode de réalisation, c'est-à-dire qu'elle soit par changement de personne ou par changement d'objet, est de changer un élément essentiel de l'obligation.

546- Cette spécificité qui transcende toute les formes de novation va, d'ailleurs, permettre, dans le deuxième temps de la démarche, d'étudier la novation dans son unité. Cette unité s'est trouvée dans sa nature juridique qui commande son régime juridique.

L'étude de la nature juridique a révélé qu'elle était un mécanisme qui permet d'enrichir un procédé irréductible aux autres gammes de ceux offerts aux sujets de droit pour atteindre un certains but, en l'occurrence la modification de l'obligation. Ainsi à côté de la

modification simple qui permet de modifier l'obligation dans ses éléments accessoires, la novation permet aux parties de modifier substantiellement, en cours d'exécution, leur obligation.

Elle offre cependant, quant à son régime juridique et contrairement à la modification simple, l'avantage et l'aspect rassurant d'un cadre depuis longtemps connu et réglementé.

546- Un constat s'impose donc : Loin d'avoir fait « fait son temps », d'être une notion dépassée, anachronique ou rétrograde, la novation, cette autre « mal aimée » du droit des obligations, reste même une véritable réalité dans la matière contractuelle.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, traités et manuels

ACCARIAS C

Précis de droit romain, tome I, 3^{ème} éd., 1882

AUBERT J.-L.

Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 3^{ème} éd. Armand Colin.

AUBRY et RAU

Cours de droit civil français, t. 4, 6^{ème} éd., 1938, par BARTIN.

BAUDRY-LACANTINERIE

- *Précis de droit civil*, tome I, 5^{ème} éd., 1895.

- *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIV, *Les obligations*, par BARDE, 3^{ème} éd., 1906

BENABENT :

- *Les obligations*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2001

- *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2001.

BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIERE

Cours de droit civil français, tome VIII, par G. LAGARDE, *Obligations*, 2^{ème} éd., 1952.

BONNEAU

Droit bancaire, 4^{ème} éd. Montchrestien 2001.

BONNECASE

Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, tomes I à IV, Sirey 1924-1928.

CABRILLAC et MOULY

Droit des sûretés, 5^{ème} éd., Litec, 1999.

CAPITANT H.

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 10^{ème} éd. 1994, par F. TERRE et Y. LEQUETTE

CARBONNIER J.

- *Droit civil*, tome I, *Introduction*, 22^{ème} éd., Puf 1999

- *Droit civil*, tome III, *Les biens*, 19^{ème} éd., Puf 2000.

- *Droit civil*, tome IV, *Les obligations*, 22^{ème} éd., Puf 2000.

CASTALDO A.

Cours élémentaire d'histoire du droit, 1^{ère} éd., Dalloz 1999.

CAVALDA et STOUFFLET

Droit bancaire, 4^{ème} éd. 1999.

COLIN, CAPITANT et JULIOT DE LA MORANDIERE :

- *Cours élémentaire De droit civil français*, tomes II et III, 9^{ème} et 10^{ème} éd., Dalloz 1948-1950.

- *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, 10^{ème} éd., Dalloz 1942

COLLART-DUTILLEUL et DELEBECQUE

Contrats civils et commerciaux, 6^{ème} éd., Dalloz 2002.

CORNU :

- *Linguistique juridique*, 2^{ème} éd., Montchrestien 2000

- *Vocabulaire juridique*, Association Henri-Capitant, 8^{ème} éd., Puf 2000.

DEMANTE , COLMET de SANTERRE

Cours analytique du code Napoléon, tome V, art. 1101- 1386, 1863.

DEMOGUE :

- *Traité des obligations en général, II – Effets des obligations*, tome VII, Rousseau et Cie, 1930.

- *Traité des obligations en général*, t. III, Rousseau et Cie, Paris 1931.

DEMOLOMBE :

- Cours du code Napoléon, tome I, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, 3^{ème} éd., Durand et Hachette 1863.

- Cours du code Napoléon, tome IX, *Traité de la distinction des biens*, 4^{ème} éd., 1870.

DURANTON

Cours de droit français suivant le code civil, tome V, 2^{ème} éd., 1928.

ESMEIN

Cours élémentaire d'histoire du droit français, 1892.

FAGES B. et MALEVILLE M. H.

Lamy « Droit des contrats », 1999.

FENET P.-A. :

- *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome IV VII, Videcoq, 1827.

- *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, tome XV, Videcoq ? 1936.

FLOUR, AUBERT et SAVAUX

Les obligations, 1- *L'acte juridique*, 10^{ème} éd., Armand Colin, 2001.

FLOUR J., AUBERT, FLOUR (Y) et SAVAUX

Les obligations, 3- *Le rapport d'obligations*, 2^{ème} éd., Armand Colin, 2001.

FRANCOIS J.

Droit civil (Traité sous la direction de Ch. LARROUMET), tome IV, *Les obligations, Régime général*, Economica 2000.

GAUDEMET J.

Droit privé romain, 2^{ème} éd., Montchrestien 2000.

GAZZANIGA

Introduction historique au droit des obligations, éd. Puf 1992.

GHESTIN J., GOUBEAUX, FABRE-MAGNAN

Traité de droit civil, *Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ 1994.

GHESTIN J., BILLIAU, JAMIN

Traité de droit civil, *Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ 2001.

GHESTIN J. avec le concours de BILLIAU M.

Traité de droit civil - *Les obligations, Les effets du contrat*, LGDJ 1992.

GHESTIN J., FONTAINE

Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges, LGDJ 1992.

GIRARD P.-F. :

- *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1896.

- *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 8^{ème} éd. 1929, par F. SEEN.

HILAIRE

Introduction historique au droit commercial, éd. Puf 1986.

HUC

Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances, tome second, Paris 1891, Librairie Cotillon.

HUET

Traité de droit civil, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., LGDJ 2001.

JAVILLIER

Droit du travail, 7^{ème} éd., LGDJ 1999.

JOSSERAND :

- Cours de droit civil français, tome I, *Théorie générale du droit et des droits*, 2^{ème} éd., Sirey 1932.

- Cours de droit civil français, tome II, *Théorie générale des obligations*, 2^{ème} éd., Dalloz 1939.

LAROMBIERE M. L.

Traité et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du code civil, articles 1101 à 1386, tome premier, article 1101 à 1145, Paris 1885.

LARROUMET

- Droit civil, *Introduction à l'étude du droit privé*, 2^{ème} éd., Economica 1995.

- Droit civil, *Les obligations, Le contrat*, 4^{ème} éd., Economica 1998.

LAURENT

Principes de droit civil, tome VI, 3^{ème} éd., 1878.

LEPOINTE

Les obligations dans l'ancien droit français, éd. Montchrestien, 1958.

LEVY J.-P.

Histoire des obligations, *Les cours du droit*, 1995.

LOCRE

Procès verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du code Napoléon, tome III à VI, 2^{ème} éd., Paris 1808.

MACQUERON

Précis des obligations en droit romain, Cours faculté d'Aix Marseille, 1963-1964, éd. La pensée universitaire.

MACARDE :

- *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, t. 4, 5^{ème} éd., Paris, Cotillon 1859.

- *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, tome V, 6^{ème} éd., 1866.

MALAURIE, AYNES :

- Cours de droit civil, *Introduction générale*, 2^{ème} éd., Cujas 1994.

- Cours de droit civil, *Les obligations, Contrats et quasi-contrats*, 11^{ème} éd., Cujas 2001.

- Cours de droit civil, *Les obligations, Régime général*, 11^{ème} éd., Cujas 2001.

- Cours de droit civil, *Sûretés, publicité foncière*, 10^{ème} éd., Cujas 2000.

MALAURIE, AYNES, GAUTIER

Cours de droit civil, *Contrats spéciaux*, 14^{ème} éd., Cujas 2001.

MALINVAUD

Droit des obligations, 7^{ème} éd., Litec 2001.

MARTY, RAYNAUD :

- *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^{ème} éd., Sirey 1972.

- Droit civil, *Les obligations*, tome I, *Les sources*, 2^{ème} éd., Sirey 1988.

- Droit civil, *Les obligations*, tome II, *Le régime*, 2^{ème} éd., Sirey 1989.

MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS F.

Leçons de droit civil, *Obligations, théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien 1998.

MAZEAUD (H. L. et J.), PICOD

Leçons de droit civil, *Sûretés, publicité foncière*, 7^{ème} éd., Montchrestien 1999.

MAZEAUD (H. L. et J.) et De JUGLART M.

Leçons de droit civil, tome III, vol. 2, 5^{ème} éd. Montchrestien 1980.

MESTRE, PUTMAN, BILLIAU

Traité de droit civil, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996.

MONIER

Manuel élémentaire de droit romain, tome I, 6^{ème} éd., Montchrestien 1947.

OURLIAC P. et De MALAFOSSE J.

Histoire du droit privé. *Les obligations*, tome 1, PUF, Thémis 1961.

PELISSIER, SUPIOT, JEAMMAUD

Droit du travail, 20^{ème} éd., Dalloz 2000.

PETIT

Traité élémentaire de droit romain, 9^{ème} éd., 1925.

PLANIOL

Traité élémentaire de droit civil, tome I, Paris 1900.

PLANIOL et RIPERT

Traité pratique de droit civil français, tome VI, *Les obligations*, par ESMEIN, LGDJ 1930.

PLANIOL M., par RIPERT G. et BOULANGER J.

Traité élémentaire de droit civil, tome 2, 2^{ème} éd. LGDJ 1947.

POTHIER

Traité sur différentes matières du droit civil, appliquées à l'usage des barreaux et de jurisprudence française, tomes I à IV, éd. Debure, 1773.

RAYNAUD

Cours de droit civil, Les cours de droit, 1967-1968.

REINHARD, CHAZAL

Droit commercial, 6^{ème} éd., Litec 2002

RIPERT et ROBLOT :

- *Traité de droit commercial*, tome II, 17^{ème} éd. Par DELEBECQUE et GERMAIN, LGDJ 2000.

- *Traité de droit commercial*, tome II, 15^{ème} éd. Par DELEBECQUE et GERMAIN, LGDJ 1996.

ROLAND et BOYER

Adages du droit français, 4^{ème} éd., Litec 1999.

RIPERT et ROBLOT

Traité de droit commercial, tome I, vol. 1, par L. VOGEL, 18^{ème} éd., LGDJ 2001.

SERIAUX : - *Contrats civils*, éd. Puf, 2001.

- *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., Puf 1998.

SIMLER, DELEBECQUE

Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, 3^{ème} éd., Dalloz 2000.

STARCK, ROLAND et BOYER :

- *Introduction au droit*, 5^{ème} éd., Litec 2000.

- *Droit civil, Les obligations, contrat*, 6^{ème} éd., Litec 1998.

- *Droit civil, Les obligations, Régime générale*, 6^{ème} éd., 1999.

TERRE

Introduction générale au droit, 5^{ème} éd., Dalloz 2000.

TERRE et SIMLER

Droit civil, Les biens, 5^{ème} éd., Dalloz 2002.

TERRE, SIMLER et LEQUETTE

Droit civil, Les obligations, 8^{ème} éd., Dalloz 2002.

TOULIER

Le droit civil français suivant l'ordre du code civil, tomes III et IV, 5^{ème} éd., 1812-1830.

TROPLONG

De la vente, tome II, 5^{ème} éd. 1856.

WITZ C.

Droit privé allemand. Actes juridiques, droits subjectifs, tome 1, Litec 1992.

ZENATI, REVET

Les biens, 2^{ème} éd., Puf 1997.

Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

AYNES

La cession de contrat et les opérations à trois personnes, thèse Paris II 1981, Economica 1984.

BILLIAU

- *La délégation de créance*, préf. GHESTIN, LGDJ, 1989.

- *La transmission des créances et des dettes*, Droit des affaires, LGDJ 2002.

BOULAN F.

La transaction en droit privé positif, thèse Aix-en-Provence 1971.

BOYER L.

La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, thèse Toulouse 1947.

BUFFELAN-LANORE Y.

Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, LGDJ 1963.

CABRILLAC

L'acte juridique conjonctif en droit privé français, préf. CATALA, LGDJ, 1990.

CADIET L.

Le droit contemporain des contrats, Economica 1987.

CAPITANT

De la cause des obligations, Paris, éd. Dalloz 1923.

CARBONNIER

Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, 8^{ème} éd., LGDJ 1995.

CATALA

La nature juridique du paiement, préf. J. CARBONNIER, thèse LGDJ, 1961.

CHANOIT M.

De la novation en droit romain et en droit français, thèse Caen, éd. Valin 1880.

CHEVALLIER J.

De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, thèse Rennes, Dalloz 1932.

COMPARATO

Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, Dalloz, 1964

COUTURIER G.

La confirmation des actes nuls, thèse Paris, LGDJ 1971.

COZIAN M.

L'action directe, préf. PONSARD A., thèse LGDJ 1969.

DABIN

La technique d'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, Bruylant-Sirey, 1935.

D'AUVERVILLE G.

De la novation en droit romain et en droit français, thèse Lyon 1882.

DEMOGUE

Les notions fondamentales de droit privé, essai critique, Paris 1911.

DREYFUSS-NETTER

Les manifestations de volonté abdicatives, thèse LGDJ 1985.

DUCOIN C.

Essai sur la notion de renonciation en droit civil français, thèse Lyon 1913.

DUGUIT

Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, 2^{ème} éd., 1920.

DUPEYRON CH.

La régularisation des actes nuls, thèse Toulouse, LGDJ 1973.

DUPLESSIS

Etude sur la novation et la délégation en droit romain et en droit français ancien et moderne, thèse Paris, 1869.

DUPONT R.

L'application des lois nouvelles aux contrats en cours, thèse Lille, 1945.

GAUDEMET

Etude sur le transport de dette à titre particulier, thèse Dijon, 1898.

GENY F.

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique, LGDJ, 2^{ème} éd. 1919.

GENY F.

Science et technique en droit privé. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, tome 3 : Elaboration technique du droit positif, 2^{ème} éd., Sirey 1921.

GHOZI A.

La modification de l'obligation par la volonté des parties, thèse LGDJ 1980.

GIDE P.

Etude sur la novation et le transfert de créances en droit romain, thèse Paris Larose 1879.

GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance – Elaboration d'un système des droits patrimoniaux*, Thèse Paris, LGDJ 1960.

GJIDARA S.

L'endettement et le droit privé, préface A. GHOZI, LGDJ 1988.

GODE P.

Volonté et manifestations tacites, Travaux de recherche de l'Université de droit et de la santé de Lille, PUF, Paris 1977.

GOOMA N.M.K.

Théorie des sources de l'obligation, préf. CARBONNIER J., thèse LGDJ 1968.

GOUBEAUX G.

La règle de l'accessoire en droit privé. Etude sur la maxime « Accessorium sequitur principale », thèse LGDJ 1968.

GOUNOT E.

Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique, thèse Dijon 1912.

GOUTAL

Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats, thèse Paris II, LGDJ 1981.

HAUSSER

Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse Paris, 1971.

HOBBS T.

Leviathan, par J.M. Dent, London 1959.

HUBERT

Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français, thèse Poitiers, 1899.

IZORCHE M.-L.

L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, Pres. Univ. Aix-Marseille 1996.

JAMIN Ch.

La notion d'action directe, LGDJ, 1992.

JAMIN Ch. et MAZEAUD D.

L'unilatéralisme et le droit des obligations, *Economica*, collec. « *Etudes juridiques* », 1999

JEULAND E.

Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, préf. L. CADIET, LGDJ 1999.

JOSSERAND

De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus de droit, 2^{ème} éd., Dalloz 1939.

KANT E.

Elément métaphysique et doctrine du droit, trad. par Barni, 1854.

KANT E.

Fondement de la métaphysique des mœurs, nouv. trad. par Delbos, 1962.

KELSEN H.

Théorie pure du droit, 2^{ème} éd., trad. Par EISENMANN, Bruylant, Collec. « la pensée juridique », LGDJ 1999.

LARROUMET Ch.

Les opérations juridiques à trois personnes, thèse Dacty. Bordeaux, 1968.

LEROUX CH.

De la novation en droit romain et en droit français, thèse Paris, éd. Mourgues 1861.

LEVENEUR L.

Situations de fait en droit privé, LGDJ 1990

LIBCHABER R.

Recherche sur la monnaie en droit privé, LGDJ 1992.

LOCKE D. J.

Essai sur le pouvoir civil, trad. par Fyot, PUF 1953.

LOMPRE A.

De la novation contractuelle, thèse Paris 1856

MARTIN DE LA MOUTTE

L'acte juridique unilatéral, thèse Toulouse, LGDJ 1951.

MATHIEU-IZORCHE

Le raisonnement juridique, éd. Puf, 2001.

MAZEAUD D.

La notion de clause pénale, thèse Paris XII, LGDJ 1992, Préf. F. CHABAS.

MEGRE

Les conditions d'existence et de validité de la novation, thèse Aix 1925.

MERLE

Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, thèse Toulouse, 1948.

MESTRE J.

La subrogation personnelle, thèse Aix, LGDJ, 1979

MOULY Ch.

Les causes d'extinction du cautionnement, Litec Droit, Paris 1979, préf.

CABRILLAC M.

NEGRE P.

Des conditions d'existence et de validité de la novation en droit romain, thèse Aix-en-Provence 1925.

NOURRIT R.

De la novation et de la délégation, thèse Aix, 1859.

PAULIN C.

La cause résolutoire, thèse LGDJ 1996.

PERELMAN

Logique juridique, nouvelle rhétorique, 2^{ème} éd., Dalloz 1999.

POPA

Les notions de « debitum » (Schuld) et « obligatio » (haftung) et leur application en droit français, 1935.

PUTMAN E.

De la formation des créances, thèse Aix-en-Provence 1987.

RAFFRAY

Les substitutions de contractants au cours de l'exécution d'un contrat, thèse dactylographiée, Montpellier, 1977.

REIGNE

La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français, thèse Paris II, 1993.

RIEG

Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse LGDJ, 1961, Préf. R. PERROT.

RIPERT

Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^{ème} éd., LGDJ 1951, reprint 1992.

RIPERT

La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} éd., LGDJ 1949, reprint 1994.

RIZZO

Le traitement juridique de l'endettement, Presse Universitaire Aix-Marseille, 1996, préf. Jacques MESTRE.

ROLAND

Essai sur les classifications juridiques, spécialement en droit privé, thèse dacty., Lyon 1952.

ROUBIER P.

Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, Collec. Philo. du droit 1963.

ROUHETTE

Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris, 1965.

ROUSSEAU J.-J.

Du contrat social, par Guillemin, U.G. éd. 1963.

SALEILLES R.

Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du code civil pour l'empire allemand, 3^{ème} éd., LGDJ 1914.

SALEILLES R.

Code civil allemand, éd. de l'O.L.E.D.I., Paris 1923.

SARRUT

De la novation, thèse Nancy 1874.

SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz 1979.

SAVATIER

Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, tome III, Dalloz 1959.

SCHALL B.

La notion de condition dans le contrat, thèse Strasbourg 1999.

SEGOGNE G.

De la dation en paiement en droit romain et en droit français, thèse Paris 1880.

SIMLER Ph.

Cautionnement et garanties autonomes, 3^{ème} éd., Litec 2000.

TAISNE J.-J.

La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, 3 vol, thèse Lille II, 1977.

TATOVICI

De l'évolution de la novation, thèse Paris 1908.

TERRE F.

L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thèse Paris, LGDJ 1957, Préf. R. LE BALLE.

VAN DE WYNCKELE-BAZELA

La notion de novation, thèse Lille II, 2001.

VAQUETTE T.

De la novation et de la délégation, thèse Douai, 1879.

VENIAMIN

Essai sur les données économiques dans l'obligation civile, thèse Paris 1930.

VERONREVILLE V.L.

Etude sur la novation en droit romain et en droit français, thèse Bordeaux 1873.

VICENTE S.

L'activité en tant que bien, Réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner, thèse Grenoble, 1999.

ZILEMENOS

Substitution et délégation en droit administratif, LGDJ, 1964.

WEILL

Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, thèse Strasbourg, 1938.

WICKER G.

Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ 1997.

ZENATI F.

La jurisprudence, Dalloz, Collec. « Méthodes du droit », 1991.

III / Articles, Rapports et Chroniques

ACHER J.

Essai sur la nature de l'action paulienne, RTD civ. 1906, p. 85.

ANCEL P.

- *Arbitrage et novation*, Revue de l'Arbitrage, éd. Litec 2002, n° 1, Doctrine, p. 3 à 32.

- *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTDciv. 1999, p. 771.

- *La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international*, Mélanges offerts à P. Draï, in « *Le juge entre deux millénaires* », Dalloz 2000, p. 161.

ATIAS Ch.

- *Restaurer le droit des contrats*, Dalloz 1998, chron., p. 137.

- *L'ambiguïté des arrêts dits de principes en droit privé*, JCP 1984, éd. G, I, 3145.

ATIAS Ch. et LINOTTE D.

Le mythe de l'adaptation du droit au fait, Dalloz 1997, chron. p. 251.

AUBERT J.-L.

A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, RTDciv. 1993, p. 263

AYNES L. :

- *La preuve de la volonté des parties de nover*, Dalloz 1997, somm., p. 409.

- *Cessions de contrats : nouvelles précisions sur le rôle du cédé*, Dalloz 1998, chron. p. 25

- *Le contrat : questions d'actualité. La circulation du contrat*, Petites affiches 5 mai 2000, p. 62.

BATIFOL H. :

- *Note sur les revirements de jurisprudence*, Arch. Philo. du Droit 1967, p. 335.

- *La « crise du contrat » et sa portée*, Arch. Philo du Droit, 1968, p. 13

BETANT-ROBET S.

La décharge de la cause par application de l'article 2037 du code civil, RTDciv. 1974, p. 309.

BONNEAU TH.

Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil, RTDciv. 1991, p. 1 et s.

BOULANGER J.

Usage et abus de la notion d'indivisibilité, RTDciv. 1959, p. 1

BOYER L.

Transaction, Rép. Civ. Dalloz 1989, voir *Transaction*.

BRUN PH.

Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ?, RTDciv. 1996, p. 29.

CABRILLAC M. :

- *Les accessoires de la créance*, in Etude dédiées à A. WEILL, 1983, p. 107.

- *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, Mélanges G. Marty, p. 2355.

CHARTIER Y.

Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Colloque tenu à la Cour de cassation les 10 et 11 décembre 1993, Doc. Fr., 1994, p. 151.

CHAUSSE

De la rétroactivité dans les actes juridiques, Rev. crit. DIP, 1900, t. XXIX, p. 520 et s.

CHAZAL J.-P.

Théorie de la cause et justice contractuelle. A propos de l'arrêt Chronopost (Cass. Com, 22 oct. 1996), JCP 1998 ? 2D. G, I, 152

CHAZAL J. P. et VICENTE S.

Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil, RTDciv. 2000, p. 477 et s.

CHEVALIER J.

Inexistence, nullité, annulabilité en droit civil, Travaux de l'association H. Capitant, XIV, 1962, p. 611.

CORNIL

Causes et conséquences de l'apparition tardive de l'animus novandi, Mélanges Fournier 1929, p. 87

COUTURIER G.

Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues, Dalloz 1975, Chron., 151, 170 et 221.

CROCQ P.

L'efficacité incertaine de la cession Dailly, Droit & Patrimoine, n° 106, juillet-août 2002, p. 80 à 91.

DABIN J.

Une nouvelle définition du droit réel, RTDciv. 1962, p. 20.

DAGOT

- *La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire, JCP 1975, I, n° 2693.*

- *La transmission des créances hypothécaire, JCP 1976, I, 2820.*

DEGORCES R.

Relecture de la théorie du compte courant, RTD com. 1997, p. 383 et s.

De la MASSUE

De l'absence de novation dans la résolution de l'obligation contractuelle, RTDciv. 1992, p. 377.

DELEBECQUE Ph.

Le contrat : questions d'actualité. Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat, Petites affiches 5 mai 2000, p. 22

DELMAS-SAINT-HILAIRE J.-P.,

L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in La stabilité du rapport contractuel, sous la dir. de P. Durand, LGDJ 1960, p. 189 et s.

DEPREZ J.

Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles, Travaux de l'association H. Capitant, tome XVI, 1964, p. 49.

DEROUIN P.

Pour une analyse fonctionnelle de la condition, RTDciv. 1978, p. 1 et s.

DESPAX

L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialement convenues avec l'employeur, Mélanges Marty 1978, p. 449.

DUFOSSEZ V.

Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations, RTDciv. 1985, p. 521.

DUPEYROUX J.-J.

Les obligations naturelles, la jurisprudence et le droit, Mélanges Maury 1959, tome 2, p. 321 et s.

DURRY G.

Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, Travaux de l'association H. CAPITANT, tome XIV, 1962, p. 611.

EISENMANN

Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en sciences juridique, in « *La logique du droit* », Arch. Philo du Droit, n° 11, 1966, p. 32.

ESMEIN

Essai sur la théorie juridique du compte courant, RTDciv. 1920, p. 81.

FABRE-MAGNAN M.

Le mythe de l'obligation de donner, RTDciv. 1996, p. 85.

FABRE R.

Les clauses d'adaptation dans les contrats, RTDciv. 1983, p. 1 et s.

FOURNIER A.

Hypothèque, Rép. Civ., Dalloz 1995, voir *Hypothèques*.

FRAUDE

La notion de transfert de créance, Rev. Rech. Juris. 1998, 3, p. 811.

FRISON-ROCHE A.-M. :

- *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTDciv. 1995, p. 575

- *L'indétermination du prix*, RTDciv. 1992, p. 269.

GAVALDA CH. :

- *Sécurité et précarité de la cession des créances par voie Dailly*, JCP 1989, II, 15374.

- *Un renouveau du bail à nourriture ?* RTDciv. 1953, p. 637.

GEBLER M.J.

Les obligations alternatives, RTDciv. 1969, p. 13.

GEGOUT M.

Essai sur la rétroactivité conventionnelle, Rev. crit. législ. et jurispr. 1931, p. 271.

GHESTIN J. :

- *La transmission des obligations*, Travaux des IX^{ème} journées Jean Dabin, LGDJ 1980.

- *La distinction des parties et des tiers au contrat*, JCP 1992, I, 3628.

- *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*, RTDciv. 1994, p. 777.

- *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, Dalloz 1973, chron., p. 293.

GINOSSAR

Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, RTDciv. 1962, p. 573 et s.

GODON L.

La distinction entre délégation de paiement et indication de paiement, Defrénois 2000, art. 37109.

GRIDEL J.-P.

Sur l'hypothèse d'un code européen des contrats : les propositions de l'académie des privatistes européens (pavie), Gaz. Pal., 23 au 25 fév. 2003, Doctr. P. 7 et s.

GRUA F.

A propos des cessions de créances par transmission d'effets, Dalloz 1986, chron., p. 261.

GUELFUCCI-THIBIERGE C.

De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à de la portée du principe de l'effet relatif, RTDciv. 1994, p. 275

GUERMEUR A.

Mécanismes juridiques de transfert des prêts d'une personne physique à une personne morale, Rev. dr. rural, n° 225 Août-septembre 1994.

HAÏM V.

La novation dans les contrats administratifs, JCP 1998, II, 10133.

HEBRAUD P.

Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, in Mélanges J. MAURY, Dalloz Sirey 1960, tome II, p. 419.

HEMMELE

La cession de créances professionnelle, Gaz. pal. 1984, 1, doct., p. 79.

HOUTCIEFF D.

Contribution à l'étude de l'intuitus personae, RTD civ. 2003, p. 3 à 30.

HUGON Ch.

Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat, JCP 1994, éd. G, I, 3790

JAMIN Ch.

Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, Dr. et patrimoine 1998, p. 46

JARROSSON CH.

Les concessions réciproques dans la transaction, Dalloz 1997, chron. p. 271.

JEANDIDIER W.

L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, RTDciv. 1976, p. 700 et s.

JESTAZ Ph. :

- *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, Mélanges p. RAYNAUD, Dalloz, Sirey 1985, chron. p. 197.

- *Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière*, D. 1972, chron., p. 177 et s.

JEULAND E.

Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne, Dalloz 1998, p. 356

KRIEF-SEMITKO C.

De l'action paulienne ou de la propriété des créances, droit de propriété sur une valeur, Rev. rech. Jur. 2004, p. 789.

KRYNEN J.

Le droit romain « droit commun de la France », Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, 2003, n° 38, p. 21 à 35.

LANCEREAU

La loi du 16 juillet 1971 et la promotion immobilière, Gaz. Pal. 1971, 2, doct., 440.

LADouble

Contribution à l'étude des créances cédées dans le cadre de la loi Dailly, Pet. Aff., 3 et 5 nov. 1986.

LARROUMET CH. :

- *Sur la réalisation de la défeasance en droit français*, Mélanges A. Breton et F. Derrida, Dalloz 1991, p. 193 et s.

- *La cession de contrat : une régression du droit français ?*, Mélanges en l'honneur de M. CABRILLAC, Litec 1999, p. 155.

- *L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire*, Dalloz 2000, chron. p. 155.

LAVABRE Ch.

Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat, RJDA 1997, p. 291.

LECUYER H.

-*La modification unilatéral du contrat*, « Actes du colloque organisé par le centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris Val-de-Marne (Paris XII) et le centre René-Démogue pour la recherche interdisciplinaire et comparative en droit des contrats de l'Université de Lille 2 », n° 9 « *L'unilatéralisme et le droit des obligations* », éd. Economica, p. 47 à 59.

-*Redéfinir la force obligatoire du contrat ?*, Petites affiches 6 mai 1998, p. 44

-*Le contrat, acte de prévision*, in *l'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz 1999, p. 643.

LEOTY D.

La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique ?, RTDciv. 1975, p. 12.

LE TOURNEAU Ph.

Quelques aspects de l'évolution du contrat, Mélanges offertes à P. RAYNAUD, Dalloz Sirey 1985, p. 349.

LETURMY L.

La responsabilité délictuelle du contractant, RTDciv. 1998, p. 839

LIBCHABER R. :

- *Les conséquences de la nullité de la convention novatoire lorsque celle-ci est imputable au créancier*, Dalloz 1997 somm., p. 334.

- *L'usufruit des créances existe-t-il ?* RTDciv. 1997, p. 615 et s.

MALAURIE Ph. Et AYNES L.

Les cessions de créances simplifiées, Defrénois 2002, art. 37574.

MALAURIE Ph. :

- *L'inflation et le droit civil des Obligations in Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*, Etudes à la mémoire du doyen P. AZARD, Cujas 1980, p. 184.

- *La réaction de la doctrine et la création du droit par les juges*, Defrénois 1980, art. 32345, p. 870.

- *Le contrat : questions d'actualité. Conclusion*, Petites affiches 5 mai 2000, p. 74.

MARTIN D. R.

Du changement de contractant, Dalloz 2001, Chron. P. 3144-3147.

MARTIN D. et SYNVET S.

Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée, JCP 1987, II, 14940.

MATHIEU-BOUYSSOU M.-E.

La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance, JCP éd. G, 2003, I, 116.

MAYER P.

Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. Arbit. 1998, p. 359.

MAZEAUD D.

Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, Rapport de synthèse présenté au 94^{ème} Congrès des notaires, Defrénois 1998, art. 36874, p. 1137.

MAZEAUD H.

La vente d'un logement hypothéqué en garantie d'un prêt à la construction, Mélanges J. de la Morandière 1964, p. 367 et s.

MESTRE J.

L'évolution du contrat en droit en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER à Poitiers, PUF 1986, p. 41.

MOLFESSIS N.

L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première chambre civile, le 10 octobre 1995, Dalloz 1997, chron., p. 85.

MORIN G. :

-Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts « à propos des articles de M. JOSSERAND », RTD civ. 1937, p. 553 à 563.

- La désagrégation de la théorie générale du code, Arch. Philo. du Droit 1940, p. 1.

NEUMAYER KH.

La transmission des obligations en droit comparé, IXème journées J. Dabin, LGDJ 1980, p. 226.

NEUVILLE S.

Le traitement planifié du surendettement, réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuses et contentieuses, RTD com. 2001.

NSIE E.

Les remises de dettes consenties aux débiteurs en difficultés, Rev. porc. coll. 1998, p. 138.

NUYTEN B. et LESAGE L.

Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme, Defrénois 1998, art. 36784, p. 497.

OPPÉTIT B.

Droit et économie, Arch. philo. dr.1993, tome 37, p. 17.

PACTET Ch.

De la réalisation de la novation, RTD civ. 1975, p. 435 et s., 643 et s.

PAUTET

La novation en droit du travail, Inf. chef entrep., 1975, p. 788 et s.

PETIT

Quelques réflexions sur la novation, Rev. crit. législ. Juris. 1930, p. 95.

PEZARD

La défaisance, RD bancaire et bourse, 1989, n° 12.

PIEDELIEVRE A.

Le matériel et l'immatériel, essai d'une approche de la notion de bien, Etudes offertes à M. de Juglard, 1986, p. 55 et s.

PIGNARRE G.

A la redécouverte de l'obligation de praestare. Pour une relecture de quelques articles du code civil, RTDciv. 2001, p. 41 et s.

PLANIOL M.

Classification des sources des obligations, Rev. Crit. leg. Juris., 1904, p. 224.

POUGHON J.-M.

Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat, in le contrat, Droit, Rev. Fr. th. Jurisp. 1990, p. 49

PRECIGOUT A.

Vente d'immeubles, JCP éd. N. 1974, 5657.

RAYNAUD P.

La renonciation à un droit, RTD civ. 1936, p. 763.

REMY Ph.

La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, RTDciv. 1997, p. 323.

REVET T.

De la propriété comme modèle, Mélanges COLOMAR, Litec 1993, p. 287.

ROUAST

A propos d'un livre sur la cause des obligations, RTDciv. 1923, p. 395.

SAEILLES R.

De la cession de dette, Ann. dr. com. 1890, 2, p.1.

SAVATIER R :

- *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTDciv. 1934, p. 25.

- *Le droit et l'accélération de l'histoire*, Dalloz 1951, chron. p. 29.

- *Dépréciation monétaire et vie juridique des contrats*, Dalloz 1972, chron. p. 1.

SAVAUX E.

La fin de la responsabilité contractuelle ?, RTDciv. 1999, p. 1.

SCHMIDT

Loi Dailly et crédit des entreprises, Gaz. pal. 1984, 1, doct., p. 77.

SCHREIBER

La cession et le nantissement des créances contenues dans les actes unilatéraux de droit public dans le cadre de la loi Dailly, Dalloz 1987, chron., p. 295.

SEILLAN

L'acte abdicatif, RTC civ. 1966, p. 681.

SENECHAL J.-P.

Les prêts substitutifs, JCP 1987, éd. N, I, p. 15.

SIMLER Ph. :

- *Juris. Class. Civ.*, art. 1271 à 1281, 1996, Voir *Novation*

- *Les solutions de substitution au cautionnement*, JCP 1990, éd. G, 3427.

SOUSI G.

La spécificité juridique de l'obligation de sommes d'argent, RTDciv. 1982, p. 514 et s.

STOUFFLET J.

Propos sur la transmission des créances, Mélanges A. WEILL 1983, p. 515.

STOUFFLET J. et F. SCHAUFELBERGER F.

La renégociation des prêts immobiliers, RDI 1988, p. 325.

TAORMINA G.

Réflexions sur le droit des sûretés à l'épreuve du droit de l'exécution forcée, Revus de la recherche juridique, Droit prospectif, Pres. Univ. d'Aix-Marseille, 2003, n° 3.

THIEBIERGE N.

Les prêts substitutifs, RDBB 1988, p. 76.

THIEBIERGE-GUELFUCCI C. :

- De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif, RTDciv. 1994, p. 275.

- Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTDciv. 1997, p. 359.

VASSEUR M.

L'application de la loi Dailly : escompte, cession de créance en propriété ou à titre de garantie ou bien l'une ou l'autre suivant le cas, Dalloz 1982, chron., p. 273 et s.

VATINET R.

Le mutuus dissensus, RTD civ. 1987, p. 280.

VEDEL G.

La juridiction compétente pour faire cesser la voie de fait administrative, JCP 1956, I, 851.

VERICEL M.

Désuétude et actualité de la promesse de porte-fort ?, Dalloz 1988, chron. p. 123.

VILLEY M.

- Historique à l'étude de la notion de contrat, Arch. Philo. du Droit, t. 14, 1968, p. 1.

- Essor et décadence du volontarisme juridique, Arch. Philo. du Droit 1957, p. 87.

ZENATI F. :

- Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTDciv. 1993, p.305

- Notion de propriété, RTDciv. 1995, p. 652.

Notes, Observations et Conclusions

AYNES :

- note sous Cass.civ. 1996, D. 1996, doct. P. 58.
- obs. Cass.com, 21 juin 1994, D. 1995, somm. p. 91.
- Note sous Cass.civ.1^{ère}, 17 mars 1992, D. 1992, p. 481
- obs. Cass.com., 12 mai 1992, D. 1992, somm. p. 409.
- obs. Cass.civ. 1^{ère}, 21 janvier 1997, D. 1997, somm. p. 179.

BENABENT : - note sous Cass.com., 22 novembre 1988, D. 1989, p. 212.

- note sous Cass.Ass.Plén., 22 avril 1974, JCP 1974, II, 17786

BEQUIGNON-LAGARDE, note sous CA Nîmes, 10 novembre 1934, Sirey 1935, 2, p. 153.

BILLIAU : - note sous Cass.com, 21 janvier 1994, JCP 1994, éd. G, I, 3803.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 2 juin 1992, JCP 1992, éd. G, I, 3632.
- Note sous Cass.civ.1^{ère}, 17 mars 1992, JCP 1992, II, 21992

CABANNES, concl. Cass.Ass. Plèn., 4 mars 1983, D. 1983, jur. P. 381

CABRILLAC : - obs. Cass.com, 16 mai 1995, RTDcom. 1995, p. 823.

- obs. Cass.com, 29 novembre 1994, RTDcom. 1995, p. 173
- obs. Cass.com, 12 juillet 1961, RTDcom. 1962, p. 93

CABRILLAC et TEYSSIE, note sous CA Paris, 13 février 1991, RTDcom., p. 273

CARBONNIER, obs. Cass.civ.1^{ère}, 21 janvier 1959, RTDciv. 1960, p. 130

CARON Ch., note sous Cass.civ.1^{ère}, 2 décembre 1997, D. 1998, somm. p. 49.

CHABAS F., note sous Cass.civ.1^{ère}, 7 octobre 1998, Gaz. Pal. 5 et 6 avril 2000, jur. p. 26.

CHATAIN P.L. et FERRIERE F., obs. TI Pontarlier, 12 mars 1996, D. 1999, somm., p. 202.

CREDOT et GERARD, obs. Cass.com., 2 juin 1992, RD Banque 1992, p. 235.

DELEBECQUE Ph. : - obs. Cass.com., 3 juillet 2001, D. 2001, somm. p. 2345.

- obs. Cass.civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, D. 1999, somm. p. 110.
- obs. Cass.civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, RTDciv. 1998, p.377.
- obs. Cass.civ. 1^{ère}, 7 novembre 1995, Defrénois 1996, art.36272, p.356
- obs. Cass.civ. 1^{ère}, 17 novembre 1993, D. 1994, somm. p. 214.

DURRY G.: - obs. Cass.civ. 3^{ème}, 10 avril 1975, RTDciv. 1976, p. 151.

- obs. Cass.civ.3^{ème}, 1972, RTDciv. 1973, p. 581

FRANCOIS J., note sous Cass.civ.1^{ère}, 7 octobre 1998, D. aff. 1998, 1772.

GAUTIER P.Y., obs. Cass.civ.1^{ère} 14 juillet 1995, RTDciv. 1996, p. 417.

GHESTIN, note sous Cass.civ.3^{ème}, 17 juin 1971, D. 1971, p. 545

GOMAA, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 1967, D. 1969, p. 321

HAÏM V., *La novation dans les contrats administratifs* : note sous CAA Paris, 4^{ème} ch., 4 décembre 1997 ; Cne/Sté OTH Bâtiments publics industriels et commerciaux.

HAURIAU M., note sous C.E. 30 mars 1916, Sirey 1916, 3, 17.

HONORAT A., obs. Cass.com, 31 mai 1994, D. 1995, somm., p. 25

HOUIN R.: - obs. CA Aix-en-Provence, 27 mars et 16 juin 1962, RTDciv. 1963, p. 650.

- obs. Cass.com, 15 juillet 1968, RTDcom. 1969, p. 201.

JACOB F., note sous CA Metz, 6 septembre 1995, JCP, éd. G, II, 22854.

KARILADEVAN J., note sous CA Paris, 20 octobre 1983, D. 1985, p. 445.

LEGEAIS, obs. Cass.civ. 3^{ème}, 4 avril 2001, RD Banque et Bourse 2001, p. 230.

LEVENEUR L., obs. Cass.com, 21 juin 1994, contrats, conc. Consom., 1994, n° 246.

LIBCHABER, note sous Cass.civ.1^{ère}, 10 octobre 1995, D. 1996 p. 120.

LOUSSOUARN : -obs. Cass.civ.3^{ème}, 30 avril 1975, Gaz. Pal. 1975, 2, 587.
- obs. Cass.crim, 18 janvier 1972, RTDciv. 1972, p. 394

MALEVILLE M.H., note sous Cass.civ.1^{ère}, 7 octobre 1998, JCP 1998, II, 10202.

MARTIN-SERF, obs. Cass.com, 31 mai 1994, RTDcom. 1994, p. 785.

MATHEY N., note sous CA Versailles, 9 avril 1998, Peties affiches, 25 septembre 1998, p. 23.

MAZEAUD D. : - obs. Cass.civ.1^{ère} 1998, Defrénois 1998, art. 36899, n° 138.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 17 mars 1993, Defrénois 1994, art. 65891,
n° 118.

MAZEAUD H., obs. Cass.civ., 14 mars 1939, RTDciv. 1939, p. 772

MESTRE : - obs. Cass.com, 21 juin 1994, RTDciv. 1995, p. 113
- obs. Cass.civ.1^{ère}, 17 mars 1992, RTDciv. 1992, p. 765.
- Obs. Cass.civ.1^{ère}, 2 décembre 1997, RTDciv. 1998, p. 377.
- Obs. Cass.civ.1^{ère}, 28 novembre 1995, RTDciv. 1995, p. 618.
- Obs. Cass.com., 14 octobre 1997, RTDciv. 1998, p. 377.
- Obs. Cass.civ.1^{ère}, 7 novembre 1995, RTDciv. 1996, p. 619.
- Obs. Cass.com., 19 janvier 1993, RTDciv. 1993, p. 581.

MOUSSERON P., obs. Cass.com., 3 juillet 2001, JCP 2002, éd. E., 640

NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI J., obs. Cass.civ.2^{ème}, 2 janvier 1979, RTDciv 1980, p. 343.

PENNEAU, obs. Cass.com., 4 février 1992, D. 1992 ? SOMM. P. 408

PETEL P., note sous Cass.com, 19 janvier 1993, JCP 1993, II, 22056

PETIT, note sous Cass.civ.3^{ème}, 31 mai 1983, JCP 1984, 20156.

PIEDELIEVRE S., *Effet à l'égard des cautions solidaires de l'extinction du cautionnement par suite d'une novation par changement de débiteur* : **note** sous Cass. com., 7 décembre 1999, JCP, n° 36, 1618.

PLANQUEEL, note sous Cass.civ.3^{ème}, 30 avril 1975, Gaz. Pal. 1975, 2, 587

RAYMOND, obs. CA Paris, 3 juin 1999, contrat, conc., consom., 2000, n° 74.

REMY Ph., obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 18 juillet 1984, RTDciv.1984, p. 410.

RIVES-LANGE J.-L., obs. Cass.com., 22 novembre 1988, Banque 1989, p. 211.

RODIERE, note sous Cass.civ., 6 février 1939, Sirey 1941, 1, 145.

SAINTE-ROSE, concl. Cass.civ.1^{ère}, 7 octobre 1998, D. 1998, jur. p. 563

SAVATIER, obs. Cass.civ., 14 mars 1939, RTDciv. 1940, p. 102.

SENECHAL J.P., obs. Cass.com, 19 janvier 1993, Defrénois 1993, art. 35631, n° 8.

SIMLER, obs. Cass.com., 19 janvier 1993, JCP. 1993, I, 3717.

SOULEAU : - note sous CA Orléans, 25 octobre 1973, D. 1974, jur. p. 66
- note sous Cass.civ.3^{ème} 1972, D. 1973, jur. p. 205.

THALLER, note sous Cass.civ, 28 avril 1920, D. P. 1901, 1, p.17
VIRASSAMY G., obs. Cass.com, 14 mars 1996, JCP 1997, I, 4002.

Index analytique

A

accessoire, 153, 171
-notion d'accessoire, 175
-éléments accessoires, 178
affacturage, 58
aliquid novi, 179, 235, 404
animus novandi, 405, 407 et s
arbitrage 159
AYNES Laurent 106

B

bail,
-substitution de contrats de bail, 302
-substitution de locataire, 125
BENABENT Alain, 471
BILLIAU marc, 136, 137, 214,

CARBONNIER, 371

CATALA Nicole, 336

cause,
-du contrat, 320
-de l'obligation, 320, 325
-efficiente, 320, 325, 326
-élément de l'obligation, 325
-finale, 320
-objective, 320
-novation par changement de cause
-subjective, 320, 326

cautionnement, 493

caution,
-libération de la caution, 493
-sort des cautions, 502 à 515

clause,

-compromissoire, 226
-de résiliation, 226

cession,

-de créances, 94, 99, 100, 145 et s.
-de dette, 202
-Dailly, 129, 160

compte courant,

-notion, 332

-novation et compte courant, 333, 334

condition, 275

consentement, 12, 125, 408,

créances,

-de sommes d'argent, 116, 122, 134,

-en nature, 116, 118

D

dation en paiement, 304

defeasance, 217

délégation, 181

droit romain, 43, 49, 297

DUPLESSIS André, 15

E

extinction,

-mode d'extinction, 348, 349

-effet extinctif, 350

F

Fongibilité, 251

G

GHOZI Alain, 232, 251, 401

GINOSSAR, 123

I

intention de nover, 405

intransmissibilité de l'obligation, 49, 50, 55, 67

L

liberté contractuelle, 277

M

modification,

-définition, 232

-domaine, 231

-de l'obligation, 232, 240

-du contrat, 249

-simple, 374

-substantielle, 343, 374

-caractères, 375

mutuus dissensus, 284 et s.

N

novation,

- par changement de créancier, 36 et s., 40
- par changement de débiteur, 178, 181
- par changement de cause, 316
- par changement d'objet, 297 ets.
- de contrat, 230

O

objet,

- fongibilité, 243
- notion, 300

obligation,

- accessoire, 208
- naturelle, 447
- prescrite, 447

P

plan conventionnel, 248

prescription, 447

preuve, 417, 421

Prêt, 386

S

subrogation personnelle, 173, 174

T

Transaction, 247

U

usufruit, 130

TABLE DES MATIERES

Introduction.....2

PREMIERE PARTIE

LA NOVATION: UNE NOTION POLYVALENTE MAIS ORIGINALE

TITRE PREMIER

LE DOMAINE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE PERSONNE

**CHAPITRE PREMIER : LE DOMAINE DE LA NOVATION PAR
CHANGEMENT DE CREANCIER21**

SECTION 1 : LE FONDEMENT DE LA NOVATION PAR
CHANGEMENT DE CREANCIER AU REGARD DES DIFFERENTES
DE L'OBLIGATION CONTRACTUELLE23

*Paragraphe premier/ L'analyse de la novation par changement de
créancier au regard des différentes conceptions de
l'obligation..... 24*

**I / L'analyse de la novation par changement de créancier au regard
de la conception subjective de l'obligation25**

A / L'analyse historique25

1 / Le droit romain25

a / Les fondements de l'intransmissibilité de l'obligation à Rome....26

b / Les conséquences de l'incessibilité en droit romain et l'apparition de procédés de substitution de créancier.....	29
2 / La période de l'ancien droit	32
B / L'analyse du code civil	35
1 / L'obligation est consubstantielle à sa source	38
2 / Le maintien nécessaire de la personnalité du lien d'obligation....	39
II / L'analyse de la novation par changement de créancier au regard de la conception objective de l'obligation	40
A / Présentation de la conception objective de l'obligation	41
1 / Genèse de la conception objective	41
2 / La reconnaissance d'une approche objective de l'obligation et ses incidences sur la novation par changement de créancier	45
B / Critique de la conception objective	47
<i>Paragraphe deuxième / L'intransmissibilité naturelle de l'obligation : fondement de la novation par changement de créancier</i>	<i>49</i>
I / L'obstacle de principe à la cessibilité de l'obligation : le principe de la relativité des conventions	50
II / L'obstacle technique de la permanence du lien personnel lors de la cession	54
A / L'insuffisance des théories justificatives proposées	54
B / Le fondement de la cession de créance : la distinction entre le lien de droit (l'obligation) et la créance qu'elle engendre	61
SECTION 2 : DOMAINE PRATIQUE DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE CREANCIER	62

<i>Paragraphe premier / Le domaine efficient de la novation par changement de créancier</i>	63
I / La distinction entre les créances de sommes d'argent et les autres créances	64
II/ Le domaine efficient de la novation par changement de créancier : la transmission indirecte des créances en nature	65
A/ La créance de sommes d'argent : objet de droit de propriété	66
B/ La cession par anticipation de la créance de somme d'argent	74
 <i>Paragraphe deuxième / Le domaine partagé de la novation par changement de créancier</i>	81
 I / Novation par changement de créancier et la substitution de créancier à l'initiative du créancier	82
A / Novation et cession de droit commun	82
B / Novation et cession Dailly	89
II / Novation par changement de créancier et la substitution de créancier à l'initiative du débiteur	93
A / Position du problème face au droit hypothécaire	94
B / La novation par changement de créancier : un mécanisme inhérent au prêt substitutifs	97
Conclusion du chapitre	100
CHAPITRE DEUXIEME : LE DOMAINE DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE DEBITEUR	102

SECTION 1 : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE DEBITEUR :
UNE TECHNIQUE AU SERVICE DE L'EXTINCTION
SIMPLIFICATRICE DES RAPPORTS COMPLEXES105

*Paragraphe premier / Novation par changement de débiteur et
délégation105*

**I / Points de concordance entre la novation par changement de
débiteur et la délégation106**

**A / La novation comme la délégation suppose une obligation
préexistante106**

**B / Novation par changement de débiteur et délégation mettent à la
charge du nouveau débiteur une obligation nouvelle110**

II / Points de dissemblance entre les deux notions115

A / Le processus de formation de l'engagement nouveau115

B / La libération du débiteur initial ou du délégant116

*Paragraphe deuxième / La novation par changement de débiteur, un
mécanisme inhérent à l'extinction simplificatrice des rapports
complexes118*

SECTION 2 : LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE DEBITEUR :
UNE TECHNIQUE AU SERVICE DE LA CESSION DE DETTE
.....120

*Paragraphe premier / Le principe de l'incessibilité de la
dette.....120*

I / Le rejet de la cessibilité de la dette en droit positif121

II / Le fondement doctrinal du rejet de la cessibilité de la dette.....	125
 <i>Paragraphe deuxième / La novation par changement de débiteur : un palliatif à l'absence de la cession de dette</i>	127
 I / Utilité de la cession de dette	128
II / La novation par changement de débiteur, un substitut à la cession de dette.....	130
 Conclusion du chapitre	134
Conclusion du titre	136

TITRE DEUXIEME

LE DOMAINE DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE LA DETTE

 CHAPITRE PREMIER : LA REVELATION DU DOMAINE DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE LA DETTE	140
 SECTION 1 : LES DOMAINES DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE LA DETTE ET DE LA MODIFICATION.....	142
 <i>Paragraphe premier / Le chevauchement des deux domaines.....</i>	144
 I / Les positions doctrinales	148
II / Le droit positif	155
A / Les changements non constitutifs de novation	155

B / Les changements constitutifs de novation	161
1 / Augmentation ou diminution de la dette	164
2 / Le changement des modalités de paiement	167
3 / Le changement des modalités d'exécution : l'exemple du bail à nourriture en rente viagère	169

<i>Paragraphe deuxième</i> / La nécessaire distinction entre les éléments essentiels et les éléments accessoires de l'obligation : étude prospective	173
--	------------

I / Les critères de la distinction	175
A / La détermination de ce qui est substantiel	176
B / La détermination de ce qui est accessoire	177
II / L'inapplicabilité de la liberté contractuelle	185
A / La sécurité, intérêt pratique de cette classification	187
B / La volonté jouera toujours son rôle	187

SECTION 2 : LES DOMAINES DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE LA DETTE ET DU MUTUUS DISSENSUS.....190

<i>Paragraphe premier</i> / Rapprochement des domaines des deux notions	190
---	------------

<i>Paragraphe deuxième</i> / Distinction des domaines des deux notions.....	192
---	------------

I / La novation atteint l'obligation alors que le mutuus dissensus atteint le contrat.....	193
---	------------

II / La novation n'atteint le contrat que par voie de conséquence.....	196
Conclusion du chapitre	200
CHAPITRE DEUXIEME : LE DOMAINE EFFICIENT DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE LA DETTE	202
SECTION 1 : LE CHANGEMENT DE L'OBJET DE L'OBLIGATION.....	203
<i>Paragraphe premier / La notion d'objet de l'obligation</i>	<i>205</i>
<i>Paragraphe deuxième / Les domaines de la novation par changement d'objet et de la dation en paiement</i>	<i>207</i>
SECTION 2 : LE CHANGEMENT DE CAUSE DE L'OBLIGATION.....	216
<i>Paragraphe premier / Le débat sur l'existence de la novation par changement de cause</i>	<i>218</i>
I / La notion de cause	218
A / Le contenu de la notion de cause	218
B / La cause élément constitutif de l'obligation	221
II / L'application de la novation à la cause efficiente de l'obligation	222
A / L'existence de la cause efficiente n'a qu'une portée théorique et pédagogique	223
B / La cause efficiente n'est pas un élément de l'obligation.....	225

<i>Paragraphe deuxième / Les cas d'application de la novation par changement de cause : un débordement du cadre initial</i>	226
I / L'exemple du compte courant	226
A / La théorie de la novation par changement de cause sur le compte courant	228
B / La réfutation de la théorie de la novation	230
II / Les cas résiduels	231
Conclusion du chapitre	233
Conclusion du titre	235
Conclusion de la première partie	236

PARTIE DEUXIEME

LA NOVATION : UNE NOTION UNITAIRE

TITRE PREMIER

L'UNITE DE LA NOVATION DANS SA NATURE JURIDIQUE

CHAPITRE PREMIER : L'ANALYSE TRADITIONNELLE DE LA NOVATION COMME MODE D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS	244
---	-----

SECTION 1 : L'ANALYSE DE LA NOVATION COMME MODE D'EXTINCTION PURE ET SIMPLE	246
--	-----

<i>Paragraphe premier / La justification de la novation comme mode d'extinction pure et simple</i>	246
I / La place de la novation dans le code civil	246
II / L'effet extinctif : la seule et réelle originalité de la novation	247
 <i>Paragraphe deuxième / Critique des théories de la novation comme mode d'extinction pure et simple</i>	249
I / L'imperfection de l'énumération de l'article 1234 du code civil	249
II / L'extinction de l'obligation initiale, une condition et non un effet de la novation	251
III / L'opération est un tout	253
 SECTION 2 : L'ANALYSE DE LA NOVATION COMME UN PAIEMENT	256
<i>Paragraphe premier / La novation est un acte juridique, le paiement non</i>	258
 <i>Paragraphe deuxième / Si la novation satisfait le créancier, toute satisfaction de ce dernier n'est pas un paiement</i>	262
 Conclusion du chapitre	264
 CHAPITRE DEUXIEME : LA MODIFICATION SUBSTANTIELLE DE L'OBLIGATION : NATURE JURIDIQUE DE LA NOVATION	266

SECTION 1 : LES CARACTERES GENERAUX DE LA
NOVATION.....267

Paragraphe premier / Comme la modification, la novation suppose
un élément nouveau267

I / L'exigence d'un seul *aliquid novi*268

II / L'interprétation *a contrario* de l'article 1271 du code
civil.....271

Paragraphe deuxième / Comme la modification, la novation suppose
des éléments de rattachement de l'obligation novée à l'obligation
initiale272

I / Les éléments variables de rattachement de l'obligation novée à
l'obligation initiale273

II / La cause, élément permanent de rattachement de l'obligation
novée à l'obligation initiale276

A / La Présence de la cause en cours d'exécution de
l'obligation.....276

1 / La cause, seulement élément de formation de l'obligation276

2 / La cause, élément permanent de l'obligation278

B / Le maintien de la cause lors de la modification novatoire de
l'obligation283

SECTION 2 : LES CARACTERES SPECIFIQUES DE LA
NOVATION.....289

Paragraphe premier / Dans la novation, l'*aliquid novi* doit
concerner un élément essentiel de l'obligation289

<i>Paragraphe deuxième / La novation suppose un animus novandi</i>	290
I / La signification de l'<i>animus novandi</i>	291
A / Distinction entre l'<i>animus novandi</i> et la convention novatoire	292
B / Le rôle de l'<i>animus novandi</i>	294
1 / L' <i>animus novandi</i> n'exprime pas une renonciation du créancier à sa créance	294
2 / L' <i>animus novandi</i> assure l'unité de l'opération	296
II / La preuve de l'<i>animus novandi</i>	297
A / L'expression de l'<i>animus novandi</i>	298
B / Le régime de la preuve de l'<i>animus novandi</i>	303
1 / Administration de la preuve de l' <i>animus novandi</i>	307
2 / Le contrôle de l'appréciation par le juge de l' <i>animus novandi</i>	309
Conclusion du chapitre	312
Conclusion du titre	313

TITRE DEUXIEME

L'UNITE DE LA NOVATION DANS SON REGIME JURIDIQUE

CHAPITRE PREMIER : LA VALIDITE DE LA NOVATION	315
---	-----

SECTION 1 : LA CAUSE DE LA CONVENTION NOVATOIRE	316
--	-----

<i>Paragraphe premier / Existence et validité de l'obligation initiale</i>	316
--	-----

I / Existence de l'obligation initiale	317
II / La validité de l'obligation initiale	319
 <i>Paragraphe deuxième / Les cas particuliers de l'obligation prescrite et de l'obligation naturelle</i>	 323
 I / Les arguments doctrinaux	 325
II / Une jurisprudence désormais réconciliée	327
 SECTION 2 : L'OBJET DE LA COVENTION NOVATOIRE	 330
 <i>Paragraphe premier / Les conséquences de la nullité de la convention novatoire</i>	 330
 I / Le principe : la survie de l'obligation initiale	 331
II / Le cas particulier de la nullité résultant d'un dol ou d'une violence imputable au créancier	333
A / Une doctrine controversée	333
B / Une jurisprudence fixée	334
 <i>Paragraphe deuxième / Les cas particuliers pouvant affecter l'efficacité de la convention novatoire</i>	 342
 I / La résolution de la convention novatoire	 343
II / L'impossibilité d'exécution de la convention novatoire	349
Conclusion du chapitre.....	351
 CHAPITRE DEUXIEME : LES EFFETS DE LA NOVATION.....	 352

SECTION 1 : LES EFFETS TENDANT A MARQUER LA RUPTURE ENTRE L'OBLIGATION NOVEE ET L'OBLIGATION INITIALE.....	353
<i>Paragraphe premier / Les effets entre les parties</i>	354
I / Opposabilité des exceptions résultant de la novation	355
II / Inopposabilité inhérentes à l'obligation initiale	357
<i>Paragraphe deuxième / Les effets à l'égard des tiers</i>	358
I / Les tiers personnellement obligés en vertu de l'obligation initiale	359
A Les justifications spécifiques de la libération des codébiteurs et cautions	359
1 / L'influence de la novation sur le sort des codébiteurs et des cautions	360
a / Le sort des codébiteurs en cas de novation consentie par le créancier à l'un des codébiteurs solidaires	360
b / Le sort des cautions en cas de novation de l'obligation principale.....	362
2 / Le maintien des codébiteurs et/ou des cautions à l'obligation novée.....	367
a / L'accession des codébiteurs et/ou des cautions à l'obligation novée sur exigence du créancier	367
b / La portée du refus des codébiteurs et/ou des cautions à accéder à l'obligation novée	370
B / La justification de la libération des codébiteurs et/ou des cautions par l'atteinte à la substance de l'obligation	371

II / Les tiers créanciers de l'une des parties à la novation : l'exemple des créanciers d'une procédure collective ouverte contre l'une des parties à la novation	372
SECTION 2 : LES EFFETS TENDANT A MARQUER LA CONTINUITÉ DE L'OBLIGATION INITIALE	376
<i>Paragraphe premier / Le fondement de la possibilité du report des privilèges et hypothèques sur l'obligation novée</i>	376
<i>Paragraphe deuxième / Modalités et limites du report</i>	382
I / Les modalités du report	382
II / Les limites du report	384
Conclusion du chapitre	387
Conclusion du titre	388
Conclusion de la deuxième partie	389
Conclusion générale	391
Bibliographie.....	394
Index analytique.....	414
Table des matières.....	420