

TITRE 2ND – LES OPÉRATIONS CRÉATRICES

Le législateur ayant modifié et modernisé les opérations translatives d'obligation, il n'était pas du tout certain qu'il souhaite conserver les opérations créatrices d'obligations. On aurait en effet pu considérer qu'elles faisaient doublon avec les opérations translatives. Fort heureusement néanmoins, le législateur a choisi de les conserver. C'est qu'en effet, ces opérations sont très prisées par la pratique.

Deux opérations peuvent être considérées comme créatrices d'obligation. Ce sont la novation (**Chapitre 1^{er}**) et la délégation (**Chapitre 2nd**).

CHAPITRE 1^{ER} – LA NOVATION

Art. 1329.-La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée.

Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier.

Art. 1330.-La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte.

Art. 1331.-La novation n'a lieu que si l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle sont l'une et l'autre valables, à moins qu'elle n'ait pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice.

Art. 1332.-La novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.

Art. 1333.-La novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur. Celui-ci peut, par avance, accepter que le nouveau créancier soit désigné par le premier.

La novation est opposable aux tiers à la date de l'acte. En cas de contestation de la date de la novation, la preuve en incombe au nouveau créancier, qui peut l'apporter par tout moyen.

Art. 1334.-L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires.

Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants.

Art. 1335.-La novation convenue entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires libère les autres.

La novation convenue entre le créancier et une caution ne libère pas le débiteur principal. Elle libère les autres cautions à concurrence de la part contributive de celle dont l'obligation a fait l'objet de la novation.

1. Notion. Le nouvel article 1329, alinéa 1^{er} du Code civil définit la novation comme « *un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée* ». La novation se caractérise donc par la disparition d'une obligation et la substitution d'une obligation nouvelle à cette obligation ancienne. Plus qu'un simple mode d'extinction, c'est une façon de transformer l'obligation : il y a extinction suivie d'une création.

On va en étudier les conditions (**Section 1**) avant les effets (**Section 2**).

Section 1 – Les conditions de la novation

2. Plan. Outre les conditions classiques de validité des contrats (C. civ., nouvel art. 1128 s.) et, notamment, l'exigence d'une capacité de disposer du créancier et d'une capacité de s'obliger du débiteur, la novation suppose la réunion de deux conditions spécifiques : la succession de deux obligations différentes – c'est la condition objective (I) – et l'intention de nover – c'est la condition subjective – (II).

I. La succession de deux obligations distinctes

3. L'existence de deux obligations. La novation suppose que l'on soit en présence de deux obligations (C. civ., nouvel art. 1329, al. 1^{er}). Il faut *tout d'abord* une obligation à éteindre : cela suppose que les parties soient déjà liées par un lien préexistant. Il faut *ensuite* une nouvelle obligation à créer.

4. Deux obligations distinctes. Pour qu'il y ait novation, les deux obligations qui se succèdent doivent être différentes. Le Code civil donne la mesure de cette différence en indiquant au nouvel article 1329, alinéa 2nd que la novation peut résulter de trois types de changements : le changement d'obligation entre les mêmes parties, le changement de créancier et le changement de débiteur.

5. Changement d'obligation entre les mêmes parties. En cas de changement d'obligation, les parties restent les mêmes, seule l'obligation change. Ainsi, une dette qui devait être payée en capital sera finalement payée sous forme de rente viagère. Il peut également s'agir d'une modification du mode de calcul d'une rémunération ou du remplacement d'une convention d'occupation précaire par un contrat de bail... En revanche, selon la jurisprudence, la seule modification du montant de la dette ne suffit pas à caractériser une novation (Cass. 1^{ère} civ., 23 janv. 2001, pourvoi n° 98-17.414). L'appréciation de cette différence entre les deux obligations est assez délicate car la différence ne doit être ni trop minime, ni trop importante. Si elle est trop minime, il y aura simplement modification de l'obligation sans extinction. Ce peut

être le cas en cas de report de l'échéance d'une dette, de réduction du montant des intérêts, de choix d'un nouvel indice d'indexation... Si elle est trop importante, il n'y aura pas novation à proprement parler, mais plutôt extinction d'un commun accord (*mutuus dissensus*), suivie d'une relation nouvelle. Dès lors, on peut regretter que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de la réforme pour clarifier cette question.

À cet égard, il faut remarquer que l'avant-projet Catala précisait que la novation pouvait opérer « *quelle que soit la différence instituée entre l'ancienne et la nouvelle obligation* ». Le fait que l'ordonnance ne précise pas qu'il doit s'agir d'une modification substantielle pourrait être interprété comme signifiant son abandon.

6. Changement de créancier. C'est l'hypothèse dans laquelle un créancier libère son débiteur qui, en contrepartie, s'engage dans les mêmes termes envers un autre créancier. Le premier lien s'éteint, un nouveau se crée. Cette opération aboutit à un résultat économique voisin de celui de la cession de créance. Elle était très utilisée dans l'Ancien droit, à l'époque où la cession de créance n'était pas admise. Elle est aujourd'hui beaucoup moins intéressante en raison de différences de régimes importantes :

- Dans la novation, il faut le consentement du débiteur qui s'engage envers le nouveau créancier (C. civ., nouvel art. 1333, al. 1^{er}) alors que ce consentement n'est pas requis dans la cession de créance. Cette exigence est logique dès lors que le débiteur sera tenu d'une obligation nouvelle. Ce n'est finalement qu'une application de l'effet relatif des contrats : on ne saurait lier le débiteur à un tiers sans qu'il y consente. Le texte admet néanmoins que le consentement du débiteur soit donné par avance. Sans doute s'agit-il là d'une prise en considération, par le législateur, de la proximité qui existe entre la novation et la cession de créance (V. *supra*).
- Dans la novation, une nouvelle créance, distincte de l'ancienne, et dépourvue de tout accessoire en principe, naît au profit d'un nouveau créancier (C. civ., nouvel art. 1334 : « *l'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires* ») alors que dans la cession de créance, c'est la même créance, avec tous ses accessoires et notamment les sûretés qui l'accompagnent, qui est transmise au nouveau créancier (lequel est, par conséquent, susceptible de se heurter à

l'opposabilité par le cédé des exceptions qu'il pouvait opposer à son premier créancier).

7. Changement de débiteur. C'est l'hypothèse dans laquelle un tiers va venir promettre à un créancier de lui payer ce que lui devait son débiteur, à condition qu'il libère son débiteur. Si le créancier accepte, il y aura extinction de l'obligation première et création d'une nouvelle obligation avec un nouveau débiteur. Cela revient à transférer, au moins économiquement, une dette. Cette opération est possible sans le consentement du débiteur originaire (C. civ., nouvel art. 1332). Dans ce cas, la novation est bipartite (créancier et nouveau débiteur) : c'est l'*expromissio*. Mais elle peut aussi être tripartite (avec le débiteur originaire en plus), ce qui est plus fréquent.

II. L'intention de nover

8. Notion. L'intention de nover se définit comme la volonté d'éteindre l'obligation ancienne, de créer une obligation nouvelle et de lier indissociablement les opérations qui se servent mutuellement de cause. Elle est évoquée au nouvel article 1330 du Code civil aux termes duquel « *la novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte* ». Il faut qu'elle repose sur une volonté des parties. Elle ne peut être présumée, mais elle n'a pas besoin d'être expresse. Il suffit qu'elle soit claire et dénuée d'équivoque. Elle peut donc être tacite, si elle est certaine.

9. Difficultés de preuve. Cette exigence pose des problèmes de preuve : le seul fait qu'une obligation nouvelle soit créée ne démontre pas que les parties ont voulu éteindre l'ancienne, si rien n'est prévu (elles ont très bien pu vouloir ajouter une obligation à une autre, et non remplacer une obligation par une autre comme, par exemple, ajouter un débiteur et non en substituer un nouveau à l'ancien).

La preuve incombe à celui qui invoque l'existence de la novation. L'intention de nover est un fait juridique, de sorte que sa preuve peut être rapportée par tous moyens.

Section 2 – Les effets de la novation

10. Double effet. La novation produit un double effet : effet extinctif de l'ancienne obligation et effet créateur de l'obligation nouvelle. Cela entraîne deux séries de conséquences que sont l'inopposabilité des exceptions (I) et l'extinction des accessoires (II).

I. L'inopposabilité des exceptions

11. Règle et justification. Puisque la novation donne naissance à une nouvelle obligation, le débiteur, qu'il ait changé ou non, ne peut opposer les exceptions tirées de l'ancien rapport d'obligation.

On peut se demander si les parties pourraient stipuler une clause d'opposabilité des exceptions. Le principe de liberté contractuelle va en ce sens. Toutefois, il peut paraître délicat d'admettre l'opposabilité des exceptions tirées d'une obligation éteinte.

12. Nuance. Précisons toutefois qu'il résulte de l'article 1331 que « *la novation n'a lieu que si l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle sont l'une et l'autre valables* ».

1^{ère} règle. Si l'obligation nouvelle est nulle, alors la novation, qui suppose une corrélation entre l'effet extinctif et l'effet créateur, l'est également, de sorte que l'obligation ancienne resurgit. C'est ce qu'avait décidé la Cour de cassation (V. Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 1975, pourvoi n° 74-10.269).

2^{nde} règle. Puisqu'il s'agit de substituer une obligation nouvelle à une obligation ancienne, il faut également que l'ancienne obligation ait été valable. À défaut, la novation n'est elle-même pas valable.

Les contours de cette règle méritent d'être précisés. Elle permet au débiteur de la nouvelle obligation (qu'il s'agisse d'un nouveau ou de l'ancien débiteur selon la forme de novation) d'invoquer la nullité de l'ancienne obligation qui a été prononcée, que la nullité ait été relative ou absolue. Le débiteur de la nouvelle obligation peut également invoquer la nullité absolue de l'obligation ancienne, alors même que celle-ci n'aurait pas été prononcée, dès lors que tout intéressé peut invoquer une cause de

nullité absolue. En revanche, il ne pourra invoquer la nullité relative de l'ancienne obligation que s'il était également débiteur de cette obligation, c'est-à-dire s'il s'agit d'une novation par changement d'obligation ou de créancier. Dans le cas contraire, puisqu'il n'est pas celui que le législateur entend protéger, il ne peut invoquer la cause de nullité relative.

D'origine jurisprudentielle, cette règle est donc expressément consacrée par l'ordonnance. Cela s'explique peut-être par le fait que la règle s'expliquait traditionnellement par la notion de cause, de sorte que la disparition de celle-ci aurait pu faire douter de la pérennité de la solution.

Précisons enfin que la validité de l'ancienne obligation n'est pas requise lorsque la novation a « *pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice* » (C. civ., nouvel art. 1331). Il ne s'agit alors pas d'une confirmation, laquelle est, selon le nouvel article 1182, une renonciation à se prévaloir de la nullité par celui qui pouvait l'invoquer : dans la confirmation, l'obligation nulle le demeure. Elle n'est pas non plus réparée comme dans le cadre d'une régularisation.

II. L'extinction des accessoires

13. Principe de l'extinction des sûretés. Le nouvel article 1334, alinéa 1^{er} dispose que « *l'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires* ». Ainsi, les accessoires de l'obligation ancienne, et notamment les sûretés, disparaissent. Ce texte n'est qu'une application de l'adage *accessorium sequitur principale*. La solution est logique : si le débiteur n'a pas changé, il n'en demeure pas moins que la dette est nouvelle. Dès lors, les tiers garants ne peuvent être tenus de garantir cette nouvelle dette.

14. Exception. En revanche, comme le prévoit l'alinéa 2nd du même texte, « *les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants* ». Le maintien des sûretés consenties par des tiers suppose donc l'accord de ceux-ci, que les sûretés aient été réelles ou personnelles. La solution s'applique également dans la novation à laquelle l'ancien débiteur, qui avait octroyé

une sûreté réelle à son créancier, ne serait pas partie – c'est-à-dire dans l'*expromissio*.
C'est qu'en effet, il est tiers au contrat de novation.

CHAPITRE 2ND – LA DÉLÉGATION

Art. 1336.-La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur.

Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire.

Art. 1337.-Lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte expressément de l'acte, la délégation opère novation.

Toutefois, le délégant demeure tenu s'il s'est expressément engagé à garantir la solvabilité future du délégué ou si ce dernier se trouve soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation.

Art. 1338.-Lorsque le délégant est débiteur du délégataire mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur.

Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence.

Art. 1339.-Lorsque le délégant est créancier du délégué, sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le délégataire et à due concurrence.

Jusque-là, le délégant ne peut en exiger ou en recevoir le paiement que pour la part qui excéderait l'engagement du délégué. Il ne recouvre ses droits qu'en exécutant sa propre obligation envers le délégataire.

La cession ou la saisie de la créance du délégant ne produisent effet que sous les mêmes limitations.

Toutefois, si le délégataire a libéré le délégant, le délégué est lui-même libéré à l'égard du délégant, à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire.

Art. 1340.-La simple indication faite par le débiteur d'une personne désignée pour payer à sa place n'emporte ni novation, ni délégation. Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne désignée pour recevoir le paiement pour lui.

La délégation est l'opération régie par les nouveaux articles 1336 et suivants du Code civil. Contrairement au Code de 1804, l'ordonnance envisage la délégation de manière isolée par rapport à la novation. D'après l'article 1336, « *la délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur* ».

Il faut en étudier la notion (**Section 1**) avant d'en examiner le régime (**Section 2**).

Section 1 – La notion

On étudiera d'abord les différentes modalités de délégation (I), avant de regarder à quoi sert la délégation (II), puis on comparera cette figure avec d'autres figures voisines pour faire ressortir sa spécificité (III).

I. Les modalités de la délégation

15. Contexte obligationnel antérieur. La définition de l'article 1336 ne pose pas comme condition à la délégation l'existence de rapports de droits antérieurs. Certes, les textes évoquent l'hypothèse d'une créance antérieure du délégant sur le délégué (C. civ., nouvel art. 1339) ou du délégataire sur le délégant (C. civ., nouveaux art. 1337 et 1338), mais sans exiger ces rapports d'obligations antérieurs comme condition de la délégation.

16. Multiplicité des situations antérieures. La délégation peut intervenir dans plusieurs types de situations :

En l'absence d'obligation antérieure. Si elle intervient alors qu'aucune des trois personnes n'étaient auparavant liées par aucune obligation, seuls le délégué et le délégataire seront liés par une obligation.

En présence d'au moins une obligation antérieure. Si elle intervient alors que les parties ou certaines d'entre elles sont liées par un rapport d'obligation, alors il faut distinguer :

- Si le délégataire était, préalablement à la délégation, créancier du délégant, il y aura deux obligations : celles liant le délégué au délégataire et celle liant le délégant au délégataire.
- Si le délégant était, préalablement à la délégation, créancier du délégué, il y aura deux obligations : celles liant le délégué au délégataire et celle liant le délégué au délégant.

- Si le délégant était à la fois créancier du délégué et débiteur du délégataire préalablement à la délégation, il y aura trois obligations : celle liant le délégué au délégataire, celle liant le délégant au délégataire et celle liant le délégué au délégant.

C'est en présence d'un ou plusieurs rapports fondamentaux que se déclinent les différentes modalités de la délégation, parce qu'il s'agit de savoir dans quelle mesure l'intervention de la délégation va influencer sur les obligations préexistantes et dans quelle mesure les obligations préexistantes peuvent influencer la nouvelle obligation née de la délégation (obligation délégué/délégataire).

17. Délégation simple et délégation novatoire. Lorsque le délégant était, préalablement à la délégation, débiteur du délégataire, la lecture des nouveaux articles 1337 et 1338 du Code civil invite à distinguer deux types de délégations.

Dans la délégation simple, le délégataire ne libère pas le délégant lors de la conclusion de la créance. Autrement dit, malgré la naissance du lien d'obligation entre le délégué et le délégataire, le délégant demeure débiteur du délégataire. Le délégataire a donc désormais deux débiteurs : le délégué et le délégant, étant précisé que le paiement fait par l'un libère l'autre, à due concurrence (C. civ., nouvel art. 1338, al. 2nd). Cette délégation simple est la plus fréquente en pratique.

Dans la délégation novatoire (ou parfaite), le délégataire libère le délégant dès la conclusion de la délégation. Autrement dit, s'il gagne un nouveau débiteur, le délégué, il accepte de perdre le délégant. Toutefois, cette volonté du délégataire de décharger immédiatement le délégant doit résulter « *expressément de l'acte* », selon le nouvel article 1337, alinéa 1^{er} (qui ne fait que reprendre l'exigence de l'ancien article 1275). Dans cette hypothèse, selon le même texte, la « *délégation opère novation* ». Il ne peut évidemment que s'agir d'une novation par changement de débiteur. Pourtant, on peine à comprendre pourquoi la volonté de nover par changement de débiteur doit

seulement « *résulter clairement de l'acte* » (C. civ., nouvel art. 1330), tandis que, dans le cadre d'une délégation, il faut une déclaration expresse de libération du délégant.

On remarquera qu'aucun texte n'envisage l'hypothèse dans laquelle le délégant souhaiterait libérer immédiatement le délégué, c'est-à-dire dès la conclusion de la délégation. Pourtant, rien ne semble l'interdire. Toutefois, il faudrait considérer qu'il s'agit cette fois d'une novation par changement de créancier, de sorte que la volonté de l'opérer devrait, par analogie avec le nouvel article 1330 du Code civil, résulter clairement de l'acte.

18. Délégation certaine et délégation incertaine. S'inspirant du droit romain, une partie de la doctrine distinguait deux types de délégations : la délégation incertaine et la délégation certaine.

Il y a *délégation incertaine* lorsque l'engagement du délégué envers le délégataire est calqué sur l'un des rapports fondamentaux (soit sur son propre engagement envers le délégant, soit sur l'engagement du délégant envers le délégataire). Il va s'engager dans la limite de l'obligation unissant le délégué au délégant ou le délégant au délégataire. Selon les partisans de cette théorie, cela emporte en principe pour conséquence que le délégué pourra opposer au délégataire les exceptions tirées de l'obligation sur laquelle son engagement envers le délégataire est calqué et qui constitue la limite de son propre engagement.

Il y a *délégation certaine* lorsque l'engagement du délégué envers le délégataire est parfaitement autonome des autres obligations. Son engagement ne fait pas référence à l'objet de l'une de ces obligations préexistantes. En principe, selon la doctrine favorable à cette théorie, le délégué ne pourra donc pas opposer au délégataire les exceptions tirées des obligations antérieures.

L'enjeu de cette distinction réside donc dans l'opposabilité des exceptions par le délégué au délégataire.

Alors que l'avant-projet Catala se fondait expressément sur cette distinction pour établir le régime de l'opposabilité des exceptions dans la délégation, l'ordonnance de réforme est muette sur la question. On peut donc se demander si cette distinction peut lui survivre.

II. Les fonctions de la délégation

Les fonctions de la délégation vont dépendre de la configuration de la situation. Trois hypothèses à distinguer.

Soit il existait une dette du délégué envers le délégant avant la délégation, l'opération permettrait alors au délégué de se libérer de sa dette envers le délégant. Dans ce rapport, la délégation est une opération extinctive (paiement simplifié). Elle vise l'extinction de cette obligation soit dès l'origine (si le délégant accepte de le libérer immédiatement), soit au moment du paiement par le délégué entre les mains du délégataire.

Soit il existait une dette du délégant envers le délégataire avant la délégation, l'opération peut tout d'abord avoir pour but soit de payer la dette du délégant envers le délégataire, en fournissant à ce dernier un autre débiteur (le délégué). La libération du délégant interviendra soit au moment de la conclusion de la délégation – en cas de délégation novatoire –, soit au moment du paiement du délégataire par le délégué – en cas de délégation simple. L'opération peut aussi viser à fournir une garantie de paiement au délégataire, par l'adjonction d'un second débiteur (pour remplir cette fonction, il faut forcément que la délégation soit simple et non pas novatoire, puisqu'il faut que le délégataire se retrouve avec deux débiteurs).

Soit il n'y avait aucune obligation préexistante entre les parties, avant la délégation, la fonction de la délégation est de réaliser une double donation ou un double prêt indirect : donation ou prêt indirect par le délégué envers le délégant (puisque le délégué accepte de s'engager à la demande du délégant, donc il lui faut une intention libérale ou une

volonté de prêter de l'argent) et par le délégant envers le délégataire (puisque le délégant fournit un débiteur au délégataire).

Soit il s'agit d'une combinaison de ces différentes hypothèses. Ainsi, en présence de deux obligations antérieures, la délégation aura une double fonction d'extinction. En présence d'une obligation antérieure seulement, la délégation aura pour fonction l'extinction de ce rapport ou la mise en place d'une garantie et une fonction de donation ou de prêt indirect.

III. La distinction entre la délégation et les opérations voisines

19. La délégation n'est pas une cession de créance. On pourrait les rapprocher car *in fine*, c'est le délégataire, et non le délégant, qui recevra un paiement de la part du délégué. D'un point de vue économique, les deux opérations ont des résultats proches dans l'hypothèse où le délégant est créancier du délégué auquel il demande de s'engager envers le délégataire. Toutefois,

- La cession de créance est une opération bipartite (cédant/cessionnaire) alors que la délégation une opération tripartite.
- La cession de créance a un effet translatif ; la délégation n'a aucun effet translatif (tout d'abord parce qu'il peut n'y avoir aucune obligation antérieure ; ensuite parce que même s'il y en a une, la créance du délégant sur le délégué n'est pas transférée au délégataire, il y a seulement un nouvel engagement du délégué envers le délégataire).
- La cession de créance est une convention qui a pour objet une créance ; la délégation a pour objet l'engagement d'une personne envers une autre. À proprement parler, on ne délègue pas une créance, on délègue une personne pour qu'elle s'engage envers une autre et fasse ainsi naître une nouvelle créance au profit du délégataire.

20. La délégation n'est pas une cession de dette. On pourrait les rapprocher car *in fine*, c'est le délégué, et non le délégant, qui acquittera un paiement entre les

main du délégataire. D'un point de vue économique, les deux opérations ont un résultat proche dans l'hypothèse où le délégant est débiteur du délégataire et demande au délégué de s'engager envers le délégataire. Toutefois, la délégation n'est pas une opération translatrice, donc ce ne sera pas la même dette qui sera transférée. Juridiquement, il y aura un autre engagement, pourvu d'une cause propre (le délégué cherchera à éteindre lui-même sa dette envers le délégant ou à opérer à son profit une donation ou un prêt indirects), même si ce nouvel engagement est copié sur la dette du délégant envers le délégataire.

21. La délégation n'est pas une indication de paiement. On pourrait les rapprocher car l'indication de paiement a pour effet de faire acquitter une dette par un tiers (et dans la délégation, le délégant fait acquitter une dette par le délégué, ce qui aura pour effet d'éteindre sa propre dette envers le délégataire s'il est débiteur de celui-ci). Toutefois, dans l'indication de paiement, celui qui paye (mandataire) ne prend aucun engagement personnel envers le créancier. Il se contente d'exécuter les ordres du mandant et de payer au nom et pour le compte du mandant. S'il ne s'exécute pas, le créancier n'aura aucun droit contre le mandataire, contrairement au délégataire qui acquiert un droit contre le délégué, lequel s'engage personnellement. C'est d'ailleurs ce que précise le nouvel article 1340.

22. La délégation n'est pas une stipulation pour autrui. On pourrait les rapprocher car ce sont toutes les deux des opérations tripartites au terme desquelles une personne va acquérir un droit nouveau contre une des deux autres. Toutefois :

- La délégation suppose un triple accord de volontés entre le délégué, le délégant et le délégataire, tandis que la stipulation pour autrui suppose seulement un engagement du promettant envers le stipulant au profit du bénéficiaire, sans que le bénéficiaire ait besoin de donner son accord pour faire naître l'engagement.
- Le droit du délégataire peut être indépendant des relations entre délégué et délégant, alors que le droit du bénéficiaire de la stipulation pour autrui est

toujours dans la dépendance du contrat qui l'a fait naître, c'est-à-dire des relations unissant le stipulant au promettant.

Section 2 – Le régime de la délégation

Nous allons envisager les conditions de la délégation (I), puis ses effets (II).

I. Les conditions de la délégation

23. Consentement tripartite. Contrairement à la cession de créance, la délégation n'est soumise à aucune condition de forme. En revanche, la délégation obéit à une condition de fond essentielle : il faut le consentement des trois parties à l'opération. L'exigence d'un consentement du délégant est évidente puisqu'il est à l'initiative de l'opération : il demande au délégué de s'engager directement envers le délégataire.

De même, la délégation ne peut prendre naissance sans le consentement du délégué. Ce consentement peut être tacite, pourvu qu'il soit certain.

Cass. 3^{ème} civ., 5 mars 2008, pourvoi n^{os} 06-19.237 et 06-20.223 : le consentement du délégué a été déduit d'une clause figurant dans un contrat de vente d'immeuble, et par laquelle l'acquéreur s'engageait à prendre à sa charge le paiement d'une indemnité d'éviction due par le vendeur au locataire, la clause prévoyant que le vendeur serait déchargé de toutes les conséquences financières.

À cet égard, on peut regretter que le législateur n'ait pas profité de l'ordonnance pour exiger un consentement exprès du délégué, compte tenu de la gravité de l'engagement qu'il souscrit en concluant une délégation.

Le consentement du délégataire est également exigé comme l'indique le nouvel article 1336 aux termes duquel le délégataire accepte le délégué « *comme débiteur* ». Toutefois, ce consentement peut résulter de l'assignation du délégué en paiement. En effet, les consentements n'ont pas besoin d'être donnés de manière concomitante, de sorte que le consentement du délégataire, qui peut lui-même être exprès ou tacite, peut intervenir postérieurement à l'ordre du délégant et à son acceptation par le délégué (et il peut intervenir sous la forme d'une action en justice indiquant qu'il consent à l'engagement du délégué à son bénéfice). En revanche, il est un consentement qui ne peut être tacite et qui doit forcément être exprès : c'est le

consentement du délégataire à libérer le délégant immédiatement, en conséquence de l'engagement pris par le délégué envers le délégataire. Cette exigence est posée au nouvel article 1337.

24. Conditions d'opposabilité. Enfin, précisons qu'il n'existe aucune condition d'opposabilité spécifique. La convention qui prévoit la délégation est donc, comme tous les contrats et en vertu du droit commun, opposable à tous dès l'instant de sa formation, sous réserve qu'elle ait date certaine. La raison en est simple : il n'est pas nécessaire d'informer le délégué puisque son consentement est nécessaire à la perfection de la délégation.

II. Les effets de la délégation

Il faut évoquer trois types de rapports.

A. Les effets dans les rapports délégué-délégataire

25. Effet principal. La délégation emporte création d'une nouvelle obligation : le délégué devient débiteur du délégataire et, réciproquement, celui-ci devient créancier du délégué. Il n'y a pas d'effet translatif dans la délégation, seulement un effet créateur (voire effet extinctif, mais pas systématiquement). Le délégué est tenu envers le délégataire d'un engagement personnel et nouveau.

26. 1^{ère} caractéristique de l'engagement nouveau – l'irrévocabilité de l'engagement du délégué. L'engagement du délégué est *irrévocable* et offre au délégataire un droit qui lui est propre. En conséquence, le délégué ne peut révoquer son engagement, ni échapper au paiement de cette dette nouvelle en prétendant qu'il se serait libéré entre les mains du délégant. En principe, toutes les exceptions qui tiennent à sa libération dans le rapport délégué/délégant (paiement, compensation, remise de dette...) seront inopposables au délégataire.

27. 2nd caractéristique de l'engagement nouveau – l'indépendance de l'engagement du délégué. L'engagement du délégué est, en principe, *indépendant*

des obligations antérieures. En conséquence, le délégué ne peut, en principe, invoquer aucune exception tirée d'un vice affectant l'un des rapports fondamentaux (délégué/délégant ou délégant/délégataire) : nullité, exception d'inexécution, prescription, résolution... Il ne peut invoquer ce type de vices ni pour échapper au paiement, ni pour demander la restitution d'un paiement qu'il aurait fait sur le fondement de la répétition de l'indu (il n'y a pas d'indu, puisque son engagement était indépendant). Cela signifie que, si le délégué s'est engagé pour éteindre sa propre dette envers le délégant, il pourra être tenu de payer le délégataire alors même qu'il ne devait plus rien au délégant. Il en va de même s'il s'est engagé avec une intention libérale envers le délégant, pour éteindre la dette du délégant envers le délégataire : il pourra être tenu de payer alors même que le délégant ne devait plus rien au délégataire. C'est le principe d'inopposabilité des exceptions dans la délégation (toutes les exceptions liées aux rapports fondamentaux sont en principe inopposables).

28. Nuance sous l'empire des textes de 1804. En réalité, la jurisprudence ne l'a clairement admis que pour les exceptions du rapport délégué/délégant (V. notam. Cass. com. 22 avril 1997, pourvoi n° 95-17.664 : le délégué ne peut opposer les exceptions qu'il avait contre le délégant).

Pour les exceptions du rapport délégant/délégataire, la jurisprudence était moins tranchée. Un arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 17 mars 1992 a jugé que le délégué était déchargé de son obligation en cas d'extinction par prescription de la créance du délégataire sur le délégant (pourvoi n° 90-15.707). Mais un autre arrêt rendu par la Chambre commerciale le 25 février 1992 a jugé en sens inverse et interdit au délégué, sauf clause contraire, d'opposer les exceptions que le délégant aurait pu faire valoir contre le délégataire (pourvoi n° 90-12.863).

C'est pour expliquer cette divergence qu'est née la distinction entre délégation certaine et incertaine, et l'idée que l'opposabilité des exceptions va dépendre de l'objet de l'engagement du délégué (selon qu'il est ou non calqué sur un des rapports

fondamentaux). Toutefois, dans un arrêt rendu le 7 décembre 2004, la Chambre commerciale a réitéré sa position d'inopposabilité des exceptions dans une hypothèse où le délégué s'était engagé à payer ce que le délégant devait au délégataire. Il y avait bien délégation incertaine. On peut donc en déduire que la Chambre commerciale semblait peu sensible à cette distinction doctrinale.

La jurisprudence a accepté d'écarter l'inopposabilité des exceptions en cas de mauvaise foi ou fraude du délégataire. En outre, le principe d'inopposabilité des exceptions valait, en principe, sauf clause contraire.

Au final, on peut dire qu'il n'y avait pas de position claire en jurisprudence.

29. Clarification sous l'empire des nouveaux textes. Le législateur a profité de l'ordonnance pour clarifier la situation. Le nouvel article 1336 dispose désormais en son alinéa 2nd que « *le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire* ». Le principe est donc celui de l'inopposabilité des exceptions, lequel place le délégataire dans une situation extrêmement favorable puisque le délégué ne pourra chercher à échapper ou à diminuer son engagement en invoquant un moyen de défense tiré de ses rapports avec le délégant ou des rapports de ce dernier avec le délégataire.

Le nouveau texte autorise néanmoins les parties à déroger à la règle par une stipulation contraire. La solution est conforme à la liberté contractuelle. Toutefois, puisqu'aucune forme n'est exigée s'agissant de cette stipulation contraire, on peut se demander si la conclusion d'une délégation incertaine, dans laquelle l'obligation du délégué envers le délégataire serait définie par référence à celle du délégué envers le délégant ou par référence à l'obligation du délégant à l'égard du délégataire, ne pourrait pas valoir stipulation contraire.

Quand bien même la Cour de cassation n'analyserait pas la conclusion d'une délégation incertaine comme une stipulation contraire, rien ne l'empêchera, si elle le souhaite, de reconduire la solution qu'elle avait adoptée dans un arrêt rendu par sa Chambre commerciale le 11 avril 2012 (pourvoi n° 11-13.068). Dans cette affaire, il était question d'une délégation comportant une clause d'inopposabilité des exceptions et dans laquelle l'engagement du délégué avait été défini par référence au rapport délégant-

délégué. Il s'agissait donc d'une délégation incertaine avec stipulation d'une clause d'inopposabilité des exceptions. Toutefois, la Cour de cassation a jugé que le délégué pouvait opposer au délégataire des exceptions tirées de ses rapports avec le délégant en considérant qu'il s'agissait d'une « *méthode de détermination de la dette du délégué envers le délégant* ».

30. Interrogation. Le nouvel article 1337, alinéa 1^{er} dispose que « *lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte expressément de l'acte*, la délégation opère novation ». Il ne peut évidemment s'agir que d'une novation par changement de débiteur : l'ancien débiteur – le délégant – est libéré, tandis que le délégataire gagne un nouveau débiteur – le délégué. Dans cette hypothèse, le texte indique que la délégation opère novation, de sorte que l'on doit en déduire que le régime de la novation est alors applicable à la délégation novatoire. Or, dans la novation, le nouveau débiteur peut, en principe, opposer au créancier la nullité de l'ancienne obligation puisque la novation suppose que l'ancienne obligation ait été valable (V. *supra*). Est-ce à dire que dans la délégation novatoire, le délégué pourra opposer au délégataire une exception tirée de la nullité de l'obligation antérieure du délégataire sur le délégant ? Il faudra attendre que la question soit posée à la Cour de cassation.

B. Les effets dans les rapports délégant/délégataire

Tout dépend du point de savoir si on est dans le cadre d'une délégation simple (imparfaite) ou novatoire (parfaite).

31. En cas de délégation novatoire. S'il s'agit d'une délégation novatoire, c'est-à-dire d'une délégation qui emporte extinction immédiate de l'obligation délégant-délégataire car le délégataire accepte de libérer le délégant, la délégation produit les effets d'une novation par changement de débiteur, du point de vue du délégataire. Il y a deux limites à cette libération, prévues par le nouvel article 1337, alinéa 2nd du Code civil :

- Si le délégué était en état d'insolvabilité car il se trouvait soumis à une procédure d'apurement de ses dettes au moment où il s'est engagé envers le

délégataire et qu'il finit par ne pas payer, le délégataire pourra recourir contre le délégant.

- Le délégataire peut, tout en acceptant de libérer le délégant, se réserver conventionnellement un recours contre lui pour garantir la solvabilité future du délégué. Cela fait du délégant un garant.

Se pose néanmoins la question de savoir quel est le sort des sûretés qui pouvaient garantir la dette du délégant envers le délégataire. Sont-elles éteintes lorsque le délégataire peut agir contre le délégant, par application de l'article 1337, alinéa 2nd ? Alors qu'une réponse négative « semblait » s'imposer sur le fondement de l'ancien article 1276 (en évoquant le « *recours* » du délégataire contre le délégant, le texte suggérait qu'il s'agissait d'une obligation nouvelle), il n'est pas certain que la solution soit maintenue sous l'empire des textes nouveaux. En effet, le nouvel article 1337, alinéa 2nd emploie l'expression « *le délégant demeure tenu* », de sorte que l'on pourrait en déduire que les sûretés qui garantissaient la créance du délégataire sur le délégant ont elles aussi survécu.

32. En cas de délégation simple. S'il s'agit d'une délégation simple, le délégant restera tenu envers le délégataire et ne sera libéré que lorsque le délégataire aura reçu paiement, soit de la part du délégué, soit de la part du délégant lui-même (C. civ., nouvel art. 1338, al. 2nd). Tant que le délégataire n'a pas été payé, le délégant restera débiteur.

Il reste toutefois une question non tranchée : est-ce que le délégant reste tenu à titre principal, et peut donc être actionné en paiement selon le bon vouloir du délégataire ? Ou devient-il un débiteur subsidiaire ne pouvant être actionné qu'en cas d'échec d'un premier recours que le délégataire doit engager contre le délégué ? Sous l'empire des textes de 1804, la jurisprudence n'était pas claire et les auteurs étaient divisés : certains soutenaient que si aucune novation prévue, il n'y avait aucune raison de modifier l'engagement du délégant ; d'autres arguaient que la délégation n'aurait aucune raison d'être si le délégant pouvait être actionné à tout moment comme si le délégué ne s'était pas engagé envers le délégataire.

Alors qu'on aurait pu espérer que le législateur vienne clarifier la situation, il n'en est rien. En effet, le nouvel article 1338, alinéa 2nd se contente d'indiquer que « *le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence* », de sorte qu'on ne peut rien en déduire sur un éventuel ordre des poursuites de la part du délégataire.

C. Les effets dans les rapports délégant/délégué

Là aussi, il faut distinguer.

33. En cas de délégation novatoire dans le rapport délégant-délégué. Pas plus que le Code de 1804, l'ordonnance n'envisage, on l'a vu, la libération du délégué consentie par le délégant dès la conclusion du contrat. Pourtant, le principe de liberté contractuelle invite à considérer qu'une telle délégation novatoire dans le rapport délégant-délégué est possible, permettant l'extinction immédiate de la créance du délégant sur le délégué.

34. En cas de délégation novatoire dans le rapport délégant-délegataire. Sous l'empire des textes de 1804, la question se posait de savoir si le délégué était immédiatement libéré à l'égard du délégant lorsque ce dernier avait lui-même été libéré lors de la conclusion de la délégation à l'égard du délegataire. Autrement dit, la conclusion d'une délégation novatoire dans le rapport délégant-délegataire a-t-elle pour conséquence la libération immédiate du délégué à l'égard du délégant ? Les auteurs étaient divisés sur la question. En faveur d'une réponse négative, on pouvait faire valoir que la novation ne se présume pas, de sorte que le caractère novatoire de la délégation dans le rapport délégant-délégué n'avait pas à être présumé. C'est pourtant pour la solution inverse qu'a opté le législateur à l'occasion de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Le nouvel article 1339, alinéa 4 dispose que « *toutefois, si le délegataire a libéré le délégant, le délégué est lui-même libéré à l'égard du délégant, à concurrence du montant de son engagement envers le délegataire* ».

La solution pose néanmoins une difficulté. En effet, en cas de délégation novatoire dans le rapport délégant-délegataire, le délégant demeure tenu en cas de stipulation en ce sens, mais également lorsque le délégué était, lors de la conclusion de la délégation, soumis à une procédure d'apurement des dettes. En pareilles hypothèses, le délégant demeure donc exposé à une action du délegataire, alors qu'aucun système de protection similaire n'est prévu dans ses rapports avec le délégué. Dès lors, si le

délégataire agit contre le délégant sur le fondement du nouvel article 1337, alinéa 2nd, le délégant ne pourra en faire de même contre le délégué, alors même que cette créance était garantie par des sûretés.

35. En cas de délégation simple, la dette du délégué envers le délégant n'est pas éteinte, de sorte que le débiteur délégué restera tenu envers le délégant tant qu'il n'aura pas payé entre les mains du délégataire (C. civ., nouvel art. 1339, al. 1^{er}). À compter de ce paiement, il sera libéré envers le délégant.

Mais, si l'obligation délégant/délégué continue à exister dans l'attente du paiement, en revanche, le délégant ne pourra en demander le paiement au délégué, sauf pour la part de la créance qui excéderait celle du délégataire au délégant (C. civ., nouvel art. 1339, al. 2nd). L'idée qui sous-tend la règle est qu'il ne peut à la fois demander au délégué d'aller payer le délégataire et, dans le même temps, continuer à lui réclamer un paiement (nul ne peut se contredire au détriment d'autrui). Cette impossibilité d'en réclamer le paiement dure tant que le délégataire n'a pas reçu paiement. Soit le délégataire reçoit paiement du délégué et la créance du délégant sur le délégué s'éteint, de sorte que le délégant ne peut plus en demander le paiement. Soit le délégataire reçoit paiement du délégant, de sorte que ce dernier recouvre la possibilité d'agir en paiement contre le délégué.

Il reste que ce n'est pas parce que le délégué est défaillant que le délégataire renonce à son droit contre lui et renonce à exercer des mécanismes d'exécution forcée. Il n'est donc pas logique que le délégant puisse exiger un paiement alors que le délégué est toujours exposé aux poursuites du délégataire. D'où une seconde proposition : d'autres estiment que l'indisponibilité doit durer tant que le délégataire n'a pas renoncé à son droit contre le délégué (par ex. s'il agit contre le délégant et obtient son paiement de la part du délégant). On peut néanmoins considérer que, dès lors que le délégué s'est montré défaillant à l'égard du délégataire, le paiement redevient le prix de la course entre le délégataire et le délégant.

De la même même manière, le délégant ne pourra céder sa créance sur le délégué que pour la part qui excéderait la créance du délégataire sur le délégué. La solution s'impose également à l'égard du créancier du délégant qui souhaiterait saisir la créance du délégant sur le délégué : la saisie ne peut porter que sur cette part qui excède l'engagement du délégué envers le délégataire. Cette solution nouvelle, posée au

nouvel article 1339, alinéa 3, est préférable à celle qu'avait retenue la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 14 février 2006 (pourvoi n° 03-17.407). Dans cet arrêt, la Cour avait considéré que toute saisie de la créance du délégant sur le délégué était impossible en cours de délégation. Pour autant, on peut regretter que le législateur n'ait pas admis la saisissabilité pure et simple de la créance du délégant sur le délégué. En effet, dès lors que l'article L. 211-3 du Code des procédures civiles d'exécution fait obligation au débiteur saisi d'informer le créancier saisissant de l'existence d'une éventuelle délégation ayant pour objet cette créance, le créancier saisissant sait que l'efficacité de sa saisie est subordonnée à l'échec de la délégation, c'est-à-dire à la défaillance du délégué à l'égard du délégataire. Pareillement, on devrait considérer que le délégant peut céder sa créance sur le délégué en cours de délégation, sachant que la délégation sera opposable au cessionnaire qui ne pourra donc en réclamer le paiement que lorsque le délégué se sera révélé défaillant à l'égard du délégataire. Dans ces deux hypothèses, si le délégué s'exécute à l'égard du délégataire, cela emporte extinction, à due concurrence, de la créance du délégant sur le délégué saisie ou cédée, de sorte que le créancier saisissant ou le cessionnaire perdront la créance.