

## Clair-obscur sur la novation et la délégation

Étude rédigée par : **Manuella Bourassin** professeur à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense, directrice du CEDCACE (EA 3457), codirectrice du master droit notarial et **Ludovic Froment** notaire à Suresnes

**Le projet d'ordonnance traite la novation et la délégation en clair-obscur. En effet, ces opérations créatrices d'obligation sont mises en lumière, tant formellement (des définitions et un nouvel emplacement en renforcent l'intelligibilité et l'accessibilité), que substantiellement (certaines précisions apportées à leur régime en améliorent l'efficacité, surtout pour les créanciers, ainsi que l'originalité vis-à-vis des opérations translatives d'obligation et des sûretés personnelles). Mais le projet laisse également subsister d'inquiétantes zones d'ombre, rendant incertains les droits des parties, ceux des tiers et encore le sort des sûretés. Des éclaircissements méritent dès lors d'être suggérés.**

1. - Le projet d'ordonnance du 25 février 2015 innove en consacrant un titre entier au « régime général des obligations ». C'est dans son chapitre IV dédié à la « modification du rapport d'obligation » que la novation et la délégation font chacune l'objet d'une section, à la suite de celles portant sur les cessions de créance, de dette ou de contrat. Cette nouvelle architecture a le mérite de souligner les points communs existant entre ces opérations, qui affectent toutes le rapport d'obligation par une modification substantielle de son objet ou un changement de ses sujets, et dans lesquelles l'obligation, appréhendée comme un bien ayant une valeur pécuniaire, est appelée à circuler ou à constituer la base de nouveaux rapports juridiques et économiques. Au sein du chapitre IV du projet, l'absence de toute classification des opérations modifiant le rapport d'obligation masque en revanche leurs particularités. Pour limiter les confusions entre les unes et les autres, susceptibles de conduire à des requalifications, partant à la remise en cause des attentes des parties, il serait utile de distinguer formellement les opérations translatives d'obligation, qui recouvrent les trois types de cession, ainsi que la subrogation personnelle, et les opérations créatrices d'obligation, objets de la présente étude. Ces dernières modifient le rapport d'obligation de manière radicale, puisqu'une nouvelle obligation voit le jour, soit en remplacement d'une obligation ancienne éteinte (c'est ce qui caractérise la novation et la délégation novatoire, dite parfaite), soit en complément d'une obligation primitive (il en va ainsi en présence d'une délégation non novatoire, dite simple ou imparfaite).

2. - La novation et la délégation ont été conservées par les auteurs du projet d'ordonnance. Si ce maintien ne va pas de soi au vu des législations étrangères et des codifications savantes réglementant les seules opérations translatives d'obligation, il semble tout à fait justifié au regard des besoins divers de la vie des affaires et de la pratique notariale auxquels répondent ces opérations créatrices d'obligation. La novation et la délégation peuvent en effet être utilisées pour remplacer un rapport d'obligation par un autre (le prêt substitutif en fournit une illustration), pour opérer une substitution de créancier (tel le bénéficiaire d'une promesse de vente) ou encore pour faire supporter une dette par un nouveau débiteur, soit à la place du débiteur initial (par exemple, un acquéreur peut être tenu d'honorer certaines dettes du vendeur, comme les frais d'édification de clôture), soit en garantie de celui-ci (le crédit immobilier souscrit par un acquéreur peut être garanti par ses locataires ; les dettes d'un entrepreneur principal vis-à-vis d'un sous-traitant peuvent être couvertes par le maître d'ouvrage). Dans ces différentes hypothèses, la pratique recourt à la novation et à la délégation, sans toujours en percevoir toutes les spécificités *ab initio*. Leurs effets, distincts de ceux que produisent les opérations translatives d'obligation, sont souvent découverts *a posteriori*, notamment lorsque le nouveau débiteur tente d'échapper à son obligation en invoquant des exceptions issues du rapport d'obligation initial ou lorsque le créancier entend profiter des sûretés garantissant la dette primitive en couverture de l'obligation nouvelle du second débiteur. Cette imprévisibilité résulte du manque d'accessibilité, de clarté et de précision des textes et de la jurisprudence aujourd'hui applicables à la novation et à la délégation.

**3.** - Le projet d'ordonnance remédie à cette situation, mais en partie seulement, car il traite la novation et la délégation en clair-obscur. Ces opérations sont effectivement mises en lumière, ce qui est de nature à en accroître et en sécuriser l'utilisation (1). Mais le projet laisse subsister d'inquiétantes zones d'ombre, auxquelles des éclaircissements doivent être apportés (2).

### **1. Mise en lumière**

**4.** - Le projet d'ordonnance est sous-tendu par deux objectifs majeurs. Le premier consiste à renforcer la sécurité juridique, c'est-à-dire à améliorer l'accessibilité matérielle et intellectuelle, ainsi que la prévisibilité du droit des obligations. Le second a trait à l'efficacité des mécanismes réglementés et à la protection des intérêts économiques des particuliers et des entreprises qui y recourent. À certains égards, les articles 1341 à 1352 du projet régissant la novation et la délégation répondent à ces objectifs formels (A) et substantiels (B).

#### **A. - Mise en lumière formelle**

**5.** - Conformément à l'impératif de sécurité juridique, le projet d'ordonnance accroît l'intelligibilité de la novation et de la délégation par de nouvelles définitions (1°) et leur accessibilité par la restructuration du régime général des obligations (2°).

#### **1° Intelligibilité**

**6.** - Aujourd'hui, le Code civil ne définit pas la novation. Il se contente d'en présenter trois espèces et certaines conditions. L'article 1341, alinéa 1er, du projet facilite la compréhension et la qualification de la novation grâce à une définition fonctionnelle mettant en lumière son objet, qui est de « substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée ». Les articles 1341 et 1342 détaillent les éléments constitutifs de la novation et ce, dans la continuité du droit positif. La novation est subordonnée à deux éléments matériels : l'extinction d'une obligation initiale et la création d'une obligation nouvelle, « par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier ». La novation exige en outre une volonté de nover non équivoque, qui doit résulter clairement de l'acte et ne saurait être présumée.

**7.** - La délégation n'est pas non plus définie par le Code civil en vigueur. L'article 1348, alinéa 1er, du projet répare cette lacune en précisant qu'il s'agit du « contrat par lequel une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur ». Si la délégation exige un triple consentement, c'est l'obligation du délégué envers le délégataire, soit de payer une somme d'argent, soit d'accomplir une prestation, qui la caractérise le plus. Cette obligation nouvelle du délégué montre que l'opération est créatrice, et non translatrice d'obligation. Dit autrement, il s'agit d'une délégation de personne, et non de créance.

#### **2° Accessibilité**

**8.** - Actuellement, la novation est traitée comme un mode d'extinction de l'obligation. L'autre versant du mécanisme, à savoir la création corrélative d'une obligation nouvelle, se trouve par là même occulté. Le projet d'ordonnance reflète davantage cette dualité en situant la novation dans le chapitre intitulé « La modification du rapport d'obligation ». Ce nouvel emplacement n'est pas parfait, dans la mesure où la « substitution » que réalise la novation est plus profonde qu'une simple modification, qui ne fait pas disparaître, en principe, ce qui change. Il a néanmoins le mérite de rendre plus visible la novation en tant qu'opération sur obligation.

**9.** - S'agissant de la délégation, son accessibilité est extrêmement limitée en droit positif, car elle ne fait l'objet que de deux textes au sein de la section consacrée à la novation et parce qu'elle est rattachée à la novation par changement de débiteur, alors que l'actuel article 1275 du Code civil dispose lui-même qu'elle n'implique pas nécessairement une novation. Dans le projet d'ordonnance, une section est dédiée à la délégation, après celle réservée à la novation. Cette distinction formelle rend la délégation plus visible et souligne qu'elle peut avoir lieu sans novation. La délégation non novatoire, dite simple ou imparfaite, qui est la plus fréquente en pratique, se trouve en outre confortée par l'inscription de la délégation, non pas dans le chapitre relatif à l'extinction de l'obligation, mais dans celui portant sur la modification du rapport d'obligation. Cet emplacement renforce l'accessibilité de la délégation dans d'autres fonctions que celle, traditionnelle, de paiement simplifié.

## **B. - Mise en lumière substantielle**

**10.** - La mise en lumière substantielle de la novation et de la délégation résulte des précisions apportées par le projet à leur régime, qui en améliorent l'efficacité (1°) et l'originalité (2°).

### **1° Efficacité**

**11.** - L'efficacité de la novation, c'est-à-dire sa capacité à répondre aux attentes des parties, se trouve renforcée par trois dispositions du projet. L'article 1343, d'abord, tempère le principe selon lequel « la novation n'a lieu que si l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle sont l'une et l'autre valables », en admettant que la novation puisse avoir « pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice ». Cette « novation-rédemptrice » constitue une alternative simple et sûre à la confirmation d'un acte nul. L'article 1345 du projet, ensuite, prévoit que « la novation par changement de créancier peut avoir lieu si le débiteur a, par avance, accepté que le nouveau créancier soit désigné par le premier ». Dans les opérations de refinancement, cette novation anticipée par changement de créancier pourrait se révéler plus efficace, pour les professionnels du crédit, qu'une cession de créance ou une subrogation, dans la mesure où ses conditions de validité et d'opposabilité aux tiers sont plus souples et que certains de ses effets sont plus protecteurs que ceux des opérations translatives d'obligation. Enfin, l'article 1347, alinéa 3, du projet détaille le régime de la novation convenue entre un créancier et une caution. Alors que la substitution de caution est fréquente en pratique (elle se rencontre surtout à la suite de la cessation des fonctions du dirigeant-caution de l'entreprise garantie et de son remplacement par le nouveau dirigeant), le Code civil est muet sur ses effets à l'égard des cofidésusés. Le projet comble cette lacune en prévoyant qu'elle « libère les autres cautions à concurrence de la part contributive de celle dont l'obligation a fait l'objet de la novation ». Cette précision est tout à fait opportune en ce qu'elle interdit la libération totale des autres cautions, solution adoptée pendant un temps par la Cour de cassation, au profit d'une libération partielle, qui préserve l'efficacité du cautionnement et celle de la novation elle-même.

**12.** - Le projet renforce par ailleurs l'attrait de la délégation, d'une part en autorisant sa polyvalence, respectueuse des attentes de chacune des parties, d'autre part en consacrant deux règles particulièrement protectrices des intérêts des créanciers.

**13.** - La polyvalence de la délégation résulte des choix ouverts expressément ou implicitement par le projet aux usagers. Les articles 1349 et 1350 distinguent ainsi la délégation qui « opère novation », lorsque « la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte clairement de l'acte » (délégation souvent qualifiée de parfaite en doctrine), et la délégation qui, à défaut d'une telle décharge, « donne au délégataire un second débiteur » (délégation dite simple ou imparfaite). Le deuxième espace laissé à la liberté contractuelle réside dans l'engagement « à découvert » du délégué, c'est-à-dire sans qu'il n'y ait au préalable d'obligation entre les trois protagonistes. En effet, si des obligations peuvent préexister entre le délégant et le délégataire et/ou entre le délégant et le délégué (comme en attestent les articles 1349, 1350 et 1351, qui emploient les expressions « lorsque le délégant est débiteur du délégataire » et « lorsque le délégant est créancier du délégué »), elles ne sont pas imposées par le projet (dans la définition de l'article 1348, elles ne sont nullement érigées en éléments constitutifs de la délégation). La troisième alternative admise implicitement par le projet a trait à l'objet de l'obligation du délégué. Les parties sont libres, soit de calquer celui-ci sur l'objet de l'une des obligations préexistantes, c'est-à-dire celle qui le lie au délégant ou celle existant entre le délégant et le délégataire (la délégation est dite incertaine), soit de prévoir que le délégué s'engage de manière purement autonome à payer telle somme ou à exécuter telle prestation déterminée, distincte des obligations préexistantes (la délégation est dite certaine). Grâce à toutes ces variables, la délégation peut remplir différentes fonctions et présenter une réelle utilité pour chacune des parties. Elle permet un paiement simplifié s'il existe une ou deux obligations préalables, que l'exécution du délégué éteint simultanément. En l'absence de telles obligations préexistantes, la délégation peut être utilisée pour consentir au délégant, voire au délégataire, un prêt ou une libéralité indirecte. Que le délégué s'engage à découvert ou non, la délégation non novatoire produit un effet de sûreté au bénéfice du délégataire.

**14.** - Les droits du créancier sont en outre particulièrement protégés par deux dispositions du projet qui confortent nettement l'efficacité de la délégation. Il s'agit, d'une part, de l'article 1348, alinéa 2, aux termes duquel « le délégué ne peut (...) opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire ». Sauf à être écartée par une « stipulation contraire » (*Projet, art. 1348*) ou en présence d'un paiement effectué par le délégant (*Projet, art. 1350*), cette double inopposabilité des exceptions procure aux créanciers une indéniable sécurité et explique en grande partie le recours à la délégation plutôt qu'à d'autres opérations sur obligation ou à des sûretés nommées. L'autre disposition du projet susceptible d'accroître l'attrait de la délégation aux yeux des créanciers est l'article 1351. Ce texte précise le sort de la créance du délégant envers le délégué avant l'exécution par celui-ci de son obligation vis-à-vis du délégataire : bien que cette créance ne soit pas éteinte jusque-là, elle « ne peut être ni cédée ni saisie, et 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 ». Ces solutions, que la chambre commerciale de la Cour de cassation adopte depuis 1986, portent profondément atteinte aux droits du délégant et de ses créanciers. Elles protègent en revanche le délégué, qui ne saurait être tenu de payer deux fois, et surtout le délégataire, qui acquiert un droit exclusif sur la créance du délégant contre le délégué. Ce droit est encore plus efficace que le droit de préférence d'un créancier nanti sur ladite créance. Ses effets s'apparentent à ceux du droit de propriété d'un fiduciaire, alors même que le délégataire reste un créancier chirographaire, non titulaire d'un droit réel sur la créance. Si la solution est pour le moins curieuse au regard des principes régissant les droits personnels et réels, elle est fort rassurante pour les créanciers délégataires. Le projet conforte donc bien l'efficacité de la délégation.

## **2° Originalité**

**15.** - L'originalité de la délégation se trouve accentuée par rapport, non seulement à une autre opération sur obligation conduisant à un changement de débiteur, la cession de dette, mais aussi aux sûretés personnelles.

**16.** - Bien que le projet consacre la cession de dette, avec ou sans décharge du cédant, la délégation, novatoire ou non, continuera de présenter une utilité, parce que le régime de la cession de dette est très peu développé et incertain (un doute pèse, par exemple, sur la source de l'obligation du nouveau débiteur dès lors que le consentement du créancier à la cession de dette elle-même n'est pas nécessaire) et que la délégation offre des protections aux créanciers qui n'ont pas d'équivalent dans la cession. D'une part, les deux hypothèses de maintien exceptionnel de l'engagement du débiteur initial existant en matière de délégation novatoire (à savoir, selon l'article 1349, alinéa 2, du projet, la garantie de la solvabilité future du délégué par le délégant et la procédure d'apurement des dettes ouvertes au bénéfice du délégué lors de la délégation) ne sont pas prévues en cas de cession de dette avec libération du cédant. D'autre part et surtout, même lorsque la délégation non novatoire est incertaine, c'est-à-dire que l'obligation du délégué est calquée sur celle du délégant envers le délégataire, elle n'est pas translatrice, car la dette du délégué est toujours une obligation nouvelle, née de la délégation. Une différence fondamentale en résulte quant aux exceptions opposables par le nouveau débiteur : dans la délégation, le principe est celui de l'inopposabilité des exceptions (*Projet, art. 1348*) ; au contraire, dans la cession, comme la dette se trouve transmise avec tous ses vices, les exceptions qui lui sont inhérentes sont opposables (*Projet, art. 1339*). Plus sécurisante pour les créanciers et réglementée de manière plus précise que la cession de dette, la délégation conserve donc tout son intérêt malgré la consécration en grande pompe de la cessibilité de la dette.

**17.** - L'originalité de la délégation est manifeste, par ailleurs, vis-à-vis du cautionnement et de la garantie autonome. Entre la délégation non novatoire et chacune de ces sûretés personnelles, il existe certes des ressemblances : si l'objet de l'obligation du délégué est calqué sur celui de l'obligation du délégant, la délégation, dite incertaine, est très proche d'un cautionnement, surtout si, comme le permet l'article 1348, alinéa 2, du projet, le délégué peut opposer des exceptions liées à cette obligation initiale. À l'inverse, si l'obligation du délégué est fixée de manière indépendante par rapport à celle du délégant à l'égard du délégataire, la délégation, dite certaine, s'apparente à une garantie autonome. De réelles différences de régime les séparent néanmoins, faisant de la délégation une véritable alternative aux sûretés personnelles nommées. Deux hypothèses permettent de s'en convaincre. En présence d'une délégation incertaine, si l'on admettait que la règle de l'inopposabilité des exceptions puisse jouer (cette zone d'ombre sera éclaircie plus loin), la délégation s'éloignerait incontestablement du cautionnement. Elle pourrait alors permettre au créancier d'échapper au régime légal et jurisprudentiel très protecteur des cautions, sans que la fraude à la loi ne puisse paralyser son efficacité, le projet lui-même prévoyant l'inopposabilité des exceptions et autorisant la délégation incertaine. Dans le cadre d'une délégation certaine, si les parties rendaient opposables certaines exceptions, on se trouverait en présence d'une garantie personnelle équilibrée, à mi-chemin entre le cautionnement et la garantie autonome. Elle offrirait en effet de la souplesse et de la sécurité au créancier-délégataire, en échappant au régime des sûretés nommées, sans être trop rigoureuse à l'encontre du garant-délégué, grâce à l'opposabilité des exceptions stipulées.

**18.** - L'originalité, l'efficacité, l'accessibilité et l'intelligibilité de la novation et de la délégation ont bien été renforcées par le projet d'ordonnance. Mais leur mise en lumière s'accompagne de regrettables zones d'ombre.

## **2. Zones d'ombre**

**19.** - Certaines imprécisions, obscurités et lacunes du projet concernent la novation et la délégation elles-mêmes, c'est-à-dire leur distinction et les droits et obligations qu'elles font naître entre les parties. D'autres imperfections affectent les droits des tiers ou rendent incertain le sort des sûretés garantissant les obligations préexistantes aux deux opérations créatrices étudiées. Toutes ces zones d'ombre internes (**A**) et externes (**B**) risquant de dérouter les usagers et les praticiens, voire de les détourner de la novation et de la délégation, il importe de suggérer des éclaircissements.

#### **A. - Zones d'ombre internes**

**20.** - Les zones d'ombre internes portent principalement sur la différenciation des espèces de novation et de délégation qui se ressemblent le plus, à savoir la novation par changement de débiteur et la délégation novatoire (1°), sur les qualités respectives du débiteur initial et du nouveau débiteur (2°) et sur le régime des exceptions (3°).

##### **1° Distinction de la novation et de la délégation**

**21.** - Des différences de régime relativement ténues existent entre la novation par changement de débiteur et la délégation novatoire. D'une part, la novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur (*Projet, art. 1344*), tandis que la délégation requiert l'accord des trois intervenants (*Projet, art. 1348*). Mais ce critère de distinction disparaît si la novation a lieu à la demande de l'ancien débiteur. D'autre part, la nullité de l'obligation ancienne ruine, en principe, l'efficacité de la novation (*Projet, art. 1343*), alors qu'en matière de délégation, l'inopposabilité des exceptions est prévue de manière générale par l'article 1348 du projet, sans qu'un sort particulier ne soit réservé à la nullité. Ces différences de régime ne nous semblent pas suffisantes pour justifier la distinction entre la novation par changement de débiteur et la délégation novatoire. Pour éviter les difficultés de qualification qui en résultent et pour accentuer l'originalité de la délégation, seule la délégation non novatoire (dite simple ou imparfaite) devrait être réglementée dans la section consacrée à la délégation. Corrélativement, toutes les règles intéressant la novation devraient figurer dans la section qui lui est dédiée.

##### **2° Qualités du débiteur initial et du nouveau débiteur**

**22.** - Dans l'hypothèse d'une délégation non novatoire, le projet manque de clarté au sujet des qualités respectives du délégant et du délégué, que l'article 1350, alinéa 1er, du projet qualifie de « *second débiteur* ». Cette expression peut recevoir deux interprétations. Elle peut signifier que le délégué est le débiteur principal et que le délégant devient son garant, ou bien que le délégant et le délégué sont codébiteurs. Plusieurs arguments peuvent être avancés au soutien de cette seconde lecture, qui place le délégant et le délégué sur un pied d'égalité. Déjà retenue par la Cour de cassation, cette interprétation reflète davantage la nature de la délégation, puisque les obligations du délégant et du délégué étant indépendantes, ni l'un ni l'autre ne devraient être subordonnés. L'article 1350, alinéa 2, les met d'ailleurs sur le même plan en prévoyant que « *le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence* ». En outre, si le délégant demeurait débiteur principal, la distinction entre la délégation et la cession de dette serait plus nette, puisque l'article 1338, alinéa 2, du projet précise au contraire que le cédant non libéré est « *seulement garant des dettes du cessionnaire* ». L'absence de rang entre le délégant et le délégué renforcerait aussi la distinction entre la délégation et le cautionnement ou la garantie autonome. Enfin, cette solution permettrait au créancier de demander paiement indifféremment au délégué et au délégant, sans se voir opposer par l'un ou l'autre le bénéfice de discussion. Il serait donc cohérent et sécurisant de préciser dans l'article

1350, alinéa 1er, que la délégation donne au délégataire un « *second débiteur principal* ». À défaut d'une telle modification textuelle, les actes de délégation non novatoire devraient eux-mêmes préciser la qualité respective du délégant et du délégué.

### **3° Exceptions opposables au créancier par le débiteur**

**23.** - En matière de novation, aujourd'hui, l'inopposabilité des exceptions nées de l'obligation initiale est admise comme conséquence de l'extinction de cette obligation et de la création d'une obligation nouvelle, purgée de tout vice. Le projet d'ordonnance n'a pas consacré cette règle. Rien n'est dit, en effet, sur le régime des exceptions en matière de novation. Cette lacune est regrettable, non seulement parce que l'inopposabilité des exceptions constitue le principal avantage de la novation pour le créancier, mais aussi parce qu'elle permet de distinguer nettement la novation des opérations translatives entraînant un changement de créancier ou de débiteur (cession de créance ou de dette), dans lesquelles la règle inverse est consacrée (*Projet, art. 1335 et 1339*). Le nouvel article 1346 mériterait dès lors d'être complété comme suit : « L'extinction de l'obligation ancienne empêche le débiteur d'opposer les exceptions relatives à cette obligation ». À défaut d'un tel ajout dans le Code civil, les actes de novation devraient pallier le silence de la loi en stipulant clairement l'inopposabilité des exceptions.

**24.** - En matière de délégation, c'est la « *stipulation contraire* » à l'inopposabilité des exceptions, admise par l'article 1348, alinéa 2, du projet, qui soulève une sérieuse difficulté d'interprétation. Selon une première lecture, restrictive, la stipulation contraire devrait s'entendre d'une clause rendant expressément opposables des exceptions déterminées et ce, même en présence d'une délégation incertaine. C'est la position que la chambre commerciale de la Cour de cassation a adoptée en 1992 et 2004. Selon une seconde interprétation, plus large, l'opposabilité des exceptions pourrait résulter de l'alignement de l'objet de l'obligation du délégué sur l'objet de l'obligation du délégant vis-à-vis du délégataire ou sur celle qu'il a lui-même à l'égard du délégant, autrement dit elle pourrait être implicite en présence d'une délégation incertaine. C'est la solution que la première chambre civile a privilégiée en 1992. La première interprétation est de loin la plus sûre. Au regard de l'impératif de sécurité juridique, l'application de clauses expresses claires est évidemment plus satisfaisante que la délicate interprétation de la volonté des parties en présence d'une délégation incertaine. L'objectif de sécurité économique fait également pencher la balance vers la première interprétation, puisque le délégataire consent alors explicitement à se voir opposer certaines exceptions. Pour remédier à l'insécurité créée par l'article 1348, alinéa 2, la pratique pourrait aisément inscrire des clauses d'opposabilité des exceptions dans les délégations, même incertaines. Il serait toutefois préférable que le texte lui-même soit réécrit de la sorte : « sauf stipulation rendant expressément opposables des exceptions inhérentes à l'un ou l'autre de ces rapports ».

### **B. - Zones d'ombre externes**

**25.** - Les zones d'ombre externes sont celles qui dépassent les frontières de la novation et de la délégation. Qu'elles concernent les droits des tiers (**1°**) ou le sort des sûretés (**2°**), des éclaircissements s'imposent.

#### **1° Droits des tiers**

**26.** - Les principaux tiers affectés par une délégation sont les créanciers du délégant, qui perdent le droit de saisir la créance de leur débiteur contre le délégué (*Projet, art. 1351, al. 2*). Or, l'opposabilité de la délégation n'est conditionnée par aucune forme de publicité et le projet reste silencieux sur l'opposabilité de la date de la

délégation. En conséquence, l'origine, la date et le contenu des délégations sous seing privé devront être établis conformément au droit commun de la preuve, soit par le délégué, pour éviter un double paiement, soit par le délégataire, pour profiter de son droit exclusif sur la créance du délégant contre le délégué. Afin de limiter les risques d'inopposabilité de la délégation, des précisions pourraient figurer dans les nouveaux textes. À défaut, des solutions conventionnelles sont envisageables, telles la conclusion de la délégation par acte notarié (pour qu'elle acquière date certaine) ou la stipulation d'une clause interdisant au débiteur de déléguer ses propres débiteurs (mais le non-respect de cette « sûreté négative » ne devrait être sanctionné que par des dommages et intérêts).

## **2° Sort des sûretés**

**27.** - Le projet présente plusieurs imperfections quant au sort des sûretés, aussi bien réelles que personnelles, garantissant les obligations initiales. Des remèdes doivent absolument leur être apportés, compte tenu de la place prépondérante qu'occupe l'efficacité des sûretés dans les préoccupations des parties et des rédacteurs d'actes.

**28.** - L'article 1346 du projet dispose que « *l'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires* ». Le champ de ce principe d'extinction est, à juste titre, plus général que celui des actuels articles 1278 et 1281 du Code civil. Il embrasse, en effet, non seulement les trois espèces de novation, et non le seul changement de débiteur, mais aussi l'ensemble des sûretés et garanties présentant un caractère accessoire, là où sont seuls visés par les textes en vigueur les privilèges, hypothèques et cautionnement. Il est regrettable, en revanche, que l'article 1346, alinéa 2, détaille moins que l'article 1279 du Code civil la survie exceptionnelle des sûretés réelles initiales, alors qu'elle conditionne en grande partie le recours à la novation. Le projet se contente de prévoir que « *les sûretés réelles d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des titulaires des droits grevés* ». Ce texte n'insiste pas suffisamment sur le maintien des sûretés réelles dans toutes leurs caractéristiques : le montant garanti reste le même ; l'assiette n'est nullement modifiée (ainsi, en cas de novation par changement de débiteur, les biens du débiteur initial sont désormais affectés à la garantie de la dette d'autrui, le nouveau débiteur) ; le rang de la sûreté est inchangé (permanence essentielle aux yeux des créanciers garantis). Bien que ces solutions soient imposées par le principe de spécialité des sûretés réelles et par les règles gouvernant leur opposabilité aux tiers, il serait utile de les expliciter au sein du nouvel article 1346 afin de sécuriser le recours à la novation. L'objectif de sécurité juridique et celui d'efficacité économique devraient en outre conduire à énoncer les mêmes principes et exceptions dans la section consacrée à la délégation, qui ne renferme pour le moment aucun texte sur le sort des sûretés.

**29.** - En matière de novation, suscite par ailleurs des réserves l'article 1347, alinéa 2, du projet selon lequel « la novation convenue à l'égard du débiteur principal libère les cautions ». Cette disposition est trop précise quant au champ de la libération des cautions, puisqu'elle vise uniquement la novation par changement de débiteur. Or, comme l'extinction du cautionnement s'explique par son caractère accessoire et par l'interdiction de présumer l'engagement de la caution (*C. civ., art. 2292*), elle devrait jouer dans les trois espèces de novation. À l'instar de l'article 1346 et des autres alinéas de l'article 1347, qui ne distinguent pas les cas de novation, l'alinéa 2 devrait viser « la novation convenue entre le créancier et le débiteur principal », pour que soient également couverts les changements de créancier ou d'objet. L'article 1347, alinéa 2, manque en revanche de précision quant à la portée de la libération des cautions. D'une part, il impose la libération des cautions sans s'attacher à l'objet du cautionnement. Or, dans les cautionnements de dettes futures (telle une ouverture de crédit), la disparition du cautionnement par novation affecte l'obligation de couverture des dettes postérieures, et non l'obligation de règlement des dettes antérieures. Pour sauvegarder en partie l'efficacité du cautionnement, cette précision serait opportune. Il est vrai cependant qu'elle aurait mieux sa place au sein du droit du cautionnement que du régime



général des obligations. D'autre part, la libération des cautions est énoncée sans aucun tempérament, alors que l'actuel article 1281, alinéa 3, du Code civil réserve leur accession, c'est-à-dire leur accord à la substitution d'obligation et un nouvel engagement de leur part. Le silence du projet sur ces accords ne doit évidemment pas être interprété comme une interdiction d'y recourir. La liberté contractuelle devrait toujours pouvoir s'exercer en vue d'éviter la libération des cautions de l'obligation novée. Toutefois, comme l'article 1346, alinéa 2, du projet admet la survie des sûretés réelles moyennant le consentement de leur constituant, il serait cohérent que l'article 1347 sauvegarde l'efficacité du cautionnement aussi clairement, en réservant la volonté en ce sens des cautions. Il suffirait pour cela d'ajouter dans l'article 1347 « sauf convention contraire » ou « sauf nouvel engagement de leur part ». Les mêmes règles devraient figurer dans la section dédiée à la délégation.

**30.** - Divers aménagements sont donc susceptibles d'être apportés au projet d'ordonnance pour que soit dissipé le clair-obscur entourant la novation et la délégation. Nous formons le vœu que la Chancellerie et la pratique seront sensibles aux éclaircissements proposés.