



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MÉMOIRES

Master Droit privé général
Dirigé par Monsieur le professeur Laurent Leveneur
2022

La novation : une « institution fossile » ?

Nicolas Chapalin-Mecirdi

Sous la direction de Monsieur le professeur Laurent Leveneur



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

UNIVERSITÉ PARIS-PANTHÉON-ASSAS
Département de droit privé et de sciences criminelles
Laboratoire de droit civil

Année universitaire 2021-2022

LA NOVATION : UNE « INSTITUTION FOSSILE » ?

**Mémoire préparé sous la direction
de Monsieur le professeur des universités Laurent LEVENEUR**

présenté et soutenu
pour l'obtention du Master 2 Droit privé, parcours Droit privé général
dirigé par Monsieur le professeur des universités Laurent LEVENEUR

par

Nicolas CHAPALIN-MECIRDI

L'université Paris-Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Danielle

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur le professeur Laurent LEVENEUR de m'avoir accordé sa confiance en me permettant, d'une part, d'intégrer le master 2 Droit privé général et, d'autre part, de préparer ce mémoire sous sa direction.

Je remercie également les enseignants et chercheurs du lycée Louis-le-Grand, de l'École normale supérieure, de l'Université Paris II et d'ailleurs de m'avoir transmis leurs précieuses connaissances tout en ouvrant leurs enseignements et travaux sur des univers de respiration, de culture et quelques-unes de leurs passions personnelles.

Je remercie enfin mes camarades de promotion de m'avoir permis de partager avec eux les doutes et les épreuves aussi bien que les satisfactions et les récompenses.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

<i>adde</i>	<i>addenda</i> (ajouter)
al.	alinéa
art.	article
av.-pr.	avant-propos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
C.	Code de Justinien
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
coll.	collection
com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comp.	comparer
<i>contra</i>	en sens contraire
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
Dig.	Digeste
dir.	ouvrage dirigé par
éd.	édition
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et autres)
ex.	exemple
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même droit)
<i>id.</i>	<i>idem</i> (pareillement)
<i>infra</i>	au-dessous (plus bas)
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (à l'endroit précité)
n ^o , n ^{os}	numéro, numéros
not.	notamment
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
p., pp.	page, de la page (...) à la page (...)
préc.	précité
préf.	préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
rappr.	à rapprocher de
s.	et suivant(s)
SLC	Société de législation comparée
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	au-dessus (plus haut)
t.	tome
th.	thèse
trad.	traduit
v.	voir
v ^o , v ^{is}	<i>verbo, verbis</i> (au mot, aux mots)
vol.	volume

SOMMAIRE

Une table des matières détaillée figure en fin de document

Table des abréviations	VIII
Introduction	1
Première partie	
La variable exogène : une institution fragilisée par son environnement	
Titre I. Les solutions particulières de transmission des obligations	9
Chapitre I. La cession de créance	9
Chapitre II. La cession de dette	14
Titre II. Les solutions d'application générale : la liberté des conventions	26
Chapitre I. La modification de l'obligation dès la formation du contrat	26
Chapitre II. La modification de l'obligation dès l'exécution du contrat	35
Seconde partie	
La variable endogène : une institution vitalisée par son évolution	
Titre I. Les métamorphoses de l'institution	40
Chapitre I. Les transformations bienvenues	40
Chapitre II. Les déformations nuisibles	47
Titre II. Les perspectives de l'institution	54
Chapitre I. La mise en exergue de la singularité de la novation en droit français	55
Chapitre II. Le détour par les droits étrangers	65
Conclusion générale	73
Bibliographie	75
Table des matières	84

INTRODUCTION

1. Les olives. – « Les olives sont éternelles. Une olive ne dure pas. Elle mûrit et se gâte. Mais les olives se succèdent les unes aux autres, de façon infinie et répétitive. Elles sont toutes différentes, mais leur longue chaîne n'a pas de fin. Elles ont la même forme, la même couleur, elles ont été mûries par le même soleil et ont le même goût. Alors oui, les olives sont éternelles » relevait don Salvatore¹. Les olives ressemblent ainsi, dans une certaine mesure, aux obligations. Une obligation, prise en sa singularité, peut s'éteindre. Les obligations, prises dans leur pluralité, peuvent aussi se succéder. Telle est précisément la raison d'être de la novation : assurer le « lien »² entre deux obligations par l'extinction de l'une et la création de l'autre. La novation permet dès lors aux obligations, comme aux olives, d'être éternelles.

2. La « novation » : définition. – Le terme est emprunté au latin *novatio* (renouvellement), lui-même formé sur le supin *novatum* de *novare* (rendre nouveau)³. En droit, la novation désigne, aux termes de l'article 1329, alinéa premier du Code civil, « [...] un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée ». Si, comme cela sera exposé ultérieurement, cette définition, introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (ci-après « l'ordonnance du 10 février 2016 »)⁴, n'est pas exempte de critiques fondées, elle a le mérite de mettre en exergue que, contrairement aux cessions de contrat, de créance et de dette et à la subrogation personnelle, la novation n'est pas une opération translative. La stricte lettre de l'article 1329, alinéa second du Code civil dispose de plus que la novation « peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier », bien que ces trois variétés aient été largement complétées tant par la jurisprudence que la doctrine⁵.

3. Un « fossile » : définition. – Étymologiquement, le fossile est emprunté au latin classique *fossilis* signifiant « tiré de la terre », lui-même du supin de *fodere* (creuser)⁶. En géologie, le fossile est appréhendé comme le reste, la trace ou le moulage naturel d'organisme conservé dans des sédiments⁷. En son sens figuré, lequel reflète davantage l'esprit du titre de la présente production, le fossile est le témoin d'un monde disparu et renvoie à ce qui est archaïque et suranné⁸. C'est encore une « [f]orme qui n'est plus vivante et n'est représentée [...] que sous l'aspect du fixé ou figé »⁹.

¹ L. GAUDÉ, *Le soleil des Scorta*, Arles, Actes Sud, 2004, p. 242.

² H., J. et L. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 1998, n° 1208.

³ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 1934, p. 1040, v° *Novatio*.

⁴ Ord., 10 févr. 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, n° 2016-131, art. 3, *JORF*, n° 35, 11 févr. 2016, texte n° 26.

⁵ V. *infra*, n°s 94-128.

⁶ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, *op. cit.*, p. 684, v° *Fossilis*.

⁷ C. BLUM (dir.), *Le Littré*, vol. 8, Paris, Le Figaro, 2007, p. 478, v° *Fossile*.

⁸ A. DUCROCQ (dir.), *Grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, t. 5, Paris, Larousse, 1983, p. 4422, v° *Fossile*.

⁹ J. MAROUZEAU, *Lexique de la terminologie linguistique : français, allemand, anglais, italien*, 3^e éd., Paris, Geuthner, 1951, p. 53, v° *Fossile*.

4. Une « institution fossile » ? – Si la lettre est empruntée à Monsieur le professeur Jérôme FRANÇOIS¹⁰, l'esprit de ce qualificatif est exprimé et partagé par une part importante de la doctrine¹¹. Ces auteurs s'abstenant d'expliquer la notion d'institution fossile, il convient de l'interpréter, par la mise en évidence de ses différentes facettes, pour en proposer une définition singulière, qui sera seule retenue. Ainsi, l'institution, du latin *institutio*, est d'abord un corps de règles relatives à un même objet formant un ensemble cohérent¹² : elle est, dans ce contexte, un synonyme du terme « mécanisme », compris comme un ensemble de règles assemblées ou reliées les unes aux autres et remplissant une fonction déterminée. L'institution est ensuite fossile lorsque son rôle, dans un environnement déterminé, est très secondaire, voire marginal, tandis que sa présence dans la vie quotidienne est très difficilement détectable. Au surplus, lorsqu'il est finalement utilisé, le fossile fait l'objet d'une « application abusive, en dehors de son contexte et de sa raison d'être et certainement en dehors de son véritable domaine d'application »¹³. Cette disparition, au moins en apparence, est le résultat d'une reproduction mécanique de l'institution, laquelle, précisément parce qu'elle est mécanique, empêche toute évolution de l'institution. Appliqués à la matière juridique, ces critères font émerger une définition de l'institution fossile : elle est un mécanisme, conservé en droit positif par pur automatisme, n'évoluant plus dans le contexte juridique contemporain et qui, parce qu'il n'a plus de régime propre, est absent tant du « langage du droit » (l'ensemble des règles juridiques, particulièrement jurisprudentielles, qu'Hans KELSEN appelle les « interprétations authentiques »¹⁴) que du métalangage (les interprétations non authentiques, particulièrement

¹⁰ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, 5^e éd., coll. Corpus, Paris, Economica, 2020, n^{os} 613 et 631.

¹¹ En ce sens, v. not. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, 17^e éd., coll. Sirey Université, Paris, Dalloz, 2020, n^{os} 580-603 ; V. FORTI, *Régime général des obligations*, coll. Paradigme, Bruxelles, Bruylant, 2021, n^{os} 231-251 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ, 2020, n^{os} 771-775 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, les obligations*, t. 2, *Le régime*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1989, n^{os} 409-424 ; H., J. et L. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Leçons de droit civil, op. cit.*, n^{os} 1208-1230 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, par H. ROLAND, *Droit civil des obligations*, t. 3, *Régime général*, 6^e éd., Paris, Litec, 1999, n^{os} 529-550 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2019, n^{os} 1710-1732.

Contra, L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 6^e éd., coll. Amphi LMD, Paris La Défense, Gualino, 2021, n^{os} 1703-1720 ; M. BRUSORIO AILLAUD, *Droit des obligations*, 12^e éd., coll. Paradigme, Bruxelles, Bruylant, 2021, n^{os} 589-592 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., coll. Sirey Université, Paris, Dalloz, 2015, n^{os} 436-449 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. Traité de droit civil, Paris, LGDJ, 2005, n^{os} 844-872 ; M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2020, n^{os} 380-416 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations*, 14^e éd., coll. HyperCours, Paris, Dalloz, 2021, n^{os} 1264-1276.

Comp. pour un avis mitigé, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 2000, n^{os} 348-351 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 2021, n^{os} 964-974 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2021, n^{os} 567-569 ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 16^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2021, n^{os} 979-983 ; A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, 4^e éd., coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2020, n^{os} 193-195.

¹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2020, pp. 272 et 552, v^{js} Corps de règles et Institution.

¹³ K. PITSAKIS, « D.1.3.32.pr (Salvius Julien). Transformations byzantines d'un précepte de droit romain », in Ph. J. THOMAS (dir.), *Libellus ad Thomasium: essays in Roman law, Roman-Dutch law and legal history in honour of Philip J. Thomas*, coll. Fundamina, Pretoria, Université d'Afrique du Sud, 2010, pp. 288-298, spéc. p. 294.

¹⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. EISENMANN, coll. Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1962, pp. 459-462.

doctrinales, imputables à des individus¹⁵), à l'exception des hypothèses dans lesquelles il est dénaturé par une application inexacte des règles qui le composent. Sans préjuger du bien-fondé de l'assimilation de la novation à une institution fossile, il est certain que l'institution, en elle-même, a largement évolué. Ainsi, à la fin des années 1870, le professeur Paul GIDE relevait que « si la novation compte déjà vingt siècles d'existence, c'est qu'elle a subi, durant cette longue carrière, plus d'un changement, plus d'une transformation, et que la novation moderne n'a guère que le nom de commun avec la novation d'autrefois »¹⁶. La « novation d'autrefois » est d'abord celle de l'ancien droit romain, du droit romain classique, du droit du Bas-Empire et de ses suites.

5. L'ancien droit romain. – Les droits primitifs, à l'instar de l'ancien droit romain¹⁷, n'envisagent l'existence du lien obligataire qu'au profit d'une ou plusieurs personnes vis-à-vis d'une ou de plusieurs autres personnes : l'obligation a un caractère strictement personnel et n'est pas considérée comme un bien comme les autres. En conséquence, dans l'ancien droit romain, la créance, parce qu'elle n'est en principe ni cessible ni transmissible, s'éteint lorsqu'elle n'a pas été exécutée avant le décès du créancier¹⁸. Les Romains ont néanmoins rapidement admis des exceptions à la règle de l'intransmissibilité de l'obligation. Ils ont ainsi établi que les dettes et les créances du *de cuius* passent dans le patrimoine du légataire universel. Plus tardivement, le développement économique et la multiplication des échanges ont incité les juristes romains à admettre la cession des créances entre vifs à titre particulier¹⁹. En l'absence d'institutions permettant de réaliser directement cette transmission, celle-ci n'est alors possible que par le biais de procédés indirects, dont la novation²⁰.

6. Le droit romain classique. – C'est à l'époque classique²¹ que l'institution connaît un essor considérable pour réaliser la transmission indirecte des obligations (changement de créancier ou de débiteur). Dès la fin du II^e siècle de notre ère en effet, la novation est considérée comme produisant un effet extinctif : il ne s'agit pas, pour reprendre les mots de Monsieur le professeur David DEROUSSIN, d'une « technique permettant de succéder à la créance d'autrui mais bien de remplacer la première créance par une autre »²². Ulpien, plus tard, la définit d'ailleurs comme le transvasement et le transfert d'une dette antérieure dans une obligation nouvelle²³. Cette définition reflète la particularité de la novation romaine au sein de laquelle les deux obligations, l'ancienne et la nouvelle, ont le même objet. En d'autres termes, la nouveauté tient aux parties elles-mêmes (*inter novas personas*) ou, entre les mêmes parties (*inter easdem personas*), à quelque changement affectant la cause, les modalités ou le cautionnement : le droit romain

¹⁵ *Ibid.*, pp. 462-463.

¹⁶ P. GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, L. Larose, 1879, p. 1.

¹⁷ La période de l'ancien droit s'étend de Rome au milieu du II^e siècle av. J.-C., précisément jusqu'à la prise de Carthage et de Corinthe par les Romains, en 146 av. J.-C.

¹⁸ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., coll. Corpus, Paris, Economica, 2012, p. 42.

¹⁹ G. LEPOINTE et R. MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1954, pp. 396-399.

²⁰ H., J. et L. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, *op. cit.*, n° 1209.

²¹ La période du droit classique correspond au dernier siècle de la République romaine et aux trois siècles du Haut-Empire.

²² D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 43.

²³ D. 46, 2, 1, pr. : *prioris debitori in aliam obligationem transfusio atque translatio*.

n'admet pas la novation par changement d'objet²⁴. En cela, la novation, en droit romain classique, rompt avec la prééminence de la volonté souveraine des parties qui doit caractériser l'institution homonyme de droit moderne²⁵.

7. Le droit du Bas-Empire. – Au temps de la compilation²⁶, Justinien admet la novation par changement d'objet en permettant d'augmenter ou de diminuer la quantité due²⁷ ou de remplacer un usufruit par un droit d'usage²⁸. La novation perd ainsi son fondement ancien et repose désormais sur l'autonomie de la volonté : celle-ci peut tout faire, même une novation par changement d'objet, ce qui permet sa généralisation. C'est aussi à cette période que la notion d'*animus novandi* apparaît, la volonté des parties devant être exprimée de façon expresse pour éviter toute difficulté d'interprétation²⁹. Cette exigence est rendue nécessaire par les réformes de l'empereur Léon en 472 lesquelles, en permettant à la stipulation d'être réalisée au moyen de n'importe quel terme, rendent malaisée la distinction des stipulations novatoires des autres stipulations.

8. L'ancien droit français. – Ultérieurement, dans l'ancien droit français³⁰, après une « éclipse prolongée »³¹, la novation renaît au XIV^e siècle, tandis que, sous l'Ancien Régime, les théoriciens la conçoivent en parallèle de la délégation. La délégation est en effet l'un des modes de transport et ne peut être réalisée qu'avec le consentement du débiteur. Les coutumiers connaissent également la cession de créance, réalisable par la délégation ou par la cession ou donation, à la seule condition que la créance soit attestée par lettre et que la lettre soit dénoncée au débiteur. La novation, appréhendée en tant que mode indirect de transmission des créances, perd ainsi largement de son intérêt ; elle est déjà définie, en 1768, comme « la conversion d'une dette dans une autre, ou d'un contrat dans un autre contrat, de telle sorte que la première obligation soit éteinte [et] qu'il n'y ait que la première qui subsiste »³².

9. Le Code civil de 1804. – Le Code de 1804 consacrait onze articles à la novation et à la délégation (1271 à 1281), dont aucun n'en proposait de définition. Cela n'est guère étonnant tant la rédaction des dispositions relatives à la novation s'est montrée ardue. À titre d'illustration, il faut relever que l'article 1271, 3^o, dans sa rédaction issue du projet initial du Conseil d'État de 1803, prévoyait que « la novation s'opère [...] lorsqu'un nouveau créancier est substitué à l'ancien envers lequel le débiteur se trouve déchargé ». Le projet déclarait effectivement que le débiteur pouvait être déchargé envers l'ancien créancier remplacé par un nouveau sans qu'il n'y eût ni un nouvel engagement de la part de ce débiteur ni substitution d'un autre ; ce serait ainsi toujours la même dette quoique ce ne fût pas le même créancier. Or, comme l'a très justement relevé la Section de législation du Tribunat, tant que la même dette

²⁴ J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2010, n^o 719.

²⁵ V. *infra*, n^{os} 117-121.

²⁶ La période du Bas-Empire embrasse l'avènement de Dioclétien, en 284, à la mort de Justinien, en 565.

²⁷ C., 8, 41, 8.

²⁸ Dig., 45, 1, 58.

²⁹ C., 8, 41, 8.

³⁰ L'expression « ancien droit » est comprise, dans la présente production, comme le droit applicable à l'Ancien Régime, lequel a prévalu de la fin du XVI^e siècle à 1789.

³¹ J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n^o 723.

³² C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Règles du droit français*, Paris, Despillay et Saugrain, 1968, p. 399.

existe, il ne s'est pas opéré de novation³³. Les hésitations relatives au régime de la novation se sont également poursuivies postérieurement à l'entrée en vigueur du Code civil. Ainsi, le professeur Alexandre DURANTON, en 1831, fustigeait que l'intention des parties soit laissée à la « sagesse du juge » en l'absence de reprise, dans le code, de l'exigence justinienne selon laquelle il n'y aurait novation qu'autant que les parties en seraient convenues expressément³⁴. Ce même auteur mettait déjà en exergue la proximité de la novation par changement de créancier avec la cession de créance, les distinguant par le consentement du débiteur, nécessaire pour nover, mais futile pour céder³⁵.

10. La réforme de 2016. – Considérée, depuis 1804, comme un mode d'extinction des obligations, la novation s'est trouvée promue par l'ordonnance du 10 février 2016 au rang d'opération sur obligations, au même titre que la cession de créance et de dette³⁶. Le *Rapport remis au président de la République* souligne en effet que la reconnaissance de la cession de créance et l'admission de la cession de dette n'ont pas privé la novation de toute utilité³⁷. Aux fins de simplification, l'ordonnance comble la lacune du droit antérieur en définissant la novation à l'article 1329, alinéa deux, rappelant par là même que la novation est tout à la fois extinctive (de l'obligation ancienne) et constitutive (d'une obligation nouvelle). L'article 1333, alinéa premier, constitue également une nouveauté en ce qu'il permet au débiteur de consentir, de façon anticipée, à la novation par changement de créancier³⁸. Pour le reste, la réforme opère une codification à droit constant, par exemple s'agissant de l'article 1331, lequel pose l'exigence, déjà reconnue par la jurisprudence³⁹, de validité de l'obligation éteinte et de l'obligation créée.

11. En droit comparé. – Au-delà de l'histoire purement française de la novation, la comparaison des droits permet pareillement « la connaissance critique de son propre système » et remplit donc une « fonction subversive »⁴⁰. Ainsi, ceux qui prophétisent la fin de la novation font souvent dépendre leur argumentaire, au moins pour partie, d'éléments de droit comparé⁴¹ et s'inscrivent ainsi dans le prolongement de ce que NIETZSCHE appelait, en son temps, « l'âge de comparaison »⁴². En cela, il est souvent pris appui sur le *Bürgerliches Gesetzbuch* (ci-après, « BGB »), le Code civil allemand, lequel ne reconnaît plus la novation comme institution autonome et la traite, selon les cas, comme cession de créance (en cas de changement de créancier), reprise de dette (lors du changement de débiteur), dation en paiement (dans

³³ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Paris, Videcoq, 1836, pp. 161-162.

³⁴ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 12, Paris, A. Gobelet, 1831, n° 284.

³⁵ *Ibid.*, n° 313.

³⁶ Sur le caractère réducteur de cette grille de lecture, v. *infra*, n°s 133 et 146.

³⁷ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, *JORF*, n° 35, 11 févr. 2016, texte n° 25 : « [s]i une partie de la doctrine conteste l'utilité de cette opération, la jurisprudence importante en la matière, parfois incertaine, témoigne de la persistance de son utilisation et invite à la maintenir dans le Code civil en y consacrant une section et simplifiant sa présentation ».

³⁸ V. *infra*, n°s 106-109.

³⁹ En ce sens, not. Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 1995, n° 92-16.695, *Bull. civ. I*, n° 387 ; Cass. com., 14 mai 1996, n° 94-14.625, *Bull. civ. IV*, n° 138.

⁴⁰ H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, pp. 503-527.

⁴¹ Par ex. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 771.

⁴² F. NIETZSCHE, *Humain, trop humain*, vol. 1, 7^e éd., trad. A.-M. DESROUSSEAUX, Paris, Société du Mercure de France, 1906, p. 49.

l'hypothèse du changement d'objet) ou résultat de la liberté contractuelle (pour les changements de cause et de modalités)⁴³. Il faut alors y répondre en évoquant, pêle-mêle, les droits belge⁴⁴ et québécois⁴⁵ au sein desquels la novation demeure, voire, pour le droit italien⁴⁶, la fait coexister avec la cession de dette et la délégation⁴⁷.

12. Le sens des mots et ses conséquences. – Le bien-fondé de l'assimilation de la novation à une « institution fossile », au regard de la définition proposée précédemment, relève de la sémantique. Au sens étymologique, définir consiste à border, clôturer, fixer⁴⁸. Prise au sens large, la définition peut consister tant dans la détermination d'un régime juridique que dans la formulation « d'une politique, d'un objectif, de priorités... »⁴⁹. La définition permet ainsi la qualification⁵⁰ et l'expression des volontés. Or, la sémantique doctrinale peut insuffler la mutation du droit positif. La qualification de « fossile » a en effet permis de justifier les évolutions de la novation projetées dans les différents projets de réforme du droit des obligations. En ce sens, l'avant-projet rédigé par un groupe d'universitaires dirigés par le professeur Pierre CATALA, duquel faisait partie Monsieur le professeur Jérôme FRANÇOIS, entendait, en modifiant son régime, permettre « aux professionnels d'utiliser, à l'instar de leurs homologues sur des places concurrentes, la novation comme cadre juridique d'opérations de refinancement »⁵¹. Quant à elles, les propositions de réforme du régime général des obligations présentées par un groupe de juristes dirigés par Monsieur le professeur François TERRÉ concluaient, « en dépit de la contestation de [son] utilité par une doctrine minoritaire », à la « vitalité de l'institution » qu'est la novation sur le fondement de « l'abondance de la jurisprudence »⁵². La profusion jurisprudentielle relative à la novation tranche d'ailleurs largement avec l'intérêt timide qui lui est porté par les auteurs au XXI^e siècle, ce qui participe de la confusion entourant son régime. L'intérêt théorique de la question de savoir si la novation

⁴³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, les obligations*, 1^{re} éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2004, n° 1266. V. dans le même sens, W. KRÜGER (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB [Commentaire munichois du BGB]*, vol. 2, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil I [Droit des obligation – partie générale I]*, 6^e éd., Munich, C.H.Beck, 2012, § 311, n°s 17-19 ; Chr. HIRSCH, *Schuldrecht Allgemeiner Teil [Partie générale du droit des obligations]*, 11^e éd., Munich, Nomos, 2018, n°s 203-266.

⁴⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles, le régime général des obligations*, 1^{re} éd., coll. Précis, Bruxelles, Larcier, 2016, n°s 736-749.

⁴⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018, n°s 3070-3105.

⁴⁶ C. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile [droit civil]*, vol. 4, *L'obbligazione [L'obligation]*, 2^e éd. rev. et augm., Milan, Giuffrè, 2019, n°s 232-239. *Adde*, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale [Droit civil et commercial]*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti [Les obligations et les contrats]*, t. 1, *Obbligazioni in generale, contratti in generale [Obligations en général, contrats en général]*, 4^e éd., Padoue, CEDAM, 2004, n° 17.

⁴⁷ V. pour de plus amples éléments de droit comparé, *infra*, n°s 154-167.

⁴⁸ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, *op. cit.*, p. 482, v^o *Definio*.

⁴⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 308, v^o *Définition*.

⁵⁰ L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, préf. J. JULIEN, coll. Thèses de l'IFR, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, n°s 146-162.

⁵¹ H. SYNVE, « Opérations sur créances (art. 1251 à 1282) », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Doc. fr., 2006, pp. 131-137, spéc. p. 72.

⁵² Ph. SIMLER, « De la novation et de la délégation », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013, pp. 133-138, spéc. p. 133.

est ou non une « institution fossile » est donc élevé, notamment en raison du peu de littérature contemporaine qui lui est consacrée⁵³.

13. L'appréhension par la pratique. – La permanence contentieuse de la novation témoigne en effet, en premier lieu, de l'intérêt pratique d'une étude de cette institution. Statistiquement, la consultation des banques de données et la recherche du terme « novation » permettent de vérifier que, du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2020, la Cour de cassation a rendu 1 009 arrêts relatifs, entre autres, à celle-ci⁵⁴. Très souvent, le débat judiciaire porte sur l'existence ou non de l'intention de nover puisqu'il n'y a pas de termes sacramentels pour l'exprimer⁵⁵, que les juges du fond apprécient souverainement si l'intention de nover résulte ou non des circonstances⁵⁶ et que la preuve peut être rapportée par tous les moyens sans qu'un écrit soit exigé⁵⁷. En somme, tel que le relevait le doyen Jean CARBONNIER, « toutes les barrières que pouvait suggérer l'article 1273 [article 1330 nouveau] ont été abaissées [...] »⁵⁸. Les enjeux de la qualification sont d'autant plus considérables qu'aux termes de l'article 1334, alinéa premier, du Code civil, l'extinction de l'obligation par la novation « s'étend à tous ses accessoires ». Or, compte tenu de l'importance pratique des sûretés⁵⁹, leur perte est à coup sûr un inconvénient. Ainsi, lorsqu'un créancier et son débiteur s'accordent pour modifier le contenu de la relation contractuelle, le juge doit-il retenir que les parties entendent conclure un *mutuus dissensus* suivi de la souscription d'une nouvelle obligation, auquel cas les accessoires survivraient, ou doit-il plutôt relever qu'elles souhaitent opérer novation⁶⁰ ? En amont du contentieux, l'avocat peut aussi hésiter entre une cession de créance et une novation par changement de créancier voire entre une délégation novatoire et une novation par changement de créancier. La novation mobilise donc la vigilance de tous les praticiens.

14. L'avenir de la novation : entre essentialité et superfluité. – La mise à l'honneur de la novation par l'ordonnance du 10 février 2016 pourrait paraître s'inscrire en porte-à-faux avec l'objectif affiché de simplification et de rationalisation du régime général des obligations⁶¹. Il faut en effet s'interroger sur la survie de la novation, laquelle a historiquement servi à pallier

⁵³ V. néanmoins, A. VAN DE WYNCKELE BAZELA, *La notion de novation*, Lille 2, 2001. Adde, P. D. SENE, *La notion de novation*, Reims, 2006. Comp., au XIX^e siècle, entre autres, A. LOMPRÉ, *De la novation contractuelle*, Paris, 1856 ; R. NOURRIT, *De novationibus et delegationibus, droit romain ; De la novation, droit français*, Aix-en-Provence, 1859 ; F. ARNAULT, *De la novation en droit romain et en droit français*, Paris, 1864 ; A. DUPLESSIS, *Étude sur la novation et la délégation en droit romain et en droit français ancien et moderne (civil, commercial et fiscal)*, Paris, 1869 ; J. GEORGE, *De la novation en droit romain et en droit français*, Poitiers, 1875 ; M. CHANOIT, *Étude sur la novation en droit romain et en droit français*, Caen, 1880.

⁵⁴ Secrétariat général du Gouvernement, *Légifrance*, 2002, consulté le 12 septembre 2021, disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

⁵⁵ Cass. 3^e civ., 15 janv. 1975, n^o 73-13.331, *Bull. civ.* III, n^o 16.

⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 1986, n^o 84-15.849, *Bull. civ.* I, n^o 26.

⁵⁷ Cass. req., 28 déc. 1908, *D.* 1909, I, p. 214.

⁵⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, n^o 351.

⁵⁹ Ph. SIMLER, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004, pp. 373-400, spéc. pp. 373-375.

⁶⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n^o 771 : « depuis l'avènement du consensualisme, la novation oscille entre la simple modification et le *mutuus dissensus* suivi d'une obligation nouvelle, au gré d'une hasardeuse recherche de l'intention des parties ».

⁶¹ G. CORNU, « Introduction », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*, pp. 19-24, spéc. pp. 20-21.

l'incessibilité des obligations et devrait avoir perdu toute utilité dans un droit modernisé par la reconnaissance tant de la cession de créance que de la cession de dette. La novation obéirait largement au droit commun des contrats au point que d'aucuns n'ont pas manqué de douter de la nécessité de lui consacrer des dispositions spécifiques⁶². En somme, le législateur, en ne sonnant pas le glas de ce qui est considéré comme une institution fossile, a peut-être violé une « loi d'évolution » qui conduirait les systèmes juridiques à « recevoir d'abord la cession des droits personnels sous une forme imparfaite et détournée, avant d'en admettre la cession pure et simple »⁶³.

15. Annonce de plan. – Une telle affirmation est néanmoins erronée dès lors que l'apparition d'une institution nouvelle n'implique nullement l'effacement de celle dont elle constitue le perfectionnement et ne répondant pas aux mêmes aspirations. Une seule méthode, sur laquelle s'est appuyée Madame Anne VAN DE WYNCKELE BAZELA⁶⁴ et qu'il convient également d'adopter, semble en réalité efficace pour déterminer si la novation est ou non une institution fossile. Elle consiste à prendre comme postulat de départ, reflet de la littérature, de vouloir la faire disparaître et, à cette fin, de dégager des critères de suppression. C'est qu'en effet, la novation est largement concurrencée par d'autres techniques juridiques, moins contraignantes, permettant d'aboutir à un résultat plus ou moins similaire (première partie). Du reste, la novation est une institution en constant mouvement, ce qui permet de l'adapter aux nouveaux besoins de la société (seconde partie). Une telle démonstration permet de conclure *in fine* que la novation n'est pas une institution fossile.

PREMIÈRE PARTIE. LA VARIABLE EXOGÈNE : UNE INSTITUTION FRAGILISÉE PAR SON ENVIRONNEMENT.

SECONDE PARTIE. LA VARIABLE ENDOGÈNE : UNE INSTITUTION VITALISÉE PAR SON ÉVOLUTION.

⁶² R. LIBCHABER, « Les conséquences de la nullité de la convention novatoire lorsque celle-ci est imputable au créancier », *D.* 1996, somm., pp. 334-335, spéc. n° 3 : la novation ne serait, selon l'auteur, qu'un « contrat de substitution d'obligation » appréhendé par une réglementation spéciale n'emportant aucun supplément par rapport à ce qui résulterait de la seule théorie générale des contrats.

⁶³ M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », in V. FORTI et L. ANDREU (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2016, pp. 109-125, spéc. n° 3.

⁶⁴ A. VAN DE WYNCKELE BAZELA, *La notion de novation*, th. préc., n° 18.

PREMIÈRE PARTIE. LA VARIABLE EXOGENE : UNE INSTITUTION FRAGILISÉE PAR SON ENVIRONNEMENT

16. L'importance de l'environnement juridique. – Monsieur le professeur Jean-Louis BERGEL rappelait, dans sa *Théorie générale du droit*, qu'« [e]n dépit de la permanence et de l'universalité de ses diverses finalités et de bon nombre de ses ingrédients, le phénomène juridique se développe et évolue dans un contexte temporel, géographique et social dont on ne peut le désolidariser »⁶⁵. Il faudrait ajouter que le droit est aussi sensible aux influences qui lui sont inhérentes. Dans un objectif d'« effectivité juridique »⁶⁶ en effet, les instruments utiles connus du droit sont amenés à remplacer les institutions oiseuses, ces dernières disparaissant en raison de cette inutilité.

17. L'environnement de la novation. – Or, s'il est soutenu que la novation est une institution fossile, c'est précisément parce que l'environnement juridique dans lequel elle évolue lui serait défavorable. C'est qu'en effet, elle est concurrencée tant par les moyens particuliers de cession et de transmission des obligations (titre I) que par la liberté des conventions (titre II).

Titre I. Les solutions particulières de transmission des obligations

18. L'environnement de la novation : les modes de cession. – À l'évidence, l'environnement de la novation se compose d'instruments envisagés par le droit comme étant des solutions propres à céder les obligations. Il s'agit de la cession de créance (chapitre I) et de la cession de dette (chapitre II)⁶⁷. Une étude de l'environnement de la novation, pour être complète, supposerait d'y ajouter les modes détournés de transfert des obligations, à l'instar de la stipulation pour autrui, la promesse de porte-fort, la subrogation personnelle et la subrogation réelle. Néanmoins, puisqu'elles n'ont pas pour objectif spécifique de transmettre des obligations, elles doivent être écartées des développements ultérieurs.

Chapitre I. La cession de créance

19. Novation versus cession de créance. – Dès 1933, le doyen Louis JOSSERAND écrivait déjà qu'« aujourd'hui, on va plus droit au but [qu'à l'époque romaine] : 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 »⁶⁸. De prime abord en effet, la cession de créance semble plus pratique que la novation tant au niveau de sa

⁶⁵ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2012, n° 93.

⁶⁶ Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011, pp. 715-732.

⁶⁷ V. sur la cession de contrat, étudiée au prisme de la novation de contrat, *infra*, n°s 96-105.

⁶⁸ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1933, n° 905.

formation (section I) qu'à celui de son exécution (section II). La cession de créance professionnelle, dite « cession Dailly », dès lors qu'elle est réservée à l'usage des professionnels, excède le champ de la présente étude et doit, en conséquence, être éludée.

Section I. La comparaison de la cession de créance et de la novation lors de la formation

20. Annonce de plan. – La cession de créance se distingue de la novation par deux éléments : ses conditions de validité (§ 1) et d'opposabilité (§ 2).

§ 1. Les conditions de validité

21. Annonce de plan. – Classiquement, les exigences de validité intéressent tant la forme (A) que le fond (B) de l'acte.

A. Les conditions de forme

22. La différence des conditions de forme. – Depuis la réforme, par application de l'article 1322 du Code civil, la convention de cession de créance requiert un écrit pour sa validité. Devenue un contrat solennel, elle échappe au principe du consensualisme applicable jusqu'alors⁶⁹. Les parties ne sont cependant pas tenues d'établir la cession en la forme authentique : un acte sous seing privé est suffisant, réserve étant faite, par l'article 931, de la cession de créance à titre de libéralité. D'aucuns n'ont pas manqué de critiquer cette solution nouvelle, résultant certes de la modification des règles d'opposabilité de la cession de créance, au motif qu'elle manque son but : dès lors qu'il n'est pas exigé que la date de l'acte soit certaine, cette solennité ne protège pas les tiers contre le risque d'antidate⁷⁰. La nature de la nullité, relative ou absolue, n'est en outre pas indiquée. Par comparaison, la novation n'exige aucun écrit *ad validitatem* puisque l'acte doit s'entendre comme le *negotium* ; aucune formalité n'est nécessaire pour rendre la novation opposable aux tiers. L'article 1333, alinéa second, dispose en outre qu'« [e]n cas de contestation de la date de la cession, la preuve en incombe au nouveau créancier qui peut l'apporter par tous moyens ». Comme pour la cession de créance, la charge de la preuve de la date de la novation pèse en cela sur le nouveau créancier, en particulier dans l'hypothèse d'un conflit avec les créanciers du créancier originaire.

B. Les conditions de fond

23. L'équivalence des conditions de fond. – Sur le fond, comme tout contrat, la convention de cession nécessite que les parties soient juridiquement capables⁷¹, condition nécessaire également pour opérer novation selon les termes mêmes de l'ancien article 1272 du Code civil.

⁶⁹ Les créances d'une valeur supérieure à 1 500 euros devaient néanmoins être prouvées par écrit. V. C. civ., art. 1359 et D., 15 juill. 1980, *pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil*, n° 80-533, art. premier, *JORF*, n° 164, 16 juill. 1980, p. 1788.

⁷⁰ A. AYNÈS, « Régime de l'obligation et sûretés », *RDC*, juin 2018, n° hors-série, pp. 46-51, spéc. n°s 6-9.

⁷¹ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, les obligations*, t. 2, *Le régime*, op. cit., n° 353. V. sur l'hypothèse de perte de capacité du débiteur ayant consenti par avance à la novation, M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, op. cit., n° 399.

La cession de créance requiert en outre le consentement du cédant et du cessionnaire. Cependant, sur ce point, l'opération de novation est plus exigeante en ce qu'elle requiert l'intention de nover (*animus novandi*)⁷² tandis que les parties à une cession de créance n'auront que leur consentement à prouver. Aussi le doyen Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE précise-t-il, dans le sillage de l'ancien article 1273, devenu 1330, que « [s]i la novation ne se présume point, il faut que les parties soient d'accord pour faire cette novation et manifestent clairement leur intention : [...] il faut que les effets qu'elles [aient] voulu dans leur acte juridique soient les effets de la novation »⁷³. En d'autres termes, « la volonté de nover doit être non équivoque et résulter clairement des faits et actes intervenus entre les parties »⁷⁴. La preuve de l'intention de nover, fût-elle tacite⁷⁵, est ainsi plus difficile à rapporter, de sorte qu'il a été relevé que le doute doit faire pencher la balance du côté de la cession⁷⁶. Enfin, s'agissant des caractères des créances, il résulte de l'article 1321 du Code civil que la cession peut porter sur « une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables », de même que la cession d'une pluralité de créances par un même acte et la cession partielle d'une créance sont admises⁷⁷. Dans le même sens, il est acquis que la novation peut porter indistinctement sur une obligation contractuelle ou délictuelle, pure et simple, conditionnelle ou à terme, de sorte que, dans le prolongement de l'ancien droit⁷⁸, « finalement, la nature de la [créance], objet de la novation, est indifférente »⁷⁹.

24. Le consentement du débiteur cédé : entre nécessité et superfluité. – Conformément à l'article 1333, alinéa premier, du Code civil, la novation par changement de créancier et la cession de créance se distinguent en ce que la première ne peut avoir lieu que du consentement du débiteur alors que ce consentement est inutile pour céder la créance, ainsi que le rappelle l'article 1321, alinéa quatre, exception faite de la créance stipulée incessible. Si cette règle peut rendre malaisée l'opération novatoire dès lors que le débiteur peut s'y opposer, elle ne s'en justifie pas moins par l'effet relatif du contrat : le débiteur ne saurait être lié à un tiers sans y consentir. Dans le même sens, l'ancien créancier doit abandonner son droit en déchargeant l'ancien débiteur pour que la novation prospère, tandis que la cession de créance s'opère par le seul accord du cédant et du cessionnaire. Une nouvelle fois, le recueil de ce deuxième consentement complexifie davantage la réalisation de la novation. En somme, 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. Cet inconvénient de la novation, qui peut être surpassé par la stipulation de l'accord anticipé du débiteur⁸⁰, explique

⁷² V. *infra*, n^{os} 118-119.

⁷³ L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours de droit civil de deuxième année*, t. 2, Paris, Les cours de droit, 1941, p. 966.

⁷⁴ Cass. com., 31 janv. 1983, n^o 81-16.027, *Bull. civ.* IV, n^o 44.

⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 1986, n^o 84-15.849, préc.

⁷⁶ V. MERCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IV, 7^e éd., Paris, Delamotte et fils, 1873, n^o 770. V. également *infra*, n^o 151.

⁷⁷ V., sur les difficultés suscitées par la cession partielle, O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 729.

⁷⁸ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, t. 1, Paris, J. Rollin, 1745, p. 291.

⁷⁹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n^o 850.

⁸⁰ V. *infra*, n^{os} 106-109.

qu'en contrepartie, les formalités prévues à l'article 1690 pour l'opposabilité de la cession aux tiers ne sont pas nécessaires en matière de novation.

§ 2. Les conditions d'opposabilité

25. L'opposabilité aux tiers. – L'alinéa deux de l'article 1333 précise, toujours à l'invitation de l'avant-projet précité⁸¹, que « la novation est opposable aux tiers à la date de l'acte » et qu'« en cas de contestation de la date de la novation, la preuve en incombe au nouveau créancier, qui peut l'apporter par tout moyen ». Il s'agit ici de prévenir l'une des difficultés que pourrait susciter le changement de créancier à l'égard des tiers, c'est-à-dire des créanciers du créancier primitif auxquels échapperait cet élément de l'actif de leur débiteur qu'ils envisageraient de saisir. Une fois de plus, la solution est identique à celle retenue par l'article 1323 relatif à la cession de créance. La novation opérant, comme la cession de créance, une disparition du lien de droit entre le débiteur et l'ancien créancier, cette similarité se justifie.

26. L'opposabilité au débiteur. – En revanche, aucune formalité d'opposabilité au débiteur n'est prévue pour la novation. La règle se fonde sur l'inutilité que présenterait la subordination de l'opposabilité de l'opération novatoire à une quelconque formalité en cela que le débiteur est pleinement informé dès lors qu'il a consenti au changement. Cependant, souligne Monsieur le professeur Maxime JULIENNE, il faut regretter que le parallèle avec la cession n'ait pas été prolongé : « si la novation résulte d'un accord passé entre l'ancien et le nouveau créancier hors la présence du débiteur, il aurait été logique d'exiger qu'une notification soit adressée à ce dernier, sous peine d'inopposabilité »⁸². Une fois n'est pas coutume, à l'égard du débiteur cédé, les formalités de la cession de créance seraient ainsi plus lourdes que celles de la novation. Une telle affirmation, vraie sous l'empire du droit antérieur, est désormais partiellement erronée. Sous l'empire de l'article 1690, le débiteur cédé était en effet considéré comme un tiers auquel la cession devait être rendue opposable. En dépit des réserves qu'elle peut inspirer⁸³, la réforme de 2016 n'a pas abandonné cette technique mais a allégé les formalités d'opposabilité vis-à-vis du cédé. L'article 1324, alinéa premier, dispose en cela que « [l]a cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte ». Au demeurant, sous l'empire du droit antérieur, lequel demeure applicable aux cessions souscrites antérieurement au 1^{er} octobre 2016⁸⁴, la jurisprudence n'a pas manqué de dégager plusieurs hypothèses dans lesquelles les parties sont dispensées de la signification⁸⁵. Les conditions d'opposabilité de la cession de créance ne sauraient ainsi constituer un inconvénient majeur par rapport à la novation. Au stade de l'exécution, la novation n'apparaît pas davantage contraignante que la cession de créance.

⁸¹ H. SYNDET, « Opérations sur créances (art. 1251 à 1282) », *op. cit.*, spéc. pp. 72-73.

⁸² M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, *op. cit.*, n° 398.

⁸³ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, *op. cit.*, n° 467.

⁸⁴ Ord., 10 févr. 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc., art. 9, al. 2.

⁸⁵ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, par H. ROLAND, *Droit civil des obligations*, t. 3, *Régime général*, *op. cit.*, n° 30.

Section II. La comparaison de la cession de créance et de la novation lors de l'exécution

27. Annonce de plan. – Les effets des deux institutions diffèrent tant sur le terrain de la conservation des sûretés attachées à cette créance (§ 1) que sur celui des exceptions opposables au créancier par le débiteur (§ 2).

§ 1. La perte des sûretés attachées à la créance

28. Entre perte et maintien des sûretés. – Par application de la maxime « *accessorium sequitur principale* », les accessoires accompagnant la créance originale, y compris les sûretés, tant personnelles que réelles⁸⁶, ne profitent pas à la créance nouvelle créée par l'opération novatoire, ce que révèle l'article 1334, alinéa premier, du Code civil. Au-delà des sûretés, énonce Monsieur le professeur Jérôme FRANÇOIS, toutes les « clauses qui déterminaient le régime de l'obligation ancienne »⁸⁷ ont vocation à s'évanouir : clause de non-concurrence⁸⁸, clause pénale⁸⁹, clause résolutoire⁹⁰, etc. Par contraste, suivant l'article 1321, alinéa trois, la cession transporte la créance originale sur la tête du cessionnaire, avec tous ses caractères et tous ses accessoires. De ce fait, le nouveau créancier recueille une créance dépourvue de toute garantie et, partant, s'expose à des difficultés de recouvrement dont le cessionnaire, en revanche, ne souffre pas⁹¹. Il en résulterait un inconvénient majeur de la novation si le report desdites sûretés était impossible.

29. Le possible report des sûretés. – Par mimétisme du droit ancien⁹², l'article 1334, alinéa second, du Code civil autorise les parties à convenir de la persistance des sûretés au service de la nouvelle obligation⁹³. Ainsi, par exemple, les parties peuvent désolidariser le droit réel que constitue le gage ou l'hypothèque et l'affecter à la garantie de la nouvelle obligation. Ce report rappelle sans aucun doute la cession de créance, laquelle « s'étend aux accessoires de la créance » selon les termes de l'article 1328-1. La règle de l'article 1334 peut également jouer dans une novation par changement de débiteur, auquel cas elle fait alors écho à l'article 1328-1 énonçant qu'en cas de cession de dette libératoire, « les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord ». Il s'agit ici d'une entorse nette au caractère accessoire des sûretés ainsi qu'à leur spécialité dès lors qu'elles viennent garantir, en cours d'existence, une nouvelle créance non mentionnée dans l'acte constitutif⁹⁴.

⁸⁶ V. toutefois, sur la particularité de la garantie autonome, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 7^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2016, n^{os} 292-293.

⁸⁷ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, op. cit., n^o 137.

⁸⁸ Cass. soc., 18 nov. 1992, n^o 89-41.252, *Bull. civ.* V, n^o 547.

⁸⁹ Cass. 3^e civ., 15 janv. 1975, préc.

⁹⁰ Cass. req., 8 nov. 1910, S. 1911, I, p. 152.

⁹¹ M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », in *Mél. A. Weill*, Paris, Dalloz, 1983, pp. 107-120, spéc. n^{os} 1-18 ; Chr. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, t. 37, préf. Chr. LARROUMET, coll. Doctorat & Notariat, Paris, Defrénois, 2009, n^{os} 305-381.

⁹² F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil. Obligations, régime*, coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2013, n^o 113.

⁹³ V. *infra*, n^{os} 140-142.

⁹⁴ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, op. cit., n^o 414.

§ 2. L'opposabilité des exceptions

30. Entre opposabilité et inopposabilité des exceptions. – En application de l'adage « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* », sous quelques exceptions⁹⁵, le cessionnaire n'a pas plus de droits que le cédant⁹⁶. Il peut ainsi se voir opposer par le débiteur cédé toutes les exceptions inhérentes à la créance transmise que celui-ci aurait pu opposer au cédant, à l'instar de l'exception de nullité⁹⁷. Il est effectivement légitime que la cession n'aggrave pas la situation du débiteur. En sens contraire, la novation fait naître une créance distincte et les garanties de la première sont éteintes avec elle. Le doyen Jean CARBONNIER a ainsi écrit que le « passé ne pèse pas » sur le nouveau rapport de droit⁹⁸. Néanmoins, échappe à la purge, en raison de l'interdépendance de l'obligation primitive et de l'obligation nouvelle, l'exception tenant à la nullité de l'obligation primitive⁹⁹, sauf à s'assurer alors que la novation n'a pas eu « pour objet déclaré de substituer un engagement valable » aux termes de l'article 1331¹⁰⁰. Cet élément de distinction ne peut cependant emporter la conviction de l'inutilité de la novation dès lors qu'en réalité, le créancier trouvera sûrement avantage à la novation pour empêcher le débiteur de lui opposer quelque exception, tandis que ce dernier préférera une cession de créance s'il dispose d'une exception à faire valoir¹⁰¹. Du reste, en dépit de ces incertitudes, en ce qu'elle n'est ni plus dangereuse ni plus contraignante que la cession de créance, la novation par changement de créancier n'appartient pas au passé, pas plus que la novation par changement de débiteur.

31. Conclusion de chapitre. – Au stade de la formation et de l'exécution, la cession de créance et la novation par changement de créancier se ressemblent largement et se différencient à la marge. Les contraintes d'antan de la seconde ont en effet été réduites à peau de chagrin et, désormais, à certains égards, la cession de créance, qui est certes parvenue à maturité¹⁰², semble plus contraignante que la novation : c'est le cas en ce qui concerne ses conditions de forme et d'opposabilité au débiteur, par exemple. En conséquence, elle n'a pas vocation à remplacer utilement la novation par changement de créancier.

Chapitre II. La cession de dette

32. Le rejet romain. – Si, en raison du recul du formalisme, le droit impérial avait finalement admis la cession de créance¹⁰³, il n'en avait pas été de même pour la transmission passive. Cette différence de traitement avait en effet traversé le temps pour être recueillie par le Code

⁹⁵ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, par H. ROLAND, *Droit civil des obligations*, t. 3, *Régime général*, op. cit., n° 48.

⁹⁶ Cass. com., 20 juin 1989, nos 87-14.974 et al., *Bull. civ.* IV, n° 195.

⁹⁷ Cass. req., 5 nov. 1889, *D.* 1890, I, p. 379.

⁹⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, op. cit., n° 349.

⁹⁹ Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1972, n° 71-12.699, *Bull. civ.* I, n° 288.

¹⁰⁰ Sur l'impossibilité de substituer une obligation valable à une obligation entachée de nullité absolue, v. O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. *Commentaire article par article*, op. cit., p. 674.

¹⁰¹ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, les obligations*, t. 2, *Le régime*, op. cit., n° 409.

¹⁰² Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. & patr.*, juill.-août 2016, doss., pp. 48-55.

¹⁰³ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., pp. 41-47.

civil de 1804 lequel régissait la cession de créance à ses articles 1689 et suivants mais ne contenait aucune disposition spécifique à la cession de dette¹⁰⁴. Or, ce silence avait suscité d'importants symposiums doctrinaux, les uns considérant qu'il s'agissait d'une simple lacune, qu'il était permis de combler, les autres relevant que cette abstention était justifiée par l'existence d'un obstacle fondamental. Les premiers, dans la lignée des travaux des professeurs Raymond SALEILLES¹⁰⁵ et Eugène GAUDEMET¹⁰⁶, affirmaient que le principe de liberté contractuelle devait permettre de réaliser une véritable opération translatrice de dette à condition que le créancier ne soit pas privé de ses droits sans son accord¹⁰⁷. Les seconds, suivant la pensée de Monsieur le professeur Laurent AYNÈS¹⁰⁸, soutenaient au contraire, en considération de la cause objective de l'obligation, que la dette ne pouvait être transmise à titre particulier indépendamment de sa source, c'est-à-dire du contrat, ce qui conduirait en réalité à opérer non une cession de dette mais une cession de contrat¹⁰⁹.

33. L'admission contemporaine. – En conformité avec la pratique, le projet de l'Académie des sciences morales et politiques avait logiquement proposé de consacrer et encadrer la cession de dette (aux côtés de la cession de contrat)¹¹⁰, tandis que l'avant-projet dirigé par le professeur Pierre CATALA reconnaissait la cession de contrat, tout en conservant le silence sur la cession de dette¹¹¹. Les rédacteurs de la réforme ont pris ce premier parti puisqu'outre la cession de contrat, prévue à l'article 1216, au titre des dispositions relatives au contrat, le Code civil consacre désormais la cession de dette à l'article 1327. Celui-ci énonce en effet qu'« un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette »¹¹².

34. Novation *versus* cession de dette. En raison du principe d'incessibilité des dettes précédemment exposé, la novation par changement de débiteur a longtemps conservé son utilité : elle permettait de réaliser un changement de débiteur au prix d'une extinction de la dette primitive et de son remplacement par une nouvelle. Les deux institutions sont néanmoins très différentes tant sur le plan de leur formation (section I) que sur celui de leur exécution (section II).

¹⁰⁴ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, 2^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 1969, n^{os} 212-221.

¹⁰⁵ R. SALEILLES, « De la cession de dettes », *Ann. dr. com.*, 1890, doct., pp. 1-47, spéc. n^{os} 13-18.

¹⁰⁶ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, rééd., av.-pr. A. GHOZI, coll. Introuvables, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2014, pp. 10-13.

¹⁰⁷ V. aussi L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, vol. 92, préf. D.-R. MARTIN, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2010, n^{os} 56 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n^o 1238.

¹⁰⁸ L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. MALAURIE, coll. Droit civil, Paris, Economica, 1984, n^{os} 36-69 et 77-81.

¹⁰⁹ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, 4^e éd., coll. Corpus, Paris, Economica, 2017, n^o 408.

¹¹⁰ L. ANDREU, « Les opérations translatices (cession de créance, cession de dette, cession de contrat) », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, *op. cit.*, pp. 123-132, spéc. pp. 128-131.

¹¹¹ A. GHOZI, « Effet des conventions, interprétation, qualification (art. 1134 à 1143) », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*, pp. 46-49, spéc. p. 46.

¹¹² V., sur l'introduction de la cession de dette dans le Code civil, J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », *RDC*, avr. 2016, doss., n^o hors-série, pp. 45-52, spéc. n^{os} 1-4 ; Ch. GIJSBERS, « Les opérations translatices », *Dr. & patr.*, mai 2016, doss., pp. 76-79 ; M. JULIENNE, « La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. & patr.*, juill.-août 2016, doss., pp. 56-62 ; V. LASSERRE, « La cession de dette consacrée par le Code civil à la lumière du droit allemand », *D.*, chron., 2016, pp. 1578-1587.

Section I. La comparaison de la cession de dette et de la novation lors de la formation

35. Annonce de plan. – Symétriquement à la cession de créance, la cession de dette se distingue de la novation à raison de ses conditions de validité (§ 1) et d’opposabilité (§ 2).

§ 1. Les conditions de validité

36. Annonce de plan. – Une fois encore, la forme (A) s’oppose au fond (B).

A. Les conditions de forme

37. La différence des conditions de forme. – Dans sa rédaction initiale résultant de l’ordonnance du 10 février 2016, l’article 1327 ne soumettait la cession de dette à aucune condition de forme. Le contraste entre le consensualisme de la cession de dette et la solennité de la cession de créance a conduit le législateur, lors de l’adoption de la loi de ratification, à harmoniser le régime de ces opérations par l’ajout, à l’article 1327, alinéa deux, de ce que « la cession de dette doit être constatée par écrit, à peine de nullité ». Derechef, il faut s’étonner de cette exigence. Si certains ont en effet relevé que l’exigence d’un écrit visait, dans la cession de créance, à protéger le débiteur cédé qui n’intervient en principe pas à l’acte en lui permettant de « déterminer l’étendue exacte du transfert »¹¹³, cette justification n’est pas recevable s’agissant de la cession de créance à laquelle le créancier cédé consent. De la même manière, il ne peut être valablement soutenu que l’exclusion du consensualisme tend à protéger le cessionnaire en l’informant des dangers auxquels il s’expose en reprenant la dette d’autrui dès lors que, dans cette hypothèse, le formalisme devrait logiquement comporter certaines mentions impératives, ce à quoi ne procède pas l’article 1327. Puisqu’il ne s’agit enfin pas de protéger les tiers, une simple inopposabilité suffisant à cela, le caractère solennel de la cession de dette ne se justifie pas. Par comparaison, ce formalisme ne s’impose pas aux deux variantes de la novation par changement de débiteur : ne requérant ni formalisme *ad validitatem* ni accord triangulaire, tout en présentant les mêmes avantages, le cas échéant prévus conventionnellement, la novation sera plus facile à mettre en œuvre que la cession de la dette.

B. Les conditions de fond

38. L’équivalence des conditions de fond. – Sur le fond, les éléments applicables à tout contrat, précédemment relevés, sont une nouvelle fois applicables aux deux opérations étudiées¹¹⁴. Surtout, comme cela a été rappelé, la novation par changement de débiteur, contrairement à la cession de dette, peut opérer sans l’accord du débiteur initial, raison pour laquelle la première sera sûrement préférée par le créancier. Particulièrement en ce qui concerne l’expression de l’intention de nover, la jurisprudence est vigilante en ce qu’elle entend éviter au créancier de subir une substitution de débiteur s’il n’y a pas consenti. La juridiction du quai

¹¹³ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, op. cit., n° 310.

¹¹⁴ V. *supra*, n° 23.

de l'Horloge a ainsi jugé que la novation ne peut être déduite du seul fait que le créancier a accepté de facturer à un tiers une prestation fournie au débiteur¹¹⁵.

39. La nécessité d'un accord du créancier cédé. – Si, à la veille de la réforme, tous les auteurs s'accordaient sur l'exigence d'une intervention du créancier dans le cadre de la cession de dette, deux propositions principales ont été émises : soit la cession est un contrat tripartite dont la formation même suppose le consentement du créancier cédé, soit la cession est un contrat bipartite et s'impose au créancier sans libérer le débiteur initial¹¹⁶. Les avant-projets demeuraient ainsi divisés sur cette question¹¹⁷. L'article 1327, dans sa rédaction définitive, ne choisit pas clairement entre les deux modèles et dispose qu'« un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette ». Cette rédaction est ambiguë et conduit certains auteurs à se demander si l'accord du créancier est un consentement, auquel cas la cession de dette serait tripartite, ou une simple autorisation, ce dont il résulterait que la cession de dette serait une convention bipartite¹¹⁸. La réponse à cette interrogation importe d'autant plus qu'une autorisation, contrairement au consentement à un contrat, n'est pas discrétionnaire¹¹⁹. D'autres auteurs se sont quant à eux demandé si l'accord était nécessaire à l'opposabilité de l'opération ou à sa validité même¹²⁰. En tout état de cause, il est certain que cet accord peut être anticipé selon les termes mêmes de l'article 1327-1 et qu'il se distingue du consentement exprès à la décharge du cédant prévu à l'article 1327-2, à défaut duquel la cession est cumulative.

40. Les formes de la novation par changement de débiteur. – Cette variante de la novation peut, d'une part, résulter d'un contrat de libération conclu entre le second débiteur et le créancier, le premier s'obligeant envers le second afin d'obtenir la libération immédiate de l'ancien débiteur¹²¹. En ce cas, la novation peut être convenue au su ou à l'insu du débiteur originaire (dans ce dernier cas, visé à l'article 1332, l'opération est qualifiée d'« *expromissio* »). Le nouveau débiteur peut aussi s'engager en exigeant simplement du créancier qu'il le considère comme son débiteur, cet engagement s'adjoignant à celui du débiteur original désormais placé en position de débiteur subsidiaire. Cette convention d'adjonction d'un débiteur peut s'opérer avec ou sans le consentement du débiteur originaire (le mécanisme, dans ce second cas, est qualifié d'« *adpromissio* »). La novation par changement de débiteur peut, d'autre part, découler d'une délégation conclue entre le créancier, qualifié de délégataire, et le débiteur originaire, qualifié de délégant, conformément à l'article 1337, alinéa premier. Il ne s'agit ainsi plus, comme dans le contrat de libération, d'un accord conclu entre le créancier et

¹¹⁵ Cass. com., 8 déc. 2009, n° 09-11.209.

¹¹⁶ O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 753-754.

¹¹⁷ J.-D. PELLIER, « La cession de dette dans le projet de réforme du régime général des obligations », *LPA*, doct., 5 oct. 2015, pp. 8-12, spéc. n°s 1-5.

¹¹⁸ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, op. cit., n° 617 ; O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 756-757.

¹¹⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 928.

¹²⁰ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, op. cit., n° 314 ; Ph. SIMLER, « Cession de dette, cession de contrat », in V. FORTI et L. ANDREU (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, op. cit., pp. 100-108, spéc. pp. 103-106.

¹²¹ J. FRANÇOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui et délégation de créance)*, Paris 2, 1994, n°s 59-93.

le nouveau débiteur, qualifié de délégué. Le second débiteur ne s'engage en effet pas en considération de ses relations avec le premier débiteur mais pour éteindre sa propre dette envers le délégant¹²². Il en résulte principalement que le contrat de libération peut être une opération bipartite tandis que la délégation novatoire est nécessairement tripartite.

41. L'intervention systématique du créancier. – Il ressort de ces développements que, dans les deux mécanismes portés à l'étude, le créancier intervient nécessairement. Seul son degré d'implication diffère en réalité. Dans la novation par changement de débiteur, qu'elle résulte d'un contrat de libération ou d'une délégation, le créancier est partie à la convention, tandis que dans le cadre de la cession, selon la conception retenue de l'accord visé à l'article 1327, le créancier cédé est partie à l'opération ou extérieur à celle-ci qu'il a simplement pour objet de rendre possible. Le degré d'implication du créancier conditionne en outre la sanction du défaut d'accord de celui-ci. D'une part, le consentement du créancier, lequel s'exprime par l'intention de nover visée à l'article 1330, est en effet nécessaire à la formation de la novation par changement de débiteur ; son défaut empêche la formation de la novation¹²³. D'autre part, la sanction du défaut d'accord du créancier cédé n'est pas fixée par l'article 1327. Il convient pour cette raison de distinguer selon la conception retenue de l'« accord du créancier » : s'il est un consentement à la formation de la cession, son défaut devrait rendre l'opération inexistante, alors que s'il est une simple autorisation, la cession devrait être valablement formée mais ne pourrait produire les effets attachés à la loi et serait déclarée nulle ou caduque une fois le refus du créancier avéré. En ce second cas, il a été proposé de retenir qu'à défaut de produire des effets à l'encontre du créancier, la cession vaudrait au moins dans les relations respectives des débiteurs et produirait en cela les effets d'une cession interne : le cessionnaire ne serait pas obligé personnellement envers le créancier et le cédant demeurerait tenu comme il l'était initialement, mais ce dernier pourrait au moins forcer son cocontractant à régler la dette qu'il s'est engagé à assumer et exiger de lui un remboursement s'il venait à payer lui-même le créancier¹²⁴.

42. Le consentement du débiteur cédant. – La question s'est posée, avant la réforme, de savoir si le consentement du cédant était ou non requis pour la cession. Il était en effet concevable que l'opération se réalisât par le seul accord du créancier cédé et du débiteur cessionnaire. Elle se rapprocherait ainsi du paragraphe 414 du BGB relatif à la *Schuldübernahme*, laquelle peut procéder d'un contrat entre le créancier et un tiers¹²⁵. La formulation de l'article 1327, suivant lequel « un débiteur peut [...] céder sa dette », laisse cependant entendre que l'opération ne peut intervenir qu'à son initiative et, par voie de conséquence, que son consentement est nécessaire à la formation de l'opération. En cela, la cession de dette se distingue largement de la novation par changement de débiteur (*expromissio*) en ce que cette dernière peut être réalisée sans l'accord du créancier selon les termes mêmes de

¹²² V. pour une contestation de la distinction entre la novation par changement de débiteur et la délégation novatoire M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », préc., spéc. n^{os} 6-9.

¹²³ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n^o 864.

¹²⁴ O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 757-758.

¹²⁵ V. *infra*, n^o 162.

l'article 1332 du Code civil. Le tiers souhaitant se substituer au débiteur demeure ainsi libre de payer à sa place (article 1342-1), de se porter caution à son insu (article 2291) ou encore de recourir à la novation par changement de débiteur, laquelle conserve donc toute son utilité.

§ 2. Les conditions d'opposabilité

43. L'opposabilité aux tiers. – Contrairement aux textes relatifs à la cession de créance, les articles 1329 et suivants n'évoquent guère la question de l'opposabilité de la libération aux tiers. Or, si les litiges n'opposeront pas les cessionnaires successifs de la même dette, ils pourraient néanmoins surgir entre les créanciers du cédé, c'est-à-dire des tiers, tentant de saisir la créance de celui-ci sur le débiteur cédant, ce dernier se prétendant libéré. L'hypothèse d'un créancier souhaitant exercer une saisie et se heurtant à une cession non libératoire mais donnant à l'engagement du débiteur cédant un caractère subsidiaire peut aussi être émise. Faute de texte, il convient de considérer que la cession de dette est opposable aux tiers immédiatement et sans formalité, bien que certains auteurs se soient émus des perspectives de fraudes qu'ouvrirait une telle règle¹²⁶. Cette solution serait au surplus conforme à l'article 1196, alinéa premier, selon lequel le transfert de dette se produit *solo contractu*, bien que d'aucuns puissent objecter l'absence d'effet translatif de la cession de dette imparfaite¹²⁷. Les modalités d'opposabilité de la novation par changement de débiteur ne sont pas non plus précisées par les textes. Il est pourtant imaginable qu'un créancier cède sa créance puis que le cessionnaire opère une novation par changement de débiteur avant que le débiteur cédé n'ait été informé de l'existence de la cession de créance. Le débiteur cédé, tiers à la novation, pourrait-il opposer au créancier cessionnaire le contrat de novation par changement de débiteur pour refuser de payer ? Il est ici nécessaire de se référer à l'article 1324, alinéa deux, selon lequel le cédé peut opposer au cessionnaire « les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable », c'est-à-dire à compter de sa notification selon l'alinéa premier.

44. L'opposabilité au créancier cédé. – Conformément à l'article 1327-1, l'opposabilité de la cession au créancier sera efficace par notification ou prise d'acte du moment où le créancier n'est pas intervenu et qu'il a donné par avance son accord¹²⁸. L'inopposabilité de la cession au créancier en l'absence de telles formalités peut se justifier, car ce premier ignore alors si la cession se produit et, le cas échéant, sa date et l'identité du débiteur substitué. C'est dire qu'entre le temps de la conclusion de la cession et celui de sa notification au cédé, s'ouvrira une période de « discordance » pendant laquelle l'opération, certes valable, ne créera aucun lien d'obligation entre le cédé et le cessionnaire ; seul le cessionnaire sera lié au cédant et sera tenu de payer à sa place¹²⁹. *A contrario*, l'article 1327-1 implique que le créancier qui donne son accord mais intervient à la cession en a forcément pris acte ou y a consenti en sorte qu'aucune formalité n'est nécessaire. Ces formalités d'opposabilité, identiques à celles de la cession de

¹²⁶ D. HOUTCIEFF, « Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur ? », *Dr. & patr.*, juillet-août 2015, doss., pp. 75-79, spéc. p. 76.

¹²⁷ Sur laquelle, v. *infra*, n° 48.

¹²⁸ Sur l'imprécision de la version initiale du texte issue de l'ordonnance de 2016, v. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2018, n° 884.

¹²⁹ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, *op. cit.*, n° 320.

créance, auraient cependant pu être réservées aux cas de cession de dette parfaite (libératoire) ou imparfaite lorsque le débiteur originaire ne demeure tenu qu'à titre subsidiaire par application de l'article 1327-2. Ce n'est en effet que dans ces deux hypothèses qu'il serait préjudiciable au cédé que l'opération s'opère à son insu¹³⁰. Or, selon des auteurs, cette réflexion révélerait que c'est en contemplation de ces deux hypothèses que l'article 1327-1 a été rédigé, ce qui signifierait qu'au-delà de l'accord à la cession, le consentement à la libération du débiteur originaire peut lui aussi être anticipé. Une telle stipulation de libération anticipée, conforme à la liberté contractuelle, serait toutefois « extrêmement dangereuse car elle laisserait le créancier à la merci du cédant, qui pourrait transférer sa dette à une personne très peu solvable »¹³¹. La cession se distingue en cela de la novation par changement de débiteur, qu'elle résulte d'un contrat de libération ou d'une délégation, à laquelle le créancier doit consentir. À ce titre, celle-ci lui est opposable à la date de l'acte, ce qui permet aux parties de faire l'économie des formalités d'opposabilité auxquelles elles auraient dû se soumettre en cas de cession.

45. L'opposabilité au débiteur cédant. – Le débiteur cédant intervenant nécessairement lors de la cession, celle-ci lui est opposable à la date de l'acte. Par comparaison, la date à compter de laquelle la novation par changement de débiteur est opposable au premier débiteur n'est pas précisée par l'article 1332. Or, dans l'hypothèse où ce dernier paierait en ignorant l'existence de la novation, deux solutions sont envisageables : soit considérer que le paiement est dépourvu de cause et permettre au débiteur originaire d'obtenir le remboursement auprès du créancier, soit considérer que le paiement est valable, de sorte qu'il n'existerait plus d'« obligation ancienne valable » au sens de l'article 1338, ce qui remettrait en cause la novation. Un raisonnement par analogie à l'article 1333, alinéa deux, lequel prévoit une opposabilité aux tiers de la novation par changement de créancier à la date de l'acte, devrait conduire à retenir la première solution¹³². Par ailleurs, les deux institutions étudiées doivent être comparées au stade de leur exécution.

Section II. La comparaison de la cession de dette et de la novation lors de l'exécution

46. Annonce de plan. – Les institutions s'opposent en ce qui concerne l'effet libératoire (§ 1) et l'opposabilité des exceptions (§ 2).

§ 1. L'effet libératoire

47. Annonce de plan. – Seul le consentement du cédé permet de libérer le débiteur initial (A) et, de cette libération, dépend le régime applicable aux sûretés (B).

¹³⁰ M. JULIENNE, « Article 1338 : la situation du créancier dans la cession de dette », *RDC*, sept. 2015, doss., pp. 801-802, spéc. n^{os} 3-4.

¹³¹ A. GOUÉZEL, « Les opérations translatives », *AJCA*, mars 2016, doss., pp. 135-140, spéc. p. 139.

¹³² J.-L. AUBERT et Ch. GOLDIE-GÉNICON, *Rép. civ.*, Paris, Dalloz, 2017, v^o *Novation*, n^o 41.

A. La libération du cédant

48. Entre libération et adjonction du cédant : la cession. – À la différence de la cession de créance, dans laquelle l'acquisition de la créance par le cessionnaire procède de la perte de ce même droit par le cédant, le débiteur originaire, dans la cession de dette, n'est pas automatiquement libéré. D'un côté, à défaut de consentement du créancier cédé à la libération, le débiteur initial est « tenu solidairement au paiement de la dette » selon l'article 1327-2 : c'est la cession cumulative (ou imparfaite)¹³³. Cette adjonction du cédant est étonnante puisque, en ce cas, elle postule un dédoublement de l'obligation initiale sans doute incompatible avec tout effet translatif d'obligation. Précisément, il n'y a cession que de la charge contributive de la dette, mais non du rapport d'obligation qui continue de lier les parties initiales. Le maintien de l'obligation du cédant se justifie d'autant moins que l'accord du créancier est exigé. Il faudrait plutôt reconnaître que le cédant n'a plus à supporter la charge définitive de la dette et qu'il dispose d'un recours intégral contre le cessionnaire s'il venait à payer lui-même le créancier¹³⁴. Pourtant, faisant fi de ces critiques, la Cour de cassation a retenu que le cédant et le cessionnaire demeuraient codébiteurs et qu'ils restaient tous deux tenus à titre principal envers le créancier¹³⁵. L'article 1327-2 réserve cependant le cas de la « clause contraire » par laquelle, semble-t-il, les parties pourraient par exemple reconnaître un caractère subsidiaire à l'engagement du cédant ou soumettre les débiteurs au droit commun des obligations plures. De l'autre côté, lorsqu'elle est octroyée expressément par le créancier, la libération du débiteur cédant joue. Elle ne s'opère cependant que « pour l'avenir » selon le texte, ce qui signifie que le cédant ne saurait prétendre à la répétition des paiements effectués antérieurement à la libération, cette solution présentant un intérêt certain pour les obligations à exécution successive ou pour les dettes échelonnées¹³⁶. Enfin, si seul l'article 1327-1 permet au créancier de donner « par avance » son accord à la cession, il semble également justifié de lui permettre de consentir à l'avance à la libération du débiteur, auquel cas l'accord anticipé à la libération vaudrait intrinsèquement accord à la cession.

49. Entre libération et adjonction du débiteur originaire : la novation. – Sous cet angle, la cession de dette ne présente pas d'intérêt particulier par rapport à la novation par changement de débiteur : toutes les deux subordonnent la décharge du débiteur initial à une volonté certaine, voire expresse. La règle de principe est en effet que la novation n'emporte pas libération du débiteur (et donc pas novation), de même que la cession de dette selon l'article 1327-2 du Code civil. Il convient cependant de souligner que l'exigence de décharge n'est pas formulée dans les mêmes termes dans les deux variantes de la novation par changement de débiteur mises en exergue préalablement¹³⁷. En effet, d'une part, le contrat de libération, par lequel le nouveau débiteur ne s'engage que dans le but spécifique de libérer l'ancien, doit résulter « clairement » de l'acte suivant la lettre de l'article 1330 : il ne saurait y avoir de contrat de libération sans libération. D'autre part, la délégation permet de réaliser une substitution de débiteur lorsqu'elle

¹³³ Sur le choix entre solidarité et garantie opéré par le législateur, v. par ex. J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », préc., spéc. n^{os} 16-21.

¹³⁴ L. ANDREU, *JCl. Civil Code*, art. 1327 à 1328-1, fasc. unique, n^o 38.

¹³⁵ Cass. com., 8 juin 2017, n^o 15-28.438, *Bull. civ.* IV, n^o 79.

¹³⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n^o 929.

¹³⁷ V. *supra*, n^o 40.

est novatoire ou une adjonction lorsqu'elle est simple¹³⁸. Comme la cession de dette parfaite, la délégation novatoire suppose, aux termes de l'article 1337 du Code civil, que la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte « expressément » de l'acte. Il en résulte, à titre illustratif, que la seule référence à une « substitution de débiteur » ne suffit pas à établir la volonté du délégataire de libérer le délégant¹³⁹. Une unification des vocables aurait permis d'harmoniser le régime de la novation par changement de débiteur dont la dualité mentionnée est d'ailleurs contestée. D'ailleurs, à l'instar de la cession, aucun élément ne semble faire obstacle à la possibilité, pour le créancier, de consentir à l'avance à la libération du débiteur dès lors qu'il peut exprimer « par avance » son accord à la cession¹⁴⁰. Enfin, il faut relever qu'à la différence (surprenante) de la cession de dette, l'article 1337, alinéa deux, prévoit qu'en cas de délégation novatoire, le délégant demeure tenu si le délégué « se trouve soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation »¹⁴¹.

B. Le sort des sûretés

50. L'alternative de la cession. – Le caractère libératoire ou cumulatif de la cession subordonne le sort réservé aux sûretés. L'article 1328-1, alinéa premier, ouvre en effet une alternative. Si le cédant n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent, qu'elles aient été constituées par le cédant lui-même ou par les tiers¹⁴². Ce maintien est en cela le corollaire du système de cession cumulative puisque, si le débiteur originaire n'est pas libéré, il demeure tenu de sa dette solidairement avec le cessionnaire. Il en ressort que l'opération n'opère en réalité aucun transfert tant que le cédant demeure solidairement tenu avec le cessionnaire. Ainsi, la garantie sera mise en œuvre en cas de défaillance du débiteur initial tandis que les sûretés réelles consenties par le débiteur s'exerceront contre le cédant (s'il conserve le bien grevé dans son patrimoine) ou contre le cessionnaire (s'il acquiert le bien grevé en même temps que la dette). Il faut cependant admettre, rappelle Monsieur le professeur Lionel ANDREU, que le principe de maintien des sûretés n'est que supplétif de volonté¹⁴³. En sens contraire, si le cédant est déchargé, les sûretés souscrites par le cédant ou par les tiers ne subsistent pas, sauf accord de leur part. Or, si la solution se comprend aisément s'agissant des sûretés souscrites par les tiers, lesquels ne sauraient être contraints de garantir un nouveau débiteur et un nouveau risque, une solution différente, initialement retenue par l'ordonnance de 2016, était concevable s'agissant des sûretés réelles souscrites par le cédant lui-même. Ergo, Monsieur le professeur Jean-Denis PELLIER énonce-t-il que celles-ci auraient pu suivre la dette cédée dans le patrimoine du cessionnaire, le cédant n'étant pas un véritable tiers et la logique translatrice le suggérant¹⁴⁴.

¹³⁸ La délégation simple excède cependant les limites du sujet traité dès lors qu'elle est complètement étrangère à la novation, en conséquence de quoi elle ne sera étudiée. Partant, il faut relever qu'il ne saurait y avoir de novation sans libération du débiteur originaire. En effet, à défaut de libération, il n'existe ni de contrat de libération ni de délégation novatoire.

¹³⁹ Cass. com., 12 déc. 1995, n° 93-14.438, *Bull. civ.* IV, n° 294.

¹⁴⁰ V. *supra*, n°s 106-109.

¹⁴¹ V. sur ce point O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 792.

¹⁴² En ce sens, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 891.

¹⁴³ L. ANDREU, *JCl. Civil Code*, préc., n° 55.

¹⁴⁴ J.-D. PELLIER, « Les dispositions de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 en matière de régime général des obligations », *JCP E* 2018, act., 298, pp. 9-13, spéc. n° 8.

Enfin, il convient de s'interroger sur la portée exacte du terme « subsister » employé par l'article 1328-1. En matière de novation, il était considéré, sous l'empire du droit ancien, que le cautionnement ne peut pas être strictement « reporté » sur une nouvelle obligation et qu'il faut nécessairement constituer une nouvelle sûreté¹⁴⁵. La solution, qui, semble-t-il, a été abandonnée par le droit positif¹⁴⁶, n'est néanmoins pas transposable à la cession de dette dans laquelle « seul change le débiteur (et non l'obligation garantie) »¹⁴⁷. Désormais, ainsi, les sûretés personnelles sont maintenues et, tant dans la cession que dans la novation, il n'y a pas lieu de respecter, à nouveau, le formalisme des mentions manuscrites.

51. L'effet extinctif de la novation. – Le régime ainsi dessiné, s'agissant de la cession libératoire, est identique à celui prévu en matière de novation par changement de débiteur : l'article 1334 énonce que le caractère extinctif de l'opération emporte, en principe, disparition des accessoires de la dette initiale et prévoit, au même titre que la cession, que « les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants ». Du reste, ce qui a été énoncé s'agissant de la cession de créance, en particulier au sujet de l'effet extinctif de principe de l'opération novatoire, est transposable à la cession de dette¹⁴⁸. Le maintien conventionnel des sûretés réelles suscite néanmoins des difficultés particulières en cas de changement de débiteur. L'ancien article 1279, alinéa premier, relevait en effet que « les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur ». Ce dernier pouvait toutefois consentir à ce que ses biens soient hypothéqués pour garantir la créance née de la novation, auquel cas ces hypothèques étaient nouvelles et ne prenaient ni le rang ni la date des garanties originaires, ce que relevaient déjà les professeurs Marcel PLANIOL et Georges RIPERT en 1931¹⁴⁹. De même, comme l'autorise l'article 1279 précité, dans son second alinéa, il était loisible aux parties de stipuler le maintien des sûretés réelles anciennes constituées par le débiteur primitif, ce dernier étant alors déchargé par la novation de son obligation personnelle seulement et demeurant tenu au titre des sûretés réelles maintenues¹⁵⁰. L'article 1334, alinéa second, n'a pas repris ces solutions mais sa lettre ne les condamne nullement. Il est imprécis en ce qu'il subordonne le report uniquement au consentement des « tiers garants », ce que n'est pas toujours le débiteur initial en cas de novation par changement de débiteur¹⁵¹. Il faudrait, dans tous les cas, même lorsque le débiteur originaire est partie au contrat de novation, exiger son consentement au report des sûretés réelles qu'il aurait constituées¹⁵².

¹⁴⁵ Ph. SIMLER, « Cession de dette, cession de contrat », préc., spéc. p. 105.

¹⁴⁶ Sur ce point, v. *infra*, n° 141.

¹⁴⁷ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, *op. cit.*, n° 339.

¹⁴⁸ V. *supra*, n°s 27-30.

¹⁴⁹ M. PLANIOL et G. RIPERT, par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, Paris, LGDJ, 1931, n° 1269.

¹⁵⁰ Sur ce point, H., J. et L. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, *op. cit.*, n° 1229.

¹⁵¹ Sur l'imprécision de l'article 1334, V. *infra*, n° 142.

¹⁵² J.-L. AUBERT et Ch. GOLDIE-GÉNICON, *Rép. civ.*, préc., n° 78.

§ 2. L'opposabilité des exceptions

52. L'incertaine dualité de la cession. – Il s'agit là, potentiellement, de l'un des principaux enjeux des conflits de qualification passive des obligations. La cession de dette se démarque de la novation par changement de débiteur par son effet translatif d'une obligation et non créateur d'une nouvelle obligation. Partant, le principe est celui de l'opposabilité des exceptions. L'article 1328 distingue néanmoins entre deux catégories de moyens de défense, ce qui rapproche la cession de dette de la solidarité¹⁵³. Dans un premier temps, les exceptions inhérentes à la dette sont opposables tant par le cessionnaire que par le cédant s'il reste tenu. Pourtant, il est étonnant de permettre au cessionnaire de la dette, qui n'est pas partie au contrat, de se prévaloir d'une cause de nullité relative, résultant par exemple du dol ou de l'erreur, intervenue en la personne de l'ancien débiteur dès lors que, comme le relève Monsieur le professeur Lionel ANDREU, la nullité relative est un « simple droit de critique attribué à la seule personne que la règle transgressée a pour objet de protéger »¹⁵⁴. Il s'agit d'ailleurs de la raison pour laquelle une telle exception est inopposable par une caution¹⁵⁵. L'action en nullité relative devrait ainsi être réservée au cédant, qu'il soit ou non libéré par le créancier¹⁵⁶. Inversement, la nullité absolue de la cession devrait pouvoir être invoquée aussi bien par le cessionnaire que le cédant, même libéré. Un raisonnement similaire doit être transposé à la résolution et à l'exception d'inexécution en cas de manquement du cédé à ses obligations envers le cédant : si le texte prévoit qu'elles peuvent être invoquées tant par le cédant que par le cessionnaire, il conviendrait en réalité de les réserver au cédant qu'il soit ou non libéré puisque le cessionnaire n'a pas, en ces cas, la qualité de créancier de la prestation inexécutée¹⁵⁷. La solution posée par l'article 1328 se justifie enfin quant à l'opposabilité de la compensation des dettes connexes¹⁵⁸. Dans un second temps, le texte susvisé dispose que « chacun [des codébiteurs] peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles », la formule étant reprise de l'article 1315. Or, cette dualité textuelle est lacunaire dès lors que certaines exceptions, non personnelles, à l'instar de la novation et du paiement¹⁵⁹, devraient tout de même pouvoir être invoquées indifféremment par les deux débiteurs. Dans le même esprit, les commentateurs de la réforme n'ont pas manqué de mettre en exergue les insuffisances du texte sur le sort qu'il convient de réserver aux exceptions issues du rapport cédant-cessionnaire lorsque la cession demeure cumulative ainsi qu'aux exceptions appartenant au créancier cédé en cas de cession libératoire¹⁶⁰.

53. L'inopposabilité inhérente à la novation. – L'opposabilité consubstantielle à la cession contraste avec l'inopposabilité des exceptions en matière de novation¹⁶¹. Cependant, au-delà de ce qui a déjà été mis en exergue¹⁶², il faut relever la dissemblance entre les deux variantes de la

¹⁵³ L. ANDREU, *JCl. Civil Code*, préc., n° 42.

¹⁵⁴ L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, th. préc., n° 251.

¹⁵⁵ Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, *Bull. ch. mixte*, n° 5.

¹⁵⁶ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, *op. cit.*, n° 623.

¹⁵⁷ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, *op. cit.*, n° 343.

¹⁵⁸ V. sur cette justification, L. ANDREU, *JCl. Civil Code*, préc., n° 46.

¹⁵⁹ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, *op. cit.*, n° 626.

¹⁶⁰ O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 762-764.

¹⁶¹ Sur la relativisation de ce principe et les insuffisances de la réforme de 2016, v. *infra*, n°s 143-145.

¹⁶² V. *supra*, n° 30.

novation par changement de débiteur. La novation par contrat de libération ne peut en effet prospérer si l'obligation qu'elle tend à éteindre et à remplacer est frappée de nullité : un tel vice, selon l'article 1331 du Code civil, empêche la formation de la novation. Dès lors, il est permis à un débiteur de refuser d'exécuter une obligation, notamment de payer, au motif que l'obligation initiale est nulle : en dépit du principe d'inopposabilité des exceptions gouvernant la novation, le débiteur peut opposer la nullité de l'obligation ancienne au créancier¹⁶³. Or, une telle solution semble exclue, pour la délégation novatoire, par l'article 1336, alinéa deux, selon lequel le délégué ne peut opposer au délégataire la nullité de l'obligation initiale du délégant à son endroit. Cette dissociation s'explique, selon des auteurs, par le fait que « la délégation, qui n'est pas affectée par ladite nullité, [...] produit les effets habituels de la délégation simple, y compris quant à l'inopposabilité des exceptions »¹⁶⁴. Un autre auteur a proposé, pour relativiser l'affirmation doctrinale de l'inopposabilité des exceptions, de distinguer selon que les exceptions sont intervenues antérieurement ou postérieurement à la novation ; dans le premier cas, le débiteur de la nouvelle obligation devrait pouvoir s'en prévaloir tandis que dans la seconde hypothèse, les exceptions demeureraient sans effet¹⁶⁵. Dans le sens inverse, celui d'un rapprochement entre les deux variantes de la novation par changement de débiteur, il est certain que la nullité de l'obligation nouvelle affecte le contrat de libération, de même qu'elle devrait affecter la délégation novatoire dans laquelle le consentement du délégataire est justifié exclusivement par l'acquisition d'un droit nouveau contre le délégué. Il reste que la délégation novatoire est susceptible d'aménagements. L'article 1336 autorise expressément, en son alinéa second, la stipulation contraire. Les parties peuvent ainsi convenir que le délégué pourra opposer au délégataire les exceptions qu'il eût pu opposer au délégant et celles que ce dernier eût pu opposer au délégataire¹⁶⁶. Pareillement, les parties peuvent réaliser la novation en réservant expressément telle exception ou telle action¹⁶⁷.

54. Conclusion de chapitre. – Si le législateur a fait le choix de consacrer la cession de dette, c'est parce que l'idée d'une transmission passive est assurément plus intuitive que les anciens modes de transport indirect légués par le droit romain. Cependant, il a été démontré que les conditions de la cession de dette, tant de forme que de fond, sont bien plus lourdes que celles de la novation par changement de débiteur. Elles « devraient contribuer à décourager la pratique d'user de la cession de dette »¹⁶⁸. Il a aussi été exposé qu'au stade de l'exécution, les effets des deux institutions se distinguent aisément, cependant que la cession de dette est entourée de nombreuses incertitudes relatives au régime des sûretés et à l'opposabilité des exceptions. Pour ces raisons, la novation par changement de débiteur n'est pas dépourvue de toute utilité, nonobstant la consécration de la cession de dette.

¹⁶³ Chr. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, t. 7, préf. J. HAUSER, coll. Doctorat et notariat, La Baule, La Mouette, 2002, n^{os} 75-87.

¹⁶⁴ F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil, les obligations*, *op. cit.*, n^o 1751.

¹⁶⁵ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, *op. cit.*, n^o 411.

¹⁶⁶ V. par exemple, Cass. com., 15 janv. 2013, n^o 11-28.173, *Bull. civ. IV*, n^o 10.

¹⁶⁷ F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil, les obligations*, *op. cit.*, n^o 1730.

¹⁶⁸ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n^o 889.

55. Conclusion de titre. – Au terme de ce titre, il a été prouvé qu’aucune des solutions particulières de cession des obligations ne couvre pleinement le champ de la novation. Les effets de la cession de créance et de la cession de dette sont en effet largement différents de ceux de la novation et, à certains égards, semblent plus contraignants. À ce titre, la novation ne saurait disparaître au profit de ces solutions particulières de cession, pas plus qu’elle ne devrait s’éclipser derrière les solutions d’application générale.

Titre II. Les solutions d’application générale : la liberté des conventions

56. L’environnement de la novation : la liberté conventionnelle. – Au-delà des modes particuliers de cession des obligations, la novation est également concurrencée par ce que permet la liberté des conventions. Ce principe permet effectivement aux sujets de modifier leur rapport d’obligation par anticipation (chapitre I) ou en cours d’exécution du contrat (chapitre II), plutôt que de recourir à la novation.

Chapitre I. La modification de l’obligation dès la formation du contrat

57. Le futur. – Le futur, comme le montre saint Augustin, ne peut être qu’un temps imaginé, voire rêvé au présent¹⁶⁹. Il appartient ainsi à l’individu de concevoir le futur dans sa pluralité, en particulier au sein de cette figure d’anticipation qu’est le contrat. Partant, les parties pourraient être tentées de prévenir le changement pour contourner les conséquences de la novation, dont son effet extinctif. Dans cet objectif, elles pourraient envisager de stipuler, d’une part, une clause visant à modifier l’objet de l’obligation plutôt que de conclure une novation par changement d’objet (section I) et, d’autre part, une clause de substitution de l’un des cocontractants plutôt que de recourir aux novations par changement de créancier ou débiteur (section II).

Section I. La concurrence de la novation par changement de l’obligation

58. Le changement de l’obligation entre les mêmes sujets. – Il résulte de l’alinéa second de l’article 1329 que la novation peut substituer à l’obligation initiale une obligation nouvelle entre les parties inchangées. Le Code civil, hier comme aujourd’hui, ne donne aucune indication sur l’élément nouveau que l’obligation nouvelle peut comporter au regard de celle qu’elle éteint. Dans le silence de la loi, il semble cependant que l’*aliquid novi* puisse tenir à l’objet, à la cause ou aux modalités de l’obligation. En cela, la novation par changement de l’obligation pourrait s’apparenter à la mise en œuvre d’une obligation disjonctive (§ 1) ou d’une clause de mobilité (§ 2).

¹⁶⁹ Saint Augustin, *Les Confessions*, 3^e éd., trad. E. TRÉHOREL et G. BOUISSOU, Paris, Médiaspaul, 2006, n^{os} 10-22.

§ 1. Les obligations disjonctives

59. Annonce de plan. – Les obligations disjonctives (ou non cumulatives) recèlent, à des degrés divers, une pluralité de prestations qui ne sont pas toutes dues au créancier. Les obligations alternatives (A) et facultatives (B) sont ainsi jumelées.

A. Les obligations alternatives

60. Une multiplicité commune. – L'obligation alternative est celle qui, comportant plusieurs objets, n'astreint le débiteur à n'exécuter que l'une d'entre elles : la pluralité s'exprime *in obligatione* et non *in solutione*. La multiplicité est pareillement au cœur de la novation, celle-ci supposant l'existence de deux obligations valables dont la seconde, par sa naissance, éteint la première. Cependant, l'obligation alternative demeure un outil de prévision, de sorte que « si une obligation alternative avait été prévue dès l'origine, sans doute les parties n'auraient-elles pas besoin de recourir à [une novation] »¹⁷⁰. Les deux outils ne s'inscrivent en effet pas dans la même temporalité, et ce, à trois égards.

61. La désignation obligatoire du bénéficiaire de l'option. – L'article 1307-1, alinéa premier, du Code civil énonce que le choix entre les prestations appartient au débiteur. Cette rédaction diffère de celle de l'ancien article 1990, lequel disposait que ce choix pouvait être accordé au créancier par le jeu d'une stipulation expresse et était complété par une jurisprudence admettant qu'elle fût tacite¹⁷¹. Si l'ordonnance n'a pas reconduit cette disposition, il reste que l'alinéa deux de l'article 1307-1 vise, s'agissant de la partie n'étant pas titulaire du droit d'option, non le créancier, mais « toute partie ». Dans la même veine, le nouvel article 1307-4 envisage le cas où le créancier n'a pas fait connaître son choix alors que l'une des prestations est devenue impossible à exécuter en raison d'un cas de force majeure. C'est admettre, implicitement, que le créancier peut être titulaire du droit d'option, l'article 1307-1 ne devenant alors que supplétif de volonté. Il n'en demeure pas moins que si l'option irrévocable appartient soit au créancier soit au débiteur, elle ne peut appartenir cumulativement à l'un et l'autre. Ainsi, sur ce point, en ce qu'elle peut être proposée par le créancier ou le débiteur, la novation par changement d'objet semble plus souple. À titre illustratif, dans le cadre d'une vente d'immeuble, le débiteur de l'obligation de payer peut vouloir nover l'objet de sa dette, car il ne souhaite plus acquérir l'immeuble tel qu'il s'y était engagé dans le contrat initial. Réciproquement, le créancier peut proposer au débiteur de nover la créance de somme d'argent en une obligation de faire. Une telle situation serait impossible par le jeu de l'obligation alternative dès lors qu'une seule des deux parties pourrait choisir de lever l'option entre les prestations : ce remplacement serait soit le fait unique du débiteur, auquel cas le créancier n'aurait pas le choix entre plusieurs obligations, soit du créancier, auquel cas le débiteur ne pourrait pas proposer de remplacer son obligation. Il reste que les parties peuvent prévoir des obligations alternatives synallagmatiques permettant à chacune des deux de bénéficier de l'option, dépassant par là même cet inconvénient de l'obligation alternative¹⁷².

¹⁷⁰ L. BINEAU, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA*, doctr., 6 juin 2002, pp. 9-18, spéc. p. 12.

¹⁷¹ Cass. req., 17 juill. 1929, *D.* 1929, I, p. 143.

¹⁷² O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 688.

62. La stipulation originaire du caractère alternatif de l'obligation. – La deuxième différence entre l'obligation alternative et la novation par changement d'obligation tient au fait que l'obligation alternative doit être stipulée dès la formation du contrat¹⁷³. Cette règle résulte en effet de la tradition et de la nature même de l'institution¹⁷⁴ : l'obligation alternative se comprend d'une obligation unique ayant, avant que le pouvoir ne soit exercé, dès la conclusion du contrat, un objet composé d'au moins deux prestations. En cela, relève le professeur Marie-Josèphe GEBLER, l'obligation alternative suppose que le créancier ait connaissance de ce que, quel que soit l'objet de l'obligation que choisirait d'exécuter le débiteur, cet objet sera susceptible de lui apporter la même satisfaction¹⁷⁵. Il en est de même lorsqu'il revient au débiteur et non plus au créancier d'exercer l'option. Au contraire, la novation est plus souple dès lors qu'elle n'intervient qu'au moment où les parties en éprouvent le besoin et leur permet d'apprécier l'opportunité d'une telle opération en considération de leur situation au moment où cette opération intervient.

63. La détermination originaire des objets de l'obligation alternative. – Enfin, la novation se distingue de l'obligation alternative par le moment auquel la prestation subsidiaire est envisagée. D'un côté, les parties peuvent, dans le cadre de l'opération novatoire, déterminer la nouvelle obligation au moment même où ils décident de nover. De l'autre, la stipulation d'une obligation alternative oblige les parties à prévoir dès la formation du contrat quels seront les objets de l'obligation alternative : à la différence de la novation, elle ne nécessite pas de nouvel accord, ce que rappelle Monsieur le professeur Ibrahim NAJJAR dans sa thèse de doctorat¹⁷⁶. Cette différence de régime n'est que la conséquence du caractère anticipatoire de l'obligation alternative¹⁷⁷. Il faut toutefois relever qu'en réalité, rien ne saurait interdire aux parties de transformer, en cours d'exécution, une obligation jusque-là pure et simple en une obligation alternative, au moyen d'une convention modificative. L'hypothèse excède alors le champ du présent chapitre. Il résulte donc de ce qui précède que la novation est une institution bien plus souple que la stipulation d'une obligation alternative, cette dernière n'étant efficace que dans l'hypothèse, assurément peu fréquente, dans laquelle les parties connaissent à l'avance laquelle d'entre elles bénéficiera de l'option et quelle obligation subsidiaire devra finalement être exécutée.

B. Les obligations facultatives

64. Une mutabilité commune. – L'obligation facultative permet au débiteur d'une prestation unique de jouir de la faculté de se libérer en fournissant une prestation différente. En d'autres termes, si le débiteur opte pour la prestation subsidiaire, le créancier obtient son paiement par une prestation différente de celle qui fait l'objet de sa créance. En cela, souligne Monsieur le professeur Frédéric BICHERON, l'obligation facultative « fournit un cadre idéal et très

¹⁷³ M. MIGNOT, *JCl. Civil Code*, art. 1306 à 1308, fasc. unique, n^{os} 13, 14 et 42.

¹⁷⁴ Dig., 44, 7, 44, § 3.

¹⁷⁵ M.-J. GEBLER, « Les obligations alternatives », *RTD civ.*, 1969, pp. 1-28, spéc. p. 2.

¹⁷⁶ I. NAJJAR, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, t. 85, préf. P. RAYNAUD, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1967, n^{os} 152-154.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 9-13.

favorable à l'existence et à l'épanouissement d'une dation en paiement »¹⁷⁸. C'est également le cas de la novation par changement d'objet, laquelle substitue une obligation à une autre. Derechef, par le jeu de la novation, le créancier reçoit non seulement une prestation différente de celle convenue initialement, mais aussi une nouvelle obligation : l'obligation originaire se mue.

65. Un régime distinct. – Par définition, seul le débiteur d'une obligation facultative peut être titulaire de l'option. Le créancier ne saurait en effet « opter en faveur d'une prestation qui, n'étant pas incluse dans l'objet de l'obligation, ne lui est pas due »¹⁷⁹. Pour cette raison, la demande du créancier qui agit contre le débiteur ne peut porter que sur la prestation *in obligatione*. Or, cela a été rappelé, la novation par changement d'objet peut être initiée tant par le créancier que par le débiteur. D'ailleurs, la faculté d'option pourrait fort bien être introduite en cours d'exécution, afin de permettre au débiteur de se libérer autrement que par la prestation initialement prévue, auquel cas l'obligation facultative se rapprocherait davantage de l'opération novatoire, cependant qu'aucune obligation ne serait nouvellement créée. Au surplus, le créancier d'une obligation alternative perd la faculté de refuser unilatéralement la substitution d'un objet à l'autre et d'exercer le droit d'option dévolu au débiteur. Il n'est donc pas aisé d'envisager, dès la formation du contrat, un éventuel changement de prestation, de sorte que les obligations disjonctives ne sauraient remplacer efficacement la novation par changement d'objet. Par opposition, il est aisé pour l'employeur d'anticiper la mutation de son salarié par l'insertion, dans son contrat de travail, d'une clause de mobilité.

§ 2. Les clauses de mobilité

66. La stipulation d'une clause de mobilité. – La reconnaissance d'un pouvoir de modification unilatérale au profit de l'un des cocontractants, en l'occurrence l'employeur dans le cadre d'une prestation de travail, a conduit le juge à forger des distinctions inconnues du droit des contrats¹⁸⁰. Ainsi, la Chambre sociale a-t-elle opposé la modification du contrat au changement des conditions de travail et jugé que le simple changement est décidé unilatéralement par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction¹⁸¹. Cette distinction s'atténue par la stipulation de clauses contractuelles accordant à l'employeur la faculté de modifier l'une des modalités d'exécution de la prestation de travail du salarié, par exception à la prohibition de principe, sur le fondement de l'article 1103 du Code civil, de telles clauses¹⁸². C'est ainsi que la clause de mobilité permet à celui-ci de modifier le lieu du travail en cours

¹⁷⁸ F. BICHERON, *La dation en paiement*, préf. M. GRIMALDI, coll. Thèses, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2006, n° 276.

¹⁷⁹ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, *op. cit.*, n° 337.

¹⁸⁰ V. sur la modification du contrat de travail, P. LOKIEC, *Droit du travail*, coll. Thémis, Paris, PUF, 2019, n°s 212-220.

¹⁸¹ Cass. soc., 10 juill. 1996, n° 93-41.137, *Bull. civ.* V, n° 278.

¹⁸² S. TOURNEAUX, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », *Dr. soc.*, 2017, doss., pp. 688-695, spéc. pp. 693-694. Adde, J.-Y. FROUIN, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », *Dr. soc.*, 2017, doss., pp. 696-704, spéc. pp. 699-701.

d'exécution de la prestation dès lors que certaines conditions, étrangères au sujet traité, sont réunies¹⁸³.

67. La novation du contrat de travail. – Cependant, en l'absence de clause de mobilité, le régime de la modification dépend d'un seul critère : le secteur géographique. Partant, si la mutation se traduit par un changement de secteur, elle caractérise une modification du contrat de travail que l'employeur ne peut imposer au salarié, tandis que si le changement du lieu de travail est réalisé dans le même secteur géographique, la décision de l'employeur relève de la modification des conditions de travail imposée unilatéralement au salarié¹⁸⁴. Or, s'il y a acceptation de la modification du contrat de travail, c'est-à-dire dans le premier cas, la jurisprudence y relève alternativement une « novation du contrat »¹⁸⁵ ou une « novation dans les rapports contractuels »¹⁸⁶. Cette solution jurisprudentielle a été critiquée par plusieurs auteurs au motif que la continuité du lien contractuel ferait obstacle à la qualification de novation et qu'il faudrait davantage y trouver une simple modification du contrat de travail : la modification impliquerait, selon eux, une « continuité du lien contractuel » tandis que la novation supposerait « la destruction du premier contrat »¹⁸⁷. C'est en réalité oublier que l'effet extinctif de la novation se place au niveau de l'obligation, ainsi que le prévoit le Code civil, et non à celui du contrat lui-même. Il y a donc effectivement novation par changement de l'obligation lorsque la mutation, en dehors du secteur géographique actuel du salarié, n'est pas prévue par une clause de mobilité.

68. L'opportunité de la novation face à la clause de mobilité. – Pour échapper aux conséquences de la novation¹⁸⁸, les parties pourraient ainsi être tentées de stipuler une clause de mobilité permettant de prévenir l'éventuelle modification du contrat. Cependant, les conditions de validité de telles clauses sont particulièrement restrictives dès lors qu'elles doivent, à peine de nullité, fixer avec précision leur zone géographique d'application¹⁸⁹ et ne peuvent conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée¹⁹⁰. Elles ne peuvent au surplus restreindre une liberté du salarié sans être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché¹⁹¹, cette appréciation étant laissée, en cas de contestation, au juge du fond, exposant par là même la clause de mobilité à l'aléa judiciaire¹⁹². Cet aléa, en ce qu'il permet de revigorer la novation par la restriction du domaine des clauses de mobilité, rompt assez largement avec le mouvement initié, selon certains, par la Cour de

¹⁸³ Sur lesquelles, v. B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail. Relations individuelles*, 3^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2014, n^{os} 1272-1276.

¹⁸⁴ Cass. soc., 16 déc. 1998, n^o 96-40.227, *Bull. civ.* V, n^o 558.

¹⁸⁵ Cass. soc., 25 janv. 1961, *D.* 1961, I, p. 52.

¹⁸⁶ Cass. soc., 1^{er} déc. 1971, n^o 70-40.470, *Bull. civ.* V, n^o 702.

¹⁸⁷ N. BATAILLE-NEVEJANS, « La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles », *Dr. soc.*, 2004, doctr., pp. 335-350, spéc. n^o 10.

¹⁸⁸ L. GAUDIN, « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ? », *RDT*, étud., 2008, pp. 162-169, spéc. n^{os} 17-30.

¹⁸⁹ Cass. soc., 7 juin 2006, n^o 04-45.846, *Bull. civ.* V, n^o 209. Comp., au sujet d'une clause licite imposant une sphère de mobilité « dans la limite géographique du territoire français », Cass. soc., 9 juill. 2014, n^{os} 13-11.906 *et al.*, *Bull. civ.* V, n^o 183.

¹⁹⁰ Cass. soc., 16 juin 2004, n^o 01-43.124, *Bull. civ.* V, n^o 166.

¹⁹¹ Cass. soc., 14 oct. 2008, n^o 07-40.523, *Bull. civ.* V, n^o 192.

¹⁹² J.-P. GRIDEL, « Le rôle normatif de la Cour de cassation », *JCP G*, 2019, doctr., 214, pp. 376-383, spéc. n^o 19.

cassation, de « disparition de la qualification de “novation” du contrat en droit du travail »¹⁹³. D'ailleurs, une jurisprudence abondante, sûrement erronée, juge qu'il y a novation dès lors que la modification des conditions d'exécution de la relation de travail, en particulier du lieu de travail, est acceptée par le salarié¹⁹⁴. La clause de mobilité n'est donc pas plus avantageuse que la novation par changement de l'obligation, de même que la clause de substitution n'aboutit pas à une novation par changement de débiteur ou créancier.

Section II. La concurrence de la novation par changement d'un sujet au rapport d'obligation : les clauses de substitution

69. La novation par changement d'un sujet au rapport d'obligation. – Selon qu'elle affecte la personne du créancier ou du débiteur, la novation s'opère par changement de créancier ou de débiteur. Ainsi, au stade de la formation du contrat¹⁹⁵, la substitution de contractant pourrait être rapprochée des opérations juridiques triangulaires aboutissant à une succession de contractants dans le temps ou à leur coexistence, parmi lesquelles figure la novation. Pourtant, le régime de la substitution lui permet d'accéder à sa pleine autonomie (§ 1) et, en cela, de se distinguer de la novation (§ 2).

§ 1. L'autonomie de la substitution de personne

70. Définition. – Essentiellement utilisée dans les promesses unilatérales de vente¹⁹⁶, la substitution de personne dans un rapport d'obligation est l'« opération par laquelle une personne, le substitué, met en œuvre l'obligation – considérée au sens de droit, de devoir ou de droit potestatif – née d'un rapport fondamental entre deux personnes, le substituant et l'insubstitué, sans que le substituant ne disparaisse entièrement du rapport juridique, et de telle sorte que le substitué et l'insubstitué soient directement liés entre eux »¹⁹⁷. Soumise à la seule liberté contractuelle, la doctrine s'est longtemps interrogée sur la nature et les fondements de la clause de substitution, ces débats ayant été ravivés par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁹⁸.

71. Le rapprochement avec d'autres institutions. – Les auteurs se sont en particulier demandé si l'opération qui se réalise lors de la mise en œuvre de ces clauses de substitution

¹⁹³ A. VAN DE WYNCKELE, « Le régime du changement de contrat de travail au sein d'une même relation de travail », *JCP S*, 2006, étud., 1064, pp. 9-12, spéc. nos 9-18.

¹⁹⁴ Cass. soc., 9 déc. 1964, n° 64-40.152, *Bull. civ.* IV, n° 829. V. aussi, Cass. soc., 23 oct. 1991, nos 88-40.772 et 88-40.774, *Bull. civ.* V, n° 426.

¹⁹⁵ À la vérité, les remarques qui suivent sont aussi valables au stade de l'exécution, cependant qu'elles sont particulièrement vraies lorsqu'une clause de substitution est prévue, c'est-à-dire au stade de la formation du contrat.

¹⁹⁶ L. BOYER, « Clause de substitution et promesse unilatérale de vente », *JCP G*, 1987, doct., 3310.

¹⁹⁷ E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, t. 318, préf. L. CADIET, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1999, n° 380-7.

¹⁹⁸ V. entre autres R. BOFFA, « Les clauses relatives aux opérations translatives », *JCP N*, 2016, étud., 1115, pp. 47-49, spéc. n° 3. *Adde*, M. MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat », *JCP N*, 2016, act., 1071, pp. 5-7.

devait être analysée comme une cession de contrat¹⁹⁹, une stipulation pour autrui²⁰⁰ ou une délégation novatoire²⁰¹. Sous l'empire des textes antérieurs à la réforme, les solutions posées par la Cour de cassation ont semblé incompatibles avec la qualification de cession de contrat. La juridiction du quai de l'Horloge a en effet jugé que la substitution de contractant n'est ni soumise aux formalités de l'article 1690²⁰², pourtant appliqué à la cession de contrat²⁰³, ni sujette à la nullité de l'article 1589-2²⁰⁴. Dans le même sens, lors d'une substitution, à la différence d'une cession de contrat, le bénéficiaire initial demeure tenu par les liens du contrat et peut lever lui-même l'option²⁰⁵. En cela, la Cour a rejeté l'analyse translatrice de la substitution émise par la doctrine²⁰⁶.

72. L'autonomie de l'opération. – Par-delà la jurisprudence, Monsieur le professeur Emmanuel JEULAND soutient également que la substitution de personne dans un rapport d'obligation est une opération autonome. Selon l'auteur en effet, la validité de cette dernière est soumise à deux conditions. La première est l'existence et l'exécution de l'obligation née du rapport fondamental : c'est l'objet de l'opération²⁰⁷. L'objet de la stipulation est effectivement l'accomplissement de la prestation qui avait été prévue dans le contrat initial puisque, précisément, « il s'agit de la même obligation »²⁰⁸. Cette règle justifie d'ailleurs que les contrats ayant par nature un caractère *intuitu personae* constituent l'un des domaines d'élection de la substitution. La désignation d'un tiers par le substituant est effectivement en mesure de maintenir la confiance qui caractérise ces contrats, parmi lesquels figurent le mandat et le cautionnement, tout en maintenant la force obligatoire de l'obligation. La seconde condition de validité est la défaillance du substituant en matière de remplacement passif et celle de l'insubstitué en matière de remplacement actif : c'est la cause de l'opération²⁰⁹. Cette défaillance, synonyme pour l'auteur d'« impossibilité d'agir », exprime l'esprit de subsidiarité qui anime la substitution, peu important que l'impossibilité d'agir soit ou non volontaire. L'autonomie de la substitution de personne tient en outre à ses effets. Au stade de la mise en œuvre de l'obligation née du rapport fondamental, le substitué se place « en lieu et place du substituant »²¹⁰ : il se place au même point de l'espace-temps que le substituant. Il en résulte par exemple que seul le juge du principal est compétent pour connaître des relations entre le

¹⁹⁹ Ph. BRUN, « Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ? », *RTD civ.*, art., 1996, pp. 29-55 ; C. NOURISSAT, « La clause de substitution insérée dans une promesse unilatérale de vente : une cession conventionnelle de contrat », *JCP N*, 1999, étud., pp. 874-878, spéc. n^{os} 6-18.

²⁰⁰ F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, coll. Immobilier, droit et gestion, Paris, Sirey, 1988, n^o 31. V. également, D. R. MARTIN, « Du changement de contractant », *D.*, chron., 2001, pp. 3144-3147, spéc. pp. 3145-3146.

²⁰¹ V. SOUBISE, « La transmission, par substitution de bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente », *D.*, chron., 1994, pp. 237-242, spéc. n^{os} 32-38.

²⁰² Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 1987, n^o 86-15.838, *Bull. civ.* III, n^o 68.

²⁰³ Cass. 3^e civ., 7 juill. 1993, n^o 91-12.368, *Bull. civ.* III, n^o 111.

²⁰⁴ Cass. 3^e civ., 17 avr. 1984, n^o 83-12.106, *Bull. civ.* III, n^o 87.

²⁰⁵ Cass. 3^e civ., 27 avr. 1988, n^o 86-17.337, *Bull. civ.* III, n^o 83.

²⁰⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Retour sur la clause de substitution », in *Mél. L. Boyer*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 85-97, spéc. n^{os} 6 et 7.

²⁰⁷ E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, th. préc., n^{os} 251-264.

²⁰⁸ *Ibid.*, n^o 252.

²⁰⁹ *Ibid.*, n^{os} 265-277.

²¹⁰ *Ibid.*, n^o 298.

substitué et l'insubstitué et que les exceptions ne sont pas opposables au substitué. Au stade du dénouement de l'opération substitutive, le substituant n'est pas éliminé du rapport juridique de sorte que sa responsabilité pourrait par exemple être engagée si l'obligation venait à ne pas être exécutée. Ces effets mettent en exergue la véritable différence entre substitution et novation : la première est « déclarative » tandis que la seconde est « constitutive ».

§ 2. La comparaison avec la novation

73. La dualité de la comparaison. – L'autonomie de l'opération substitutive étant duale, il convient de comparer la substitution de personne à la novation quant à ses conditions (A) et ses effets (B).

A. Les conditions

74. Le point commun : l'existence d'une obligation préexistante. – Ainsi que cela a été rappelé, la substitution exige une obligation préexistante, tout comme la novation. Dans le même sens, la validité de la novation est subordonnée à la démonstration d'un élément nouveau, lequel résulterait nécessairement du changement de créancier ou de débiteur qu'implique la substitution. En outre, Monsieur le professeur Marc BILLIAU propose de rapprocher la substitution de la délégation novatoire. Posant en principe que « la qualité de partie n'est pas dans le commerce juridique car l'homme lui-même n'est pas un bien », l'auteur relève que le délégué accepterait de conclure, à la demande du délégant, un contrat nouveau « mais dont l'objet et la cause [seraient] identiques à l'ancien »²¹¹. Un autre auteur a soutenu que le bénéficiaire d'une clause de substitution, le délégant, demanderait à son cocontractant, le délégué, de s'engager directement auprès du tiers substitué, le délégataire²¹². Dans cette seconde hypothèse, la délégation serait parfaite ou imparfaite selon que le délégué manifeste ou non l'intention de libérer son cocontractant originaire. Dans les deux hypothèses, un lien de droit nouveau s'instaure effectivement entre le substitué et le délégué.

75. Les différences : les modalités du remplacement. – Alors que la novation par changement de débiteur exige le consentement du créancier cédé²¹³ et que la novation par changement de créancier suppose l'accord du débiteur²¹⁴, tel n'est pas le cas de la substitution²¹⁵. Le raisonnement est transposable à la délégation, laquelle repose nécessairement sur un accord de volontés entre le bénéficiaire de la promesse et le promettant²¹⁶. Également, la validité de la substitution n'est évidemment pas subordonnée à la démonstration de l'intention de nover propre à la novation. Or, celle-ci étant appréhendée strictement et souverainement par les juridictions, les parties pourraient effectivement préférer recourir à la substitution plutôt qu'à

²¹¹ M. BILLIAU, « Cession de contrat ou “délégation” de contrat (étude du régime juridique de la prétendue cession conventionnelle de contrat) », *JCP G*, 1994, doctr., 3758, pp. 199-202, spéc. n° 3.

²¹² V. SOUBISE, « La transmission, par substitution de bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente », préc., spéc. n° 33.

²¹³ V. *supra*, n° 41.

²¹⁴ V. *supra*, n° 24.

²¹⁵ E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, th. préc., nos 186-190.

²¹⁶ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, op. cit., n° 652.

la novation pour sécuriser leur opération. Enfin, novation et substitution se démarquent en ce que la défaillance du substituant n'est pas nécessaire pour caractériser la première.

B. Les effets

76. La qualité du créancier substituant. – En premier lieu, si un élément qui fait l'objet d'une substitution est généralement éliminé, « l'effet déclaratif de la substitution de personne signifie [...] que le substituant est maintenu en puissance dans le rapport juridique et qu'il réapparaît, de manière active, au terme de l'opération »²¹⁷. Le mécanisme substitutif produisant un effet déclaratif et non rétroactif²¹⁸, la responsabilité du substituant pourrait être engagée si le substitué n'exécutait pas l'obligation. De même, le bénéficiaire initial d'une promesse unilatérale pourrait de nouveau lever l'option dans le cas où le substitué renoncerait à profiter de ce droit, autant que le bénéficiaire d'une assurance-vie pourrait accepter le capital à son profit. Au contraire, la novation éteint l'obligation primaire. Il en ressort ainsi un avantage pour la substitution : alors que l'insubstitué, en cas de substitution, peut poursuivre le substitué et le substituant, le créancier ne peut, en cas de novation, poursuivre l'ancien débiteur définitivement déchargé. Il faut cependant nuancer cet élément, car il existe des hypothèses dans lesquelles le substituant disparaît du rapport juridique. C'est notamment le cas en matière de promesse unilatérale ou d'assurance-vie lorsque le substitué a accepté le droit ou levé l'option à son profit²¹⁹. Par ailleurs, un auteur soutient que le contractant originaire devrait être évincé du rapport contractuel sur le fondement de la nature acquisitive de l'acte de substitution, sans préjudice de la dimension personnelle du contrat²²⁰. Selon cet auteur, l'intégration de la position contractuelle par le substitué implique nécessairement l'éviction du contractant originaire, de sorte que le mécanisme substitutif réalise en principe une substitution parfaite. Or, force est de constater que la jurisprudence pose effectivement le principe selon lequel, en présence d'une clause de substitution, le substituant est un tiers au contrat : il est évincé du rapport fondamental²²¹, à l'instar du débiteur originaire en cas de novation.

77. Le maintien de l'obligation. – En second lieu, à la différence de la novation, la substitution laisse subsister l'obligation initiale. Il en résulte par exemple que l'insubstitué doit pouvoir opposer au substitué les exceptions qu'il peut opposer au substituant. C'est également le cas, lors d'une novation, de l'exception de nullité puisque l'opération ne saurait prospérer si l'une de ces obligations est frappée de nullité conformément à l'article 1331 du Code civil. Pareillement, si, avant la novation, la dette initiale avait été éteinte, que ce soit par paiement, remise de dette ou par l'effet d'une résolution du contrat générateur, le débiteur de la nouvelle obligation devrait pouvoir s'en prévaloir : ces exceptions échappent à la purge des exceptions produite par la novation²²². En réalité, la différence entre la substitution et la novation se limite

²¹⁷ E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, th. préc., n° 363.

²¹⁸ V., pour une autre définition de l'effet déclaratif imposant la rétroactivité de la substitution acquise, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Retour sur la clause de substitution », préc., spéc. n°s 14-19.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ G. PILLET, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, t. 1, préf. P. JOURDAIN, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, LGDJ, 2004, n°s 228-251.

²²¹ Cass. 3^e civ., 19 mars 1997, n° 95-12.473, *Bull. civ.* III, n° 68.

²²² V. *infra*, n° 144.

donc aux exceptions intervenues après l'opération concernée : tandis qu'elles demeurent sans effet en cas de novation, l'insubstitué devrait pouvoir les opposer au substitué.

78. Conclusion de chapitre. – La novation ne permet pas, en somme, de rendre compte de la substitution, dont l'autonomie a été démontrée. Surtout, la novation n'apparaît pas plus désavantageuse que la substitution, en particulier pour l'insubstitué. La substitution demeure en tout état de cause, lorsqu'elle est stipulée dans le contrat, un mécanisme d'anticipation, contrairement à d'autres mécanismes.

Chapitre II. La modification de l'obligation lors de l'exécution du contrat

79. Le présent. – « Le présent seul est vrai et effectif » énonce SCHOPENHAUER²²³. Il est vrai que les parties, à défaut d'anticipation de leur part, n'ont d'autre possibilité que de s'ancrer dans le présent pour modifier le contrat qui les unit. Elles tiennent ce pouvoir de l'autonomie de leur volonté, ce qu'a parfaitement montré le professeur Henri CAPITANT²²⁴. Ces parties peuvent alors modifier leur contrat (section I) ou le résilier à l'amiable et en conclure un nouveau (section II)²²⁵.

Section I. La modification du contrat

80. Annonce de plan. – Le contrat ne constitue pas un lien de droit intangible. Il peut faire l'objet d'aménagements au cours de son exécution, notamment par l'effet de la novation ou de la figure de la modification. Toutefois, à la différence de la première, la seconde permet de maintenir le rapport fondamental initial (§ 1) conformément à l'intention des parties (§ 2).

§ 1. Le maintien du lien de droit

81. La « double fongibilité ». – Monsieur le professeur Alain GHOZI a parfaitement montré que les parties peuvent prétendre substituer un objet à un autre sans pour autant détruire le rapport contractuel, et ce, sur le fondement de la notion de double fongibilité²²⁶. D'une part, puisque l'objet n'a pas de valeur en soi, mais uniquement à travers la destination que les parties lui assignent, leur commune intention peut rendre fongibles entre eux des objets qui ne le sont pas objectivement (un appartement à Paris et une maison à Bordeaux qui auraient la même valeur satisfaisante, par exemple). D'autre part, la fongibilité permet aux parties de conférer au nouvel objet le pouvoir libératoire du premier, ce qui lui permet de prendre sa place sans détruire le rapport de droit. L'auteur relève néanmoins que ce maintien du lien de droit doit être assujéti à une double condition : l'équivalence des objets entre eux tant pour leur valeur satisfaisante au

²²³ A. SCHOPENHAUER, *Aphorismes sur la sagesse dans la vie*, trad. J.-A. CANTACUZÈNE, Paris, Germer Baillière et C^{ie}, 1880, n° 167.

²²⁴ H. CAPITANT, *Cours de D.E.S.*, Paris, Les cours de droit, 1932-1933, p. 9.

²²⁵ La comparaison entre la novation par changement de l'obligation et la dation en paiement doit d'ores et déjà être écartée dans la mesure où la seconde se contente, au moyen d'un paiement différé, d'éteindre une obligation, sans donner naissance à une nouvelle. V. sur ce point D. HIEZ, « La nature juridique de la dation en paiement : une modification de l'obligation aux fins de paiement », *RTD civ.*, 2004, art., pp. 199-224, spéc. n°s 11-13.

²²⁶ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Etude de droit civil français*, t. 166, préf. D. TALLON, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1999, n°s 37-81.

sens des parties que pour leur rôle instrumental par rapport à la cause, à défaut duquel il faudrait déduire que les parties ont changé la raison de leur engagement et abandonné le premier rapport de droit. Partant, en cas de rupture de la relation instrumentale liant l'objet à la cause, il y aurait novation par changement d'objet et non modification. Il en irait ainsi par exemple si le VRP convenait avec le garagiste de la délivrance d'une barque à la place du véhicule attendu, l'instrument d'échange ne permettant plus d'atteindre le but initialement envisagé par les parties. Cette analyse, soutenue en 1980, demeure valable, nonobstant la réforme de 2016 qui a conduit à l'évincement annoncé du concept de cause et son remplacement par le concept de contenu du contrat²²⁷, dès lors que la cause objective est transposée à la « contrepartie convenue » de l'article 1169²²⁸.

82. Le changement de qualification. – La qualification est l'opération par laquelle une obligation est rattachée à une catégorie juridique qui en détermine le régime juridique²²⁹. Monsieur le professeur Alain GHOZI a ainsi suggéré de retenir le critère de la qualification, cumulé avec celui de la « double fongibilité », pour déterminer s'il y a modification ou novation. Selon l'auteur en effet, le changement de qualification pourrait révéler l'incompatibilité du nouvel objet avec la cause, et par voie de conséquence l'échec de la modification. Cependant, cela reviendrait à ajouter indûment un critère à ceux posés, pour la qualification de la novation, par les articles 1329 à 1335. Au surplus, l'auteur reconnaît lui-même que « l'argument tiré du changement de qualification du nouvel acte [...] semble inefficace »²³⁰ de sorte que seul celui tiré de la « double fongibilité » doit être retenu pour révéler le maintien du lien de droit propre à la modification, qu'il faut conjuguer à l'intention des parties.

§ 2. L'intention des parties

83. La thèse du professeur François LAURENT. – Il a été affirmé que la caractérisation de la novation « dépend [...] de la nature du changement »²³¹. Conséquemment, la novation expresse existerait quel que soit le changement tandis que la novation tacite, au contraire, ne serait admise que lorsque le changement est tel qu'il suppose nécessairement la volonté de nover. En cela, il faudrait réserver une application distributive aux articles 1271 et 1273 anciens du Code civil. Conformément à l'ancien article 1271, tout changement d'objet emporterait ainsi novation à raison de la différence entre les deux obligations. L'ancien article 1273 aurait, lui, une portée résiduelle et jouerait uniquement en cas de changement mineur de la nouvelle obligation auquel les parties souhaiteraient tout de même conférer valeur de novation²³². Dès lors que cette intention n'est caractérisée, il y aurait simple modification du contrat. Or, comme l'a parfaitement soutenu Monsieur le professeur Alain GHOZI, ce raisonnement tend à présumer

²²⁷ Sur l'hypothèse de la disparition de la cause, v. D. MAZEAUD, « La cause », in *Le Code civil (1804-2004): un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 107-120, spéc. n^{os} 30-35.

²²⁸ Sur laquelle, F. CHÉNEDÉ, « La cause est morte... vive la cause ? », *Contrats, conc. consom.*, 2016, doss., 4, pp. 451-472, spéc. n^{os} 5-7.

²²⁹ Th. JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, t. 2, préf. S. GUINCHARD, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, n^{os} 635-669.

²³⁰ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, th. préc., n^o 79.

²³¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 18, 3^e éd., Paris, A. Marescq, 1878, n^o 266.

²³² *Ibid.*

l'intention de l'article 1273, aujourd'hui 1330, lors même que ce texte dispose précisément que « la novation ne se présume pas ».

84. La thèse de Monsieur le professeur Alain GHOZI. – Selon l'auteur, la raison d'être de l'intention de nover est le principe selon lequel les renonciations à un droit ne se présument pas, posé par l'alinéa deux de l'article 1134 ancien, désormais 1193. L'*animus novandi* serait ainsi requise en tout état de cause. Surtout, il relève que la novation se caractérise par le « lien de filiation entre les deux obligations »²³³ et ajoute que seule l'intention des parties peut créer un tel lien et que tel est le sens de l'ancien article 1273 du Code civil. À défaut, l'opération devrait être qualifiée de modification. C'est donc que la novation et la modification du contrat sont deux institutions autonomes disposant chacune d'un domaine d'application propre, tout comme le *mutuus dissensus*.

Section II. Le *mutuus dissensus*

85. Annonce de plan. – La notion de *mutuus dissensus* désigne la convention par laquelle toutes les parties consentent à la révocation de la convention qu'elles ont conclue antérieurement. Lorsque cette résiliation conventionnelle est suivie de la conclusion d'un nouveau contrat, l'opération éteint un rapport de droit et en produit un nouveau (§ 1), cependant que ceux-ci ne sont nullement interdépendants (§ 2).

§ 1. L'extinction et la création des rapports de droit

86. L'apparence d'une dualité commune. – Il arrive que la résiliation amiable d'un contrat soit suivie de la conclusion d'un nouveau contrat entre les mêmes parties. Il n'est jamais « venu à la pensée des jurisconsultes romains de grouper ces divers actes sous un nom particulier, en une place à part, et d'en faire l'objet d'une théorie spéciale ; ils ne l'ont point fait, ils ne devaient pas le faire, [...] car chacun des deux actes se suffit à lui-même et vaut pour lui seul : le premier est une résiliation *mutuo dissensu*, le second est un contrat ordinaire »²³⁴. Le parallèle avec la novation par changement de l'obligation n'est alors pas dénué de tout sens : les deux instruments présentent un caractère conventionnel et conduisent à l'extinction d'un rapport de droit et à la naissance d'un autre. Cependant, cette ressemblance n'est qu'apparente puisque, relève très justement Madame le professeur Raymonde VATINET, « l'étendue de leur effet extinctif n'est pas la même »²³⁵. L'article 1193 énonce en effet que « les contrats ne peuvent être [...] révoqués que du consentement mutuel des parties » : c'est la convention elle-même qui est éteinte. Différemment, l'article 1329 dispose que seule « l'obligation » initiale est éteinte de sorte que le contrat, lui, subsiste. S'agissant de l'effet créateur, il faut relever qu'à la suite d'un *mutuus dissensus*, un nouveau contrat, entièrement nouveau, doit être conclu et chacune de ses clauses doit être renégociée.

²³³ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, th. préc., n° 101.

²³⁴ P. GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, op. cit., pp. 4-5.

²³⁵ R. VATINET, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.*, 1987, art., pp. 252-285, spéc. n° 12.

§ 2. L'interdépendance des rapports de droit

87. Le lien entre les effets créateur et extinctif. – La différence essentielle entre les deux opérations réside dans le lien, existant dans la novation, entre les deux effets de droit produits : ceux-ci sont interdépendants de sorte que la création d'une nouvelle obligation est la cause de l'extinction de l'obligation ancienne et réciproquement²³⁶. Au contraire, le *mutuus dissensus* suivi d'un nouveau contrat est une double opération juridique composée de deux actes indépendants dans laquelle l'extinction du contrat primitif n'a pas pour cause la création de l'autre contrat²³⁷. Au surplus, le *mutuus dissensus* peut être non accompagné de la conclusion d'un nouveau contrat, auquel cas il n'y a pas d'effet créateur tandis que les effets de la novation ne peuvent, eux, être dissociés. Pratiquement, l'intérêt majeur de distinction réside dans les conséquences de l'invalidité et de l'inefficacité d'un des deux éléments de la novation par rapport à l'opération décrite qui y ressemble. En effet, le lien entre les obligations inhérent à la novation implique la nullité de l'obligation nouvelle en cas de nullité de l'obligation initiale, de même que la renaissance de l'obligation initiale en cas de nullité de l'obligation nouvelle²³⁸. Différemment, la nullité du premier contrat fait disparaître l'objet du *mutuus dissensus* mais le second contrat passé entre les parties demeure pleinement valable. Le raisonnement vaut également dans l'hypothèse d'une résolution donnant lieu à restitutions dans les conditions de l'article 1229, alinéa trois, du Code civil. En somme, en raison de cette interdépendance, les contractants pourraient trouver quelque avantage à la novation, celle-ci permettant de s'assurer de la force de leur nouvelle obligation.

88. L'intention des parties. – Le critère de l'intention des parties doit permettre de distinguer la novation de la résiliation amiable suivie de la conclusion d'un nouveau contrat. Une partie de la doctrine suggère ainsi d'utiliser un critère objectif tiré de l'importance du changement²³⁹. La novation, selon cette proposition, occuperait une position médiane entre deux extrêmes : la modification de l'obligation, laquelle se contente d'apporter des changements modestes et non essentiels à un contrat et la convention de *mutuus dissensus* suivie de l'établissement d'un nouveau lien de l'obligation qui y apporte au contraire des changements radicaux²⁴⁰. S'il est vrai que la novation suppose un changement, une telle analyse n'est pourtant pas satisfaisante puisque les parties peuvent vouloir faire d'une modification réduite un contrat entièrement nouveau, peuvent vouloir donner à la novation un effet global affectant le contrat lui-même et peuvent vouloir conclure un nouveau contrat identique ou quasiment similaire à celui révoqué par le *mutuus dissensus*²⁴¹. L'intention des parties doit par ailleurs permettre de distinguer les deux mécanismes étudiés dès lors qu'en cas de novation, ces parties ont exprimé leur volonté de lier l'obligation éteinte et l'obligation nouvelle alors que, dans le cadre du *mutuus dissensus*, le contrat résilié et le contrat nouvellement conclu par les parties sont en principe

²³⁶ Cass. 3^e civ., 12 févr. 1986, n° 84-14.889, *Bull. civ.* III, n° 169

²³⁷ En ce sens, A. SIRI, *Le mutuus dissensus : notion, domaine, régime*, av.-pr. R. BOUT, préf. Ph. STOFFEL-MUNCK, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, n° 64.

²³⁸ Cass. 3^e civ., 28 nov. 1969, *Bull. civ.* III, n° 784.

²³⁹ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, les obligations*, t. 2, *Le régime*, op. cit., n° 415.

²⁴⁰ V., sur la prééminence de la volonté des parties et le rejet du seuil maximal de changement, *infra*, n°s 112-121.

²⁴¹ A. SIRI, *Le mutuus dissensus : notion, domaine, régime*, th. préc., n° 140.

indépendants²⁴². Toutefois, les parties peuvent subordonner, par la voie d'une condition suspensive, la résiliation du contrat initial à la conclusion du nouveau. Dans ce dernier cas, il n'y a pas novation mais la distinction est rendue encore plus délicate puisqu'un lien de dépendance résulte dans un cas de la cause et dans l'autre de la condition. C'est qu'en effet, l'extinction du premier contrat n'aura pas lieu sans la conclusion du second, l'effet extinctif étant subordonné à l'effet créateur, à l'instar de l'opération novatoire. Il n'empêche que deux accords de volonté demeurent nécessaires au lieu d'un seul pour la novation et que la date de l'extinction n'est pas la même, le contrat étant résolu rétroactivement en cas de réalisation de la condition²⁴³.

89. Conclusion de chapitre. – Au stade de l'exécution, il faut donc reconnaître, comme l'affirment trois auteurs, que si « la novation oscille entre la simple modification et le *mutuus dissensus* suivi d'une obligation nouvelle »²⁴⁴, elle s'en distingue néanmoins. Fondamentalement, elle est plus qu'une modification du contrat en raison de son effet extinctif et plus qu'un *mutuus dissensus* suivi de la naissance d'une obligation indépendante car elle suppose un trait d'union entre les deux obligations concernées.

90. Conclusion de titre. – Il a été démontré qu'au sein des instruments étudiés et permis par la liberté des conventions, aucun ne permet d'aboutir à un résultat similaire à celui produit par la novation sans en supporter les inconvénients. Qu'ils soient entrepris au stade de la formation du contrat ou lors de son exécution, ces instruments ne permettent pas de concurrencer efficacement et pleinement la novation par changement de l'obligation ou par changement d'un sujet au rapport d'obligation.

91. Conclusion de partie. – En premier lieu, l'« institution fossile », telle que définie précédemment, est celle qui « n'a plus de régime propre » et qui est « absente tant du “langage du droit” que du “métalangage” »²⁴⁵. Or, au terme de cette première partie, il a été exposé que la novation n'est pas dépourvue de toute originalité et dispose au contraire d'un régime propre. Elle se distingue ainsi tant des mécanismes spécifiques de cession des obligations que ceux permis par la liberté contractuelle. C'est précisément en raison de cette singularité qu'elle demeure connue du langage du droit, lequel tente de surcroît de la revigorer, ce dont témoigne la récente réforme du droit des contrats. La novation ne satisfait donc pas au critère exogène de l'institution fossile. En second lieu, puisqu'elle demeure évolutive, la novation ne répond pas davantage au critère endogène de qualification de l'institution fossile : c'est l'objet de la seconde partie de la présente production.

²⁴² P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation : D.E.A. de Droit privé général.*, Paris, Les cours de droit, 1976-1978, p. 43.

²⁴³ R. VATINET, « Le *mutuus dissensus* », préc., spéc. n° 13.

²⁴⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 771.

²⁴⁵ V. *supra*, n° 4.

SECONDE PARTIE. LA VARIABLE ENDOGÈNE : UNE INSTITUTION VITALISÉE PAR SON ÉVOLUTION

92. Le renouvellement du droit. – Quelque temps avant le bicentenaire du Code civil, le doyen Jean CARBONNIER rappelait que « le livre n'est plus dans son état de 1804 »²⁴⁶. Plus largement, au-delà de la matière civile, c'est le droit dans son ensemble qui n'échappe pas à l'emprise du temps qui passe et qui précipite souvent son inadaptation à la société pour laquelle il a été élaboré²⁴⁷. Aujourd'hui, de surcroît, le phénomène est encore plus visible à raison de l'accélération des évolutions sociales et techniques que le droit tente souvent de suivre.

93. Le renouvellement de la novation. – Naturellement, la novation ne demeure pas insensible à ces évolutions du droit. Elle s'est déjà largement métamorphosée (titre I) et est appelée à se transformer davantage (titre II).

Titre I. Les métamorphoses de l'institution

94. Une novation de la novation. – Le professeur Paul GIDE remarquait que « s'il est [des institutions civiles] qui se transmettent d'âge en âge, c'est que d'âge en âge elles se transforment et se renouvellent ; leur perpétuité n'est qu'apparente, et celles qui nous viennent des Romains ne sont pour la plupart romaines que de nom, elles sont au fond toutes modernes et toutes françaises »²⁴⁸. La novation est l'une d'elles. Ayant depuis lors bénéficié d'améliorations (chapitre I) et souffert de dégénérescences (chapitre II), elle se distingue en effet nettement de l'institution telle qu'elle existait à l'époque romaine et en 1804.

Chapitre I. Les transformations bienvenues

95. L'utile. – Le philosophe et juriconsulte britannique Jeremy BENTHAM, à l'origine du courant utilitariste, révélait que « par principe d'utilité, on entend le principe qui approuve ou désapprouve toute action, quelle qu'elle soit [...] »²⁴⁹. C'est ainsi que certaines transformations contemporaines de la novation doivent être approuvées, précisément parce qu'elles lui sont utiles en ce qu'elles assurent sa vitalité. À grande échelle, ces transformations tiennent d'abord à l'apparition de nouveaux modes de novation, à l'instar de la novation par changement de contrat (section I). À petite échelle, il s'agit aussi de modifications apportées à des conditions de validité précises des modes existants de novation, telle que la possibilité pour le débiteur de consentir par avance à l'opération novatoire (section II).

²⁴⁶ J. CARBONNIER, « Le Code civil », in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. II, *La Nation*, vol. 2, *Le territoire, l'État, le patrimoine*, Paris, Gallimard, 1986, pp. 293-315, spéc. p. 304.

²⁴⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, n° 11.

²⁴⁸ P. GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, op. cit., p. 1.

²⁴⁹ J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, rééd., trad. M. BOZZO-REY et al., coll. Analyse et philosophie, Paris, Vrin, 2011, p. 26.

Section I. L'apparition jurisprudentielle de la novation de contrat

96. Annonce de plan. – La novation par changement de contrat fait partie de ces modes de novation qui sont non prévus par le Code civil, parmi lesquels figure également la novation par changement de cause²⁵⁰. Le régime de cette nouvelle opération doit ainsi être étudié (§ 1) et l'institution doit être distinguée d'autres mécanismes dont elle se rapproche (§ 2).

§ 1. Le mécanisme de la novation de contrat

97. Annonce de plan. – Il convient de définir la novation de contrat (A) et d'en préciser les effets (B).

A. La définition

98. L'origine doctrinale et jurisprudentielle. – Aucune référence n'est faite par les textes à la « novation de contrat », c'est-à-dire par changement de contrat. Celle-ci ne se rencontre en effet qu'en jurisprudence et en doctrine. Au XVIII^e siècle, le jurisconsulte POTHIER associait déjà le changement d'obligation au changement de la nature du contrat bien que cette association n'était pas qualifiée de novation de contrat²⁵¹. L'idée s'identifie également dans les travaux préparatoires du Code civil en ce que la novation y est présentée tantôt comme la substitution d'une dette à une autre, tantôt comme la substitution d'un contrat à l'autre²⁵². Postérieurement, la proposition a eu un important écho à la faveur de la jurisprudence. La Cour de cassation a effectivement jugé que « si l'intention de nover n'est pas exprimée dans l'acte emportant novation, les juges peuvent la rechercher dans les faits de la cause [et] c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la Cour d'appel a vu la commune intention des parties de remplacer la première convention par la seconde [...] »²⁵³. La Haute juridiction a ensuite reconnu implicitement qu'il pouvait par exemple y avoir novation du bail par changement de preneur²⁵⁴, novation du contrat de travail²⁵⁵ ou encore du contrat de VRP²⁵⁶.

99. Notion. – La novation de contrat consiste ainsi pour les parties à éteindre leur contrat pour en établir un nouveau. Il s'agit de faire porter la novation, non sur un simple rapport d'obligation déterminé, mais sur un rapport contractuel complet. À cet effet, les parties consentent à modifier une obligation, cependant que celle-ci est essentielle et caractéristique. La notion d'obligation caractéristique, reflet de la cause catégorique, est distincte de la simple obligation essentielle sans laquelle le débiteur ne s'engagerait pas faute de cause. En guise d'exemple, l'obligation de paiement du prix peut être citée en ce qu'elle est essentielle mais non caractéristique du

²⁵⁰ Sur laquelle, v. J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, *op. cit.*, n^{os} 133-134.

²⁵¹ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, rééd., préf. J.-L. HALPÉRIN, coll. Bibliothèque Dalloz, Paris, Dalloz, 2011, n^o 595.

²⁵² F.-J.-J. BIGOT DE PRÉAMENEU, « Exposé des motifs », in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Paris, Videcoq, 1836, spéc. n^o 1273.

²⁵³ Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 1986, n^o 84-15.849, préc.

²⁵⁴ Cass. 3^e civ., 3 déc. 2015, n^o 14-24.471.

²⁵⁵ Cass. soc., 8 avr. 2009, n^o 08-41.046, *Bull. civ. V*, n^o 104. V. également Cass. soc., 3 mars 2010, n^{os} 08-41.600 et 08-44.120, *Bull. civ. V*, n^o 51.

²⁵⁶ Cass. soc., 7 juill. 1988, n^o 86-18.737, *Bull. civ. V*, n^o 435.

contrat. L'obligation essentielle, visée à l'article 1170, constitue le cœur du contrat, sa raison d'être. Monsieur le professeur Philippe DELEBECQUE soutient en effet qu'« il existe dans tout contrat un minimum d'obligations irréductibles, un “noyau dur” constitué par les obligations essentielles à l'être même de l'opération projetée [...] »²⁵⁷. Or, seule la modification des obligations caractéristiques entraîne un changement de cause voire d'objet et, à ce titre, de qualification du contrat. Il faut cependant reconnaître que, généralement, l'obligation caractéristique est également essentielle. L'institution permet ainsi aux parties, dans la continuité de leur relation, de « transformer certaines obligations en restant liées pour le reste par leur accord primitif, ce qui peut provoquer une requalification du contrat » selon l'analyse convaincante de Monsieur Didier CHOLET²⁵⁸. En somme, la novation de contrat procède d'une requalification du contrat impulsée par la modification de son obligation caractéristique.

100. Une novation restreinte aux obligations ? – L'institution se heurte à l'argument, soutenu par quelques-uns, selon lequel seules les obligations pourraient être novées²⁵⁹. Il est vrai que l'ordonnance du 10 février 2016 semble conforter cette analyse puisqu'elle organise le régime de l'institution novatoire au sein d'un chapitre, nouvellement créé, consacré aux « opérations sur obligations »²⁶⁰. C'est ainsi que la cession de contrat n'est pas régie par ce chapitre car elle n'est pas une simple opération sur obligation²⁶¹. Toutefois, une analyse constructive semble permettre de dépasser cet argument légistique. Il semble en effet qu'il n'existe pas d'impossibilité d'étendre l'application de la novation à « un faisceau d'obligations constitutif d'une relation contractuelle, en particulier dans un contrat synallagmatique »²⁶². La novation de contrat demeure ainsi, comme le Code civil pourrait l'exiger, un mode d'extinction et de création des obligations caractéristiques, dont la mise en œuvre peut déboucher sur un changement de la nature du rapport contractuel.

B. Les effets

101. Les changements. – La novation de contrat produit les effets de la novation par changement de l'obligation²⁶³. À ceux-ci, il faut ajouter les effets du changement provoqué par la nouvelle qualification. À compter de la réalisation de la novation, les droits et obligations des parties ne seront en effet plus régis par la qualification primitive mais par la nouvelle qualification. À titre illustratif, le locataire ne sera plus tenu en qualité de fermier mais de locataire d'un local à usage commercial. Il existe cependant quatre limites à ces effets, exposées avec clarté par Monsieur Didier CHOLET²⁶⁴. Premièrement, l'ordre public peut prohiber le changement de régime applicable entre les parties pour les protéger, raison pour laquelle la Cour de cassation a refusé la novation du contrat de travail en convention de collaboration

²⁵⁷ Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th., Aix-Marseille, 1981, n° 132.

²⁵⁸ D. CHOLET, « La novation de contrat », *RTD civ.*, 2006, art., pp. 467-492, spéc. n° 6.

²⁵⁹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 845.

²⁶⁰ Pour une critique de cette catégorisation, v. *infra*, n°s 133 et 146.

²⁶¹ O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 724.

²⁶² J.-L. AUBERT et Ch. GOLDIE-GÉNICON, *Rép. civ.*, préc., n° 69.

²⁶³ Sur lesquels, M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, *op. cit.*, n°s 386-387.

²⁶⁴ D. CHOLET, « La novation de contrat », préc., n° 38.

libérale²⁶⁵. Deuxièmement, temporellement, la nouvelle qualification ne produit ses effets que pour l'avenir à compter de la novation. Troisièmement, lorsque le nouveau contrat issu de la novation n'écarte pas le droit commun des obligations, le changement de régime n'est que relatif. Quatrièmement, la liberté contractuelle permet aux parties d'aménager le contenu de la nouvelle situation, entre autres en reportant les clauses de l'ancien contrat dans le nouveau.

102. La continuité. – Au-delà de ces changements, la novation de contrat se caractérise aussi par le maintien du lien de droit unissant les parties, lesquelles ne changent pas. Le maintien de ce lien de droit justifie que, temporellement, la durée des relations contractuelles soit calculée à compter de la date du contrat et non de la novation²⁶⁶, cette dernière n'introduisant aucune rupture au sein des relations des parties. En matière d'application de la loi dans le temps, la continuité justifie également que les conditions de validité et de forme du contrat initial soient appréciées au jour de sa conclusion, c'est-à-dire de la création du lien de droit, tandis que les conditions de la novation et du nouveau contrat doivent être appréciées au jour de la novation²⁶⁷. En outre, il se pourrait bien que cette continuité conduise à admettre que le cocontractant puisse invoquer les exceptions tirées de la validité du contrat initial lui-même, tranchant par là même avec le principe affiché de l'inopposabilité des exceptions. Enfin, la continuité de la novation de contrat se manifeste dans la reconduction de certaines clauses du contrat initial nonobstant la disparition de ce dernier : il s'agit des clauses dotées d'une autonomie, à l'instar de celles prévoyant des garanties autonomes²⁶⁸, ainsi que de celles reprises par les parties, sur le fondement de la liberté contractuelle. Plus largement, toutes les clauses devraient être maintenues sous deux conditions : d'une part, qu'elles soient compatibles avec le nouveau régime contractuel adopté et, d'autre part, qu'elles ne soient pas l'accessoire direct de l'obligation objet de la novation. De la sorte, l'affirmation selon laquelle la novation de contrat entraînerait une « restriction de la liberté contractuelle »²⁶⁹ est démentie : c'est l'intention de nover qui reflète la volonté des parties de conclure le nouveau contrat, de maintenir le lien de droit et de faire survivre certaines clauses. Les parties conservent la liberté de refuser cette continuité en ne consentant pas à l'opération novatoire.

§ 2. L'éventuelle requalification de la novation de contrat

103. La novation par changement de l'obligation. – Monsieur le professeur Jérôme FRANÇOIS se montre hostile à la novation de contrat au motif que, dans les arrêts précités, « la référence à la novation, parfaitement inutile, ne peut aboutir qu'à de regrettables confusions »²⁷⁰. La novation de contrat peut en effet être confondue, tout d'abord, avec la novation par changement de l'obligation dont elle se rapproche et se distingue tout à la fois²⁷¹. Elle s'en rapproche car la novation de contrat s'amorce par la modification d'une obligation.

²⁶⁵ Cass. ass. plén., 4 mars 1983, n^{os} 81-15.290 et 81-11.647, *Bull. civ. ass. plén.*, n^o 3.

²⁶⁶ Cass. soc., 10 déc. 1984, n^o 82-42.742, *Bull. civ. V*, n^o 475.

²⁶⁷ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (les conflits des lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, n^{os} 75-86.

²⁶⁸ Cass. 3^e civ., 4 juin 2003, n^o 99-17.185, *Bull. civ. III*, n^o 120.

²⁶⁹ A. VAN DE WYNCKELE BAZELA, *La notion de novation*, th. préc., n^{os} 394-402.

²⁷⁰ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, op. cit., n^o 129.

²⁷¹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n^o 845.

Elle s'en distingue dès lors que, pour qu'il y ait novation de contrat, le changement doit porter, non sur n'importe quelle obligation, mais sur une obligation dont le changement est susceptible de modifier la qualification du contrat. Le changement, comme l'intention de nover, doit en effet porter sur une obligation caractéristique permettant de qualifier le contrat²⁷². C'est la modification de cette obligation qui entraîne le changement de qualification du contrat et, ainsi, sa novation. Le domaine de la novation de contrat est ainsi bien plus restreint que celui de la novation par changement de l'obligation.

104. Le *mutuus dissensus* suivi d'un nouveau contrat. – La qualification de novation de contrat, en tant qu'instrument de transformation des relations contractuelles, serait erronée : il s'agirait en réalité d'un *mutuus dissensus* suivi d'un nouveau contrat²⁷³. D'une part, parce que l'ossature du premier contrat ne pourrait être conservée et, d'autre part, parce qu'il n'y aurait pas d'« absorption de la nouveauté dans le contrat ancien et qu'il n'y [aurait] pas de “changement dans la continuité” »²⁷⁴. Les effets des deux mécanismes sont pourtant bien distincts. La novation de contrat n'éteint en effet qu'une obligation et peut conduire à maintenir le rapport de droit fondamental entre les parties, tandis que ce dernier disparaît en cas de rupture d'un commun accord. Cette distinction se prolonge tant sur le terrain subjectif de l'intention des parties que sur le plan objectif des circonstances de conclusion du second contrat. La conclusion de cautionnements successifs concernant la même dette ne peut ainsi s'analyser en une novation de contrat dès lors que le nouveau rapport contractuel est de même nature que le précédent. En revanche, la transformation du cautionnement en une autre garantie, en ce qu'elle manifeste un changement de l'obligation et de la nature du contrat, peut s'analyser en une novation de contrat.

105. La substitution de contrat. – Il a enfin été affirmé qu'au-delà d'un certain « plafond de nouveauté » l'opération ne pourrait s'analyser qu'en une substitution de contrat²⁷⁵. En d'autres termes, il ne pourrait y avoir novation en présence de modifications trop importantes, de même qu'il n'y aurait novation en deçà d'un plancher, c'est-à-dire en cas de modifications minimales²⁷⁶. Le raisonnement, qui conduit à minimiser l'importance accordée à la volonté des parties, est audacieux pour au moins deux raisons. La première est que le Code civil ne contient ni expressément ni implicitement une telle limite. La seconde est que la jurisprudence reconnaît qu'il peut y avoir novation lorsque la modification apportée à l'obligation est mineure²⁷⁷. À ce titre, le changement de qualification du contrat n'est « pas directement lié à l'importance du changement affectant l'obligation »²⁷⁸. D'autres auteurs, pour tenter de requalifier la novation en une substitution de contrat, se sont fondés sur la discontinuité qui existerait entre les deux rapports contractuels. Or, cette approche n'est pas satisfaisante en raison de la distinction entre la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel²⁷⁹. Le changement de qualification,

²⁷² D. CHOLET, « La novation de contrat », préc., spéc. n° 22.

²⁷³ Sur la distinction entre novation et *mutuus dissensus*, v. *supra*, n°s 85-88.

²⁷⁴ A. SIRI, *Le mutuus dissensus : notion, domaine, régime*, th. préc., n° 140.

²⁷⁵ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, les obligations*, t. 2, *Le régime*, op. cit., n° 410.

²⁷⁶ H., J. et L. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, op. cit., n° 1214.

²⁷⁷ V. par exemple, Cass. req., 8 nov. 1875, *D.* 1876, I, p. 438.

²⁷⁸ D. CHOLET, « La novation de contrat », préc., spéc. n° 24.

²⁷⁹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, art., pp. 771-810.

inhérent à la novation de contrat, n'entraîne pas la rupture du lien contractuel, c'est-à-dire de la force obligatoire du contrat, puisque seul le contenu obligationnel du contrat est modifié et ce, sur un seul point, sur cette obligation précise. Ainsi, le nouveau contrat n'ayant vocation à régir qu'une partie de ces relations, les effets du contrat déterminés antérieurement continueront à s'appliquer. Les aménagements apportés aux règles du bail par les parties, dans la mesure où ils sont licites, demeureront. C'est la force de la relation contractuelle que de subsister malgré le changement de qualification du contrat²⁸⁰. La permanence de ce lien de droit permet ainsi de qualifier la novation de contrat. C'est donc que cette dernière est une institution dotée d'un régime propre qui assure la vitalité de l'institution novatoire, tout comme le consentement anticipé du débiteur.

Section II. La reconnaissance législative du consentement anticipé du débiteur

106. Annonce de plan. – La possibilité pour le débiteur de consentir à l'avance à la novation par changement de créancier est appréciable puisqu'elle rend plus aisée la réalisation de l'opération (§ 1). Le nouvel article 1333, qui porte cette nouveauté, n'est cependant pas exempt de tout reproche (§ 2).

§ 1. La pertinence de la nouveauté

107. Le consentement anticipé du débiteur. – Profondément inspirée de l'avant-projet rédigé sous la direction du professeur Pierre CATALA²⁸¹, l'ordonnance du 10 février 2016 ne se contente pas de laisser subsister la novation par changement de créancier ; elle tend à en favoriser l'usage en simplifiant sa formation. Ergo, elle complète l'article 1333, alinéa premier, lequel dispose désormais que « [le débiteur] peut, par avance, accepter que le nouveau créancier soit désigné par le premier ». Cette possibilité s'approche de celle autorisant le cédé, en cas de cession de contrat, et le créancier, en cas de cession de dette, à donner leur accord par avance selon les termes des articles 1216 et 1327-1 du Code civil. Dans cette hypothèse, la novation résulte d'un contrat conclu entre l'ancien et le nouveau créancier et auquel le débiteur n'est pas directement partie²⁸². Surtout, comme l'ont relevé deux auteurs, « [d]ans 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 »²⁸³.

§ 2. Les imprécisions du consentement anticipé

108. La portée du consentement anticipé du débiteur. – L'accord ainsi anticipé peut être exprimé dans le contrat générateur de dette envers le premier créancier, dont il constituera une simple cause. Ce consentement anticipé entre vraisemblablement dans le giron de la force

²⁸⁰ E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, var., pp. 455-474.

²⁸¹ H. SYNVEY, « Opérations sur créances (art. 1251 à 1282) », préc., spéc. p. 72.

²⁸² M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, op. cit., n° 396.

²⁸³ M. BOURASSIN et L. FROMENT, « Clair-obscur sur la novation et la délégation », *JCP N*, 2015, étud., 1214, pp. 60-65, spéc. n° 11.

obligatoire du contrat de l'article 1134 et ne peut dès lors être rétracté unilatéralement par le débiteur cédé. De plus, la clause ne se borne pas à donner au créancier un mandat de s'engager en son nom envers un tiers, elle n'est pas une simple « autorisation de transfert » ; elle fige le consentement du débiteur à la « naissance d'un nouveau lien de droit, venant éteindre le précédent »²⁸⁴. Ainsi limité à la seule désignation d'un nouveau créancier, le consentement anticipé ne permet pas au créancier de modifier les autres éléments de l'obligation tels que l'objet, le terme, etc.²⁸⁵ Du reste, la portée de ce consentement anticipé demeure imprécise, notamment s'agissant de la capacité du débiteur consentant. La novation étant un contrat aux termes de l'article 1329, il y a lieu de considérer qu'elle « ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter » selon l'article 1272 ancien. Ainsi, qu'advient-il du consentement anticipé exprimé par un débiteur capable au moment de l'acte mais incapable au jour de la novation ? Il conviendrait peut-être de raisonner par analogie avec la promesse unilatérale de contrat lors de laquelle l'incapacité du promettant n'empêche pas l'efficacité de la levée d'option par le bénéficiaire²⁸⁶.

109. Les dangers du consentement anticipé du débiteur. – La possibilité d'un consentement émis à l'avance rend la novation plus compétitive mais, semble-t-il, est dangereuse pour le débiteur dès lors que l'opération n'est pas obligatoirement portée à sa connaissance. À cet égard, il faut regretter que la protection instituée par l'article R. 212-2, 5°, du Code de la consommation n'ait pas été étendue à la novation, la lettre du texte ne visant que la « cession ». Cette disposition conduit à présumer abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de « [p]ermettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur ». En outre, il faut regretter, à la manière de Monsieur le professeur Maxime JULIENNE, que le parallèle avec la cession n'ait pas été prolongé puisque « si la novation résulte d'un accord passé entre l'ancien et le nouveau créancier hors la présence du débiteur, il aurait été logique d'exiger qu'une notification soit adressée à ce dernier, sous peine d'inopposabilité »²⁸⁷. Lorsque le cédé exprime son consentement par avance, l'article 1216, alinéa deux, subordonne en effet la prise d'effet de la cession de contrat à la notification dudit cédé, de même que l'article 1327-1 énonce que la cession de dette ne s'impose au créancier qu'à compter du moment où il en sera officiellement informé s'il y a consenti à l'avance et qu'il n'est pas intervenu ensuite à l'acte²⁸⁸. Dans le même sens, c'est la notification au débiteur qui a vocation à réaliser le changement de créancier dont la cession de créance est porteuse, conformément à l'article 1324. Si la protection n'émane pas de la loi, elle pourrait toutefois résulter de la convention elle-même. Il semble en effet possible de limiter conventionnellement la portée de ce consentement anticipé, soit dans le temps, soit quant aux personnes pouvant endosser la qualité de nouveau cessionnaire. Elles pourraient également prévoir que la novation devra s'opérer selon des formalités déterminées, par exemple en imposant que le débiteur soit

²⁸⁴ O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, p. 779.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ, 2020, n° 100.

²⁸⁷ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, *op. cit.*, n° 398.

²⁸⁸ V. *supra*, n° 44.

appelé à intervenir à l'acte. Il reste que cette nouveauté portée par l'article 1333 accroît l'attractivité de la novation.

110. Conclusion de chapitre. – Des développements précédents il résulte que l'institution de la novation jouit de transformations qui lui sont bénéfiques. C'est le cas de l'apparition, en doctrine et en jurisprudence, de la novation de contrat. C'est aussi le cas de la reconnaissance, par le législateur, de la possibilité pour le débiteur de consentir à l'avance à la novation par changement de créancier. Il reste, pour cette dernière, que des ambiguïtés devront être levées pour sécuriser la situation du débiteur et éviter, en cela, que cette transformation se transforme en déformation nuisible.

Chapitre II. Les déformations nuisibles

111. Le nuisible. – Dans la pièce *La Reine morte*, Ferrante, roi du Portugal, réplique qu'« on peut connaître qu'un acte est pis qu'inutile, nuisible ; et le faire quand même »²⁸⁹. Il est vrai que la jurisprudence et la doctrine se sont à plusieurs reprises servies de la novation pour expliquer des phénomènes auxquels elle ne correspondait pourtant pas et, ce faisant, lui ont nui en brouillant son régime. C'est ainsi que la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile a, dans un premier temps, été analysée comme une novation²⁹⁰, avant un revirement jurisprudentiel bien tardif²⁹¹. Dans le même sens, plus récemment, la novation a été déformée à deux reprises. La jurisprudence lui a porté un premier coup en reconnaissant qu'elle pût opérer sans intention de nover (section I). La doctrine lui a ensuite asséné un second coup en proposant de reconnaître qu'elle pût avoir lieu à raison d'un changement de cause (section II).

Section I. La consécration jurisprudentielle de la novation automatique

112. Annonce de plan. – La « novation automatique » est celle se produisant par le seul effet de l'importance du changement opéré entre les obligations successives, sans considération relative à l'intention des parties. Pourtant, le rejet du seuil maximal de modification (§ 1) doit conduire à admettre le seul critère de la volonté des parties (§ 2).

§ 1. Le rejet du critère objectif : le seuil maximal de modification

113. L'ampleur objective de la modification. – Comme cela a été brièvement énoncé²⁹², selon certains auteurs, Monsieur le professeur Alain GHOZI et Madame Anne-Sophie LUCAS-PUGET en tête²⁹³, le contrat ne pourrait supporter une transformation radicale. Ainsi, au-delà d'un certain seuil de modification, le lien de droit serait automatiquement détruit en vertu d'une

²⁸⁹ H. DE MONTHERLANT, *La Reine morte*, rééd., coll. Folio théâtre, Paris, Gallimard, 1947, II, I, 1, p. 83

²⁹⁰ Cass. 2^e civ., 24 juin 1971, n° 70-12.348, *Bull. civ.* II, n° 234.

²⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 1995, n° 93-20.300, *Bull. civ.* I, n° 352. *Adde*, pour une étude de la novation par changement d'une obligation naturelle, Chr. PACTET, « De la réalisation de la novation », *RTD civ.*, art., 1975, pp. 435-458, spéc. n°s 18-21.

²⁹² V. *supra*, n° 88.

²⁹³ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, th. préc., n° 111 ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, t. 441, préf. M. FABRE-MAGNAN, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2005, n°s 651-668.

novation, nonobstant l'intention des parties. À dire vrai, en ce sens, un ancien jugement avait en effet estimé que certaines modifications ont par nature un effet novatoire que les parties ne sauraient écarter²⁹⁴. Cette opinion rejoint assurément le courant de pensée selon lequel seules les modifications excédant un seuil minimal peuvent emporter novation, ce qui exclut les changements ou incidents affectant l'obligation initiale dans ses modalités d'exécution ou encore ses accessoires²⁹⁵.

114. L'incompatibilité des obligations successives. – Dans le même thème, plus tardivement, la jurisprudence n'a pas manqué de dégager le principe selon lequel l'intention de nover peut résulter d'une incompatibilité de la seconde obligation avec la première²⁹⁶. C'est dire que l'impossible coexistence des deux obligations témoigne du dépassement du seuil maximal de modification et, à ce titre, caractérise l'intention de nover. Dans cette hypothèse, selon certains auteurs, il existerait une « présomption de volonté »²⁹⁷, circonscrite selon d'autres à la seule novation entre les mêmes parties²⁹⁸ : une simple « fiction de volonté » suffirait. Effectivement, il est probable, en présence de deux engagements inconciliables, que les parties aient entendu éteindre le premier pour le remplacer par le second. À suivre cette théorie et à titre illustratif, en présence de deux contrats de vente successifs conclus entre les mêmes parties, dont l'objet serait identique mais pour des prix différents, le second emporterait nécessairement renonciation au premier, c'est-à-dire novation²⁹⁹. Pourtant, la seule incompatibilité des obligations ne saurait suffire à établir l'intention de nover. Sa seule conséquence est l'impossibilité d'obtenir l'exécution simultanée des deux obligations et, du reste, elle pourrait tout aussi bien caractériser l'existence d'une résiliation amiable suivie de la conclusion d'un nouveau contrat³⁰⁰.

115. La liberté contractuelle. – Si le critère objectif doit être écarté, c'est aussi parce qu'il s'oppose au principe de la liberté contractuelle. Cette dernière impose de laisser la novation à la disposition des conventions particulières et ne doit céder que devant le respect dû aux prescriptions d'ordre public. Avec d'autres mots, ceux du professeur François LAURENT, quelque considérable que soit le changement, « si les parties disent que la première dette sera éteinte et remplacée par la dette modifiée, il y aura novation. C'est une question d'intérêt privé ; or, le législateur permet aux parties de régler leurs intérêts comme elles veulent »³⁰¹. La liberté contractuelle s'exprime d'ailleurs clairement dans l'article 1330. Si ce texte exige que l'intention de nover résulte clairement de l'acte, c'est précisément parce que les parties sont autorisées à s'éloigner du *plerumque fit*, c'est-à-dire de faire usage de la liberté qui leur est

²⁹⁴ Tb. civ. Nantes, 20 avr. 1848, *DP* 1849, V, p. 162.

²⁹⁵ Chr. PACTET, « De la réalisation de la novation », préc., spéc. nos 33-34. V., pour une critique de ce plancher, *infra*, nos 148-150.

²⁹⁶ Cass. req., 8 nov. 1875, préc. *Adde* Cass. 3^e civ., 18 juin 1970, n° 69-10.247, *Bull. civ.* III, n° 382 ; Cass. 3^e civ., 12 juill. 1995, n° 92-19.749, *Bull. civ.* III, n° 186.

²⁹⁷ S. PELLET, *L'avenant au contrat*, t. 24, coll. Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, Paris, IRJS, 2010, n° 72. L'auteur démontre néanmoins que cette présomption est infondée.

²⁹⁸ Ph. SIMLER, *JCl. Civil Code*, art. 1329 à 1335, fasc. 10, nos 80-81.

²⁹⁹ CA Paris, 11 mars 1957, *JCP G*, 1957, jur., 9920.

³⁰⁰ J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, *op. cit.*, n° 132.

³⁰¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 18, *op. cit.*, n° 265.

reconnue en concluant la convention qu'elles souhaitent, nonobstant tout plafond (ou plancher) de modification³⁰².

116. L'impossible systématisation. – Enfin, par application du critère tiré du seuil maximal de modification, la novation découlerait « de la force même des principes »³⁰³. En d'autres termes, c'est parce qu'il est objectif que ledit critère devrait être retenu. À première vue, il semble effectivement plus aisé de vérifier si l'obligation a été modifiée substantiellement que de scruter l'intention subjective des parties. Pour autant, cette vérification, pour être objective, suppose de systématiser les hypothèses de modifications substantielles, c'est-à-dire celles susceptibles de dépasser le seuil maximal, afin de dégager un terme comparatif. Or, une telle systématisation est délicate. D'un côté, parce que l'étude du contrat ne doit pas masquer que la pratique donne à voir des « contrats singuliers »³⁰⁴, de sorte qu'une transformation portant sur un même élément n'a pas forcément les mêmes effets au sein de toutes les conventions³⁰⁵. Comme le rappelle Monsieur le professeur Rémy CABRILLAC, les animateurs du monde des affaires, « exploitant le principe de la liberté contractuelle et en démontrant par là la vigueur, ne se lassent pas de forger des conventions inédites »³⁰⁶. À titre illustratif, il est souvent soutenu que la modification du terme, modalité de l'obligation, n'emporte jamais novation, faute de modification substantielle³⁰⁷. Cependant, il est des obligations qui ne se conçoivent qu'à terme puisque leur exécution suppose l'écoulement d'une certaine durée : c'est le cas du contrat de prêt dont l'économie générale serait bouleversée par la modification du terme, qui ne peut être légitimement relégué au rang de simple accessoire. De l'autre côté, la systématisation est délicate parce que les modifications substantielles sont celles que les parties ont entendu rendre substantielles, ce qui suppose d'analyser leur volonté. En cela, l'appréciation du critère objectif serait curieusement subordonnée à la recherche d'un élément subjectif.

§ 2. L'admission du critère subjectif : la prééminence de la volonté des parties

117. Annonce de plan. – L'argument tiré du seuil maximal de modification ayant été écarté, seul le critère subjectif reposant sur la volonté des parties doit être retenu. Précisément, seule l'intention univoque des parties (A) permet de qualifier la novation, ce qu'il appartient au juge de vérifier (B).

A. L'intention commune univoque des parties

118. La permanence de l'*animus novandi*. – L'intention de nover est nécessaire à la caractérisation de l'opération novatoire, ce que plusieurs arrêts, dont l'un extrêmement récent,

³⁰² S. PELLET, *L'avenant au contrat*, th. préc., n° 61.

³⁰³ Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 28, Paris, A. Marescq, 1872, n° 284.

³⁰⁴ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965, n° 86.

³⁰⁵ S. PELLET, *L'avenant au contrat*, th. préc., n° 63.

³⁰⁶ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. G. Marty*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 234-254, spéc. n° 2.

³⁰⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 445.

ont réaffirmé³⁰⁸. Une telle affirmation est assurément conforme à la tradition historique de l'institution dès lors qu'en 530, Justinien fit de l'intention de nover l'élément principal de l'opération, exigeant cependant qu'elle soit expresse³⁰⁹. Depuis la réforme byzantine en effet, il suffisait, « pour qu'il y ait novation, d'une modification quelconque [...] à la situation antérieure des parties »³¹⁰. Très logiquement, l'ancien droit s'inscrit dans le prolongement de ce courant, les juristes DOMAT et POTHIER n'exigeant aucun plancher ou plafond de modification et précisant seulement qu'à défaut d'*animus novandi* clairement exprimée, les modifications les plus minimes n'emportent pas novation faute de certitude sur l'intention des parties³¹¹. La solution tranche largement avec le droit intermédiaire, lequel exigeait l'intention de nover et imposait aux juristes de la déduire des circonstances, notamment au regard de l'importance de l'élément nouveau³¹². Finalement, les rédacteurs du Code civil sont revenus au simple critère de l'intention de nover, BIGOT DE PRÉAMENEU déclarant ainsi que la novation suppose que « l'intention ne puisse être révoquée en doute »³¹³. Ainsi, aujourd'hui sous l'article 1329 comme hier sous l'empire de l'article 1273, le Code civil dispose que « [l]a novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte ».

119. L'univocité de la volonté des parties. – La formule de l'article 1329 ne signifie pas que l'intention de nover doive être expresse et formulée dans des termes sacramentels et, qu'inversement, la seule mention expresse du terme novation suffise à caractériser l'opération³¹⁴. Elle signifie en réalité qu'il faut s'assurer que la convention reflète bien la volonté commune des parties d'opérer de manière simultanée et indissociable l'extinction d'une obligation préexistante et la création d'une obligation nouvelle. Cette volonté assure l'unité de la novation, puisqu'elle est à l'origine du lien entre les deux obligations, ainsi que sa spécificité, puisqu'elle conduit à la distinguer des autres opérations³¹⁵. À défaut d'univocité, il faudrait « donner au contrat le sens que des personnes raisonnables de même qualité que les parties lui donneraient dans les mêmes circonstances »³¹⁶. En d'autres termes, le doute sur l'interprétation de la convention doit conduire à retenir la qualification de convention modificative³¹⁷. Il faut ainsi regretter que l'article 1266, 3°, de l'avant-projet rédigé sous la direction du professeur Pierre CATALA, selon lequel « il y a novation quelle que soit la différence instituée entre

³⁰⁸ Cass. 3^e civ., 17 juin 1971, n° 70-10.954, *Bull. civ.* III, n° 388 ; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2015, n° 13-28.776, *Bull. civ.* I, n° 64 ; Cass. 3^e civ., 12 janv. 2022, n° 20-13.370.

³⁰⁹ V. *supra*, n°s 5-10.

³¹⁰ P. NÈGRE, *Des conditions d'existence et de validité de la novation en droit romain*, Imprimerie universitaire de Provence, 1925, p. 98.

³¹¹ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, *op. cit.*, p. 290 ; R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 595.

³¹² P. NÈGRE, *Des conditions d'existence et de validité de la novation en droit romain*, th. préc., pp. 87-100.

³¹³ F.-J.-J. BIGOT DE PRÉAMENEU, « Exposé des motifs », préc., spéc. p. 276.

³¹⁴ V. entre autres Ch. AUBRY et Ch. RAU, par É. BARTIN, *Cours de droit civil français*, t. 4, 6^e éd., Paris, éditions Techniques, 1942, p. 326 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 3, *Des obligations*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1908, n° 1731-II ; Ch. BEUDANT, par R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, G. LAGARDE et R. PERROT, *Cours de droit civil français*, t. 9, *Les contrats et les obligations*, 2^e éd., Paris, Rousseau et Cie, 1953, n° 999.

³¹⁵ Chr. PACTET, « De la réalisation de la novation », préc., spéc. n° 24.

³¹⁶ J. HERBOTS, « La lettre et l'esprit du contrat dans une perspective de droit comparé : ne point prouver contre ou outre l'écrit », in *Mél. M. Fontaine*, Paris, Larcier, 2003, pp. 379-423, spéc. p. 379.

³¹⁷ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, *Effets des obligations*, Paris, Rousseau et Cie, 1931, n° 53bis.

l'ancienne et la nouvelle obligation »³¹⁸, n'ait pas été consacré. Cette proposition avait pour mérite de mettre en évidence le seul critère subjectif, celui de la volonté des parties.

B. Le rôle du juge dans l'interprétation de l'*animus novandi*

120. L'appréciation souveraine des juges du fond. – La détection de l'intention des parties « constitue la tâche la plus importante et la plus délicate du juge dans le contentieux de la novation »³¹⁹. À défaut de volonté formellement exprimée en effet, c'est dans les circonstances entourant l'opération réalisée que les juridictions devront vérifier les éléments de validité de la novation. Cette appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond puisqu'elle est unanimement considérée comme une question de fait³²⁰, bien que la Cour de cassation ait relevé que « [...] 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 [...] »³²¹. C'est qu'en effet, la juridiction du quai de l'Horloge entend se réserver le droit de vérifier si les juges du fond ont non seulement suffisamment motivé leur décision, mais aussi s'il y a réellement eu une telle intention³²², ce qui a conduit certains auteurs à se demander ce qu'il reste du pouvoir souverain des juges du fond³²³. Ainsi, la Haute juridiction a-t-elle par exemple censuré l'arrêt ayant admis la novation, « sans préciser les éléments d'où résultait de façon certaine et non équivoque la volonté de nover », lors de la succession d'un « bon de visite » avec clause d'exclusivité sans indication de durée à un mandat d'acquérir valable jusqu'à une date déterminée³²⁴.

121. Les lignes directrices. – Les circonstances de fait entourant l'opération novatoire peuvent être infinies. Néanmoins, il semble que la Haute juridiction ait dégagé plusieurs lignes directrices à destination des juges du fond parfaitement mises en évidence par Madame le professeur Sophie PELLET³²⁵. D'une part, en présence de modifications mineures, l'intention de nover doit résulter clairement de l'acte au sens de l'article 1329, entendu comme *instrumentum*³²⁶. Il s'agit en effet de ne pas surprendre le créancier que la novation prive du bénéfice de sa créance antérieure et de ses accessoires. D'autre part, en présence de modifications importantes³²⁷, entendues comme celles modifiant l'opération économique initialement poursuivie par les parties, l'intention de nover doit résulter clairement de l'acte entendu comme *negotium*³²⁸. Il ressort des développements précédents que nécessaire, l'*animus novandi* est également suffisante, faisant donc obstacle à l'admission de la novation

³¹⁸ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 135.

³¹⁹ Ph. SIMLER, *JCl. Civil Code*, art. 1329 à 1335, fasc. 10, préc., n° 78.

³²⁰ Ch. AUBRY et Ch. RAU, par BARTIN, *Droit civil français*, t. 4, op. cit., p. 333 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, op. cit., n° 1265.

³²¹ Cass., 19 août 1844, S. 1845, I, p. 38.

³²² V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1961, *Bull. civ. I*, n° 291.

³²³ Ph. SIMLER, *JCl. Civil Code*, art. 1329 à 1335, fasc. 10, préc., n° 99.

³²⁴ Cass. 2^e civ., 5 févr. 1975, n° 73-11.746, *Bull. civ. II*, n° 35.

³²⁵ S. PELLET, *L'avenant au contrat*, th. préc., n° 68.

³²⁶ Cass. com., 12 mai 1992, n° 90-13.034, *Bull. civ. IV*, n° 184, à propos du montant de la dette cautionnée.

³²⁷ Celles-ci diffèrent des « modifications substantielles » précédemment étudiées et qui, à elles seules, ne permettent pas d'outrepasser le critère de l'intention des parties. V., sur ce point, *supra*, n°s 113-116.

³²⁸ V. par ex. Cass. com., 19 mars 1979, n° 77-12.889, *Bull. civ. IV*, n° 105, à propos d'un changement de débiteur.

automatique. En ce qu'elle porte atteinte au régime de l'institution, cette dernière est aussi nuisible que la novation par changement de cause.

Section II. La réflexion doctrinale sur la novation par changement de cause

122. Annonce de plan. – La novation par changement de cause est classiquement définie par la doctrine comme celle s'opérant « lorsque le même débiteur s'engage envers le même créancier pour le même objet, mais à un titre différent »³²⁹. Cette définition fait apparaître l'impossibilité tant théorique (§ 1) que pratique (§ 2) de la novation par changement de cause.

§ 1. L'impossibilité théorique

123. L'impossibilité textuelle. – La novation par changement de cause n'étant pas prévue par le Code civil, sa reconnaissance semble se heurter à une impossibilité textuelle. Il s'agit sans doute de la critique la moins probante. Elle consiste à relever que le Code civil, en son article 1329, alinéa second, n'envisage que trois hypothèses de novation : par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur et par changement de créancier. Or, sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2016, l'article 1271, alinéa premier, énonçait explicitement que la novation s'opère de « trois manières ». Cette disposition, libellée sous forme de liste comprenant des hypothèses numérotées, semble propre aux textes d'énumération limitative, à l'instar de l'article 2121 du Code civil relatif aux hypothèques légales. Il semblait ainsi difficile d'admettre qu'un quatrième cas se greffe aux trois prévus. Si cette précision chiffrée explicite a disparu du nouvel article 1329, ce dernier semble conserver la structure implicite de son prédécesseur puisqu'il procède par voie d'énumération. Les commentateurs de la réforme exposent ainsi unanimement que la novation est triple³³⁰. Cette impossibilité textuelle aurait aussi pu concerner la disparition de la cause, autrefois visée par l'article 1108, si elle n'avait pas été simplement masquée derrière le contenu du contrat que mentionne désormais l'article 1128³³¹.

124. L'impossibilité conceptuelle. – Tout, ou presque, a été dit sur la cause. Celle-ci, dans l'institution étudiée, désigne non pas le but de l'obligation, c'est-à-dire sa cause finale, mais sa source, c'est-à-dire sa cause efficiente³³². La cause efficiente est, précisément, « tout événement à la survenance duquel l'effet contractuel envisagé est impérativement et spécialement subordonné »³³³. Il en ressort qu'en cas de novation par changement de cause, c'est le fait générateur que les parties souhaitent nover. Or, puisque celui-ci réside dans la volonté même

³²⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 348.

³³⁰ O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 772 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 896 ; Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2018, p. 322.

³³¹ Th. GÉNICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.*, chron., 2015, pp. 1551-1557. *Adde*, G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.*, chron., 2015, pp. 1557-1568.

³³² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, n°s 348 et 351.

³³³ Ph. REIGNÉ, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, th., Paris 2, 1993, n° 8.

des parties, c'est en réalité leur propre volonté qui subit une novation. Partant, cette hypothèse de novation se heurte à trois difficultés conceptuelles. Premièrement, une telle modification de la volonté des parties en cours d'exécution du contrat correspond à la révision de celui-ci, à une résiliation amiable suivie de la conclusion d'un nouveau contrat ou à une novation de contrat. Deuxièmement, le remplacement d'un fait générateur par un autre a nécessairement pour but de remplacer un contrat par un autre dès lors que ce fait, par définition, génère le contrat. Troisièmement, Monsieur le professeur Philippe REIGNÉ a parfaitement exposé que le changement de cause efficiente implique nécessairement le changement de la cause finale, c'est-à-dire du but de l'obligation³³⁴. Il a aussi été démontré que ce but varie « suivant la nature de l'obligation et notamment du contrat qui donne naissance à cette obligation »³³⁵. À ce titre, un changement de cause finale insufflé un changement du contrat, entre autres par l'effet d'une novation de contrat. Il en résulte que le changement de cause entraîne la novation, non seulement de cette cause, mais aussi du contrat et ce, sur le fondement de l'immutabilité de la cause. Conceptuellement, la novation par changement de cause n'est donc rien d'autre qu'une novation de contrat³³⁶.

§ 2. L'impossibilité pratique

125. L'absence de nouveauté dans l'obligation novée. – Il a été dit que la cause visée dans l'institution étudiée est la cause efficiente. Ainsi, en vertu de la novation par changement de cause, les parties ne feraient que s'accorder à considérer que l'obligation les liant a désormais une source nouvelle et ce, en raison de l'interversion du titre qui la fonde. Or, si la thèse précédemment exposée, selon laquelle le changement de cause efficiente implique nécessairement celui de la cause finale, était à présent écartée, l'obligation novée demeurerait inchangée dans ses éléments constitutifs, c'est-à-dire en son objet et sa cause finale. Comment, alors, pourrait-elle être réputée issue d'une source nouvelle ? Il s'agit sans doute de la même obligation qui perdure³³⁷. L'exemple des parties à une vente (ou un bail) qui conviennent que l'acquéreur (ou le locataire) conservera à titre de prêt les sommes qu'il devait au titre d'acquisition (ou de loyer) est souvent cité en doctrine³³⁸. Pourtant, ce prétendu prêt, réalisé en dehors de toute remise de fonds au profit du débiteur, est en l'occurrence factice. L'opération décrite se ramène en réalité à l'octroi d'un simple délai de paiement au débiteur dont il serait étonnant qu'il conduise à changer la cause de l'obligation. De même, si les parties à un contrat de prêt décident que l'emprunteur conservera la chose à titre de donation, il y a sans nul doute changement de la cause, mais la novation n'est pas caractérisée puisque l'obligation de restituer disparaît sans qu'aucune autre ne prenne sa place : l'opération s'analyse en une substitution de contrat, la novation ne pouvant exister sans son effet créateur. Cette absence de nouveauté de la seconde obligation a d'ailleurs fait l'objet d'un contentieux important. Ainsi, a jugé la Cour de cassation, l'obligation du salarié n'est pas novée en obligation de location d'ouvrage lorsque

³³⁴ *Ibid.*, n° 253.

³³⁵ H. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923, n° 1.

³³⁶ Sur laquelle, v. *supra*, n°s 93-105.

³³⁷ En ce sens, J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général, op. cit.*, n° 133.

³³⁸ V. entre autres G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, les obligations*, t. 2, *Le régime, op. cit.*, n° 416. V. aussi E. TIMBAL, *De la cause dans les contrats et obligations en droit romain et en droit français : étude critique*, Toulouse, 1882, p. 375.

le lien de dépendance subsiste et les facilités d'horaires consenties à l'intéressé ne constituent alors qu'une modification de son obligation³³⁹.

126. La preuve de l'intention de novover. – La seconde impossibilité pratique à laquelle se heurte la novation par changement de cause a trait à la preuve de l'*animus novandi*. Dans la plupart des situations en effet, une telle preuve sera difficile à rapporter dès lors que la substitution de cause implique, pour les parties, de se détacher du support initial de leur engagement. Un exemple tiré de la jurisprudence, relatif à la novation d'un contrat de travail en bail, illustre parfaitement cette difficulté³⁴⁰. En l'espèce, un salarié, bénéficiaire d'un logement de fonction, s'est maintenu dans les lieux après avoir démissionné. Il invoquait la novation par changement de cause qui serait intervenue avec la société propriétaire par laquelle l'accessoire du contrat de travail se serait nové en bail. À titre de preuve, il faisait valoir des quittances de loyer fournies par ladite société. La Cour de cassation le déboutait en jugeant que la novation « ne peut résulter d'actes non équivoques ». C'est qu'en effet, la démission a entraîné l'extinction de l'obligation principale et, l'accessoire suivant le principal, du contrat de location. Or, la novation doit s'opérer sur une obligation valable, ce qui n'est pas le cas d'une obligation éteinte³⁴¹. Il restait ainsi à l'employeur et à l'ancien employeur de conclure un nouveau contrat, distinct de celui résilié.

127. Conclusion de chapitre. – Les déformations de la novation obscurcissent son régime et son originalité. Par suite, il faut regretter l'apparition de la novation automatique et de la novation par changement de cause, la première se heurtant au critère primordial de l'intention des parties et la seconde, qui n'est pas une « quasi-novation »³⁴², à des difficultés théoriques et pratiques.

128. Conclusion de titre. – À l'issue de ce titre, il a été exposé que la loi, la jurisprudence et la doctrine font évoluer la novation. Certaines évolutions permettent à l'institution de répondre aux besoins des contractants et, en cela, tendent à gommer le « très embarrassant contraste entre le Code civil et le droit positif des contrats »³⁴³. D'autres lui sont néfastes dès lors qu'elles brouillent son régime juridique et sa particularité. C'est qu'en effet, l'usage des mots appelle à la prudence. Leur choix est loin d'être anodin car c'est par ces mots que le juriste « dessine les lignes sur le sol »³⁴⁴. Du reste, au-delà de ces évolutions d'ores et déjà constatées, d'autres sont également en perspective.

Titre II. Les perspectives de l'institution

129. Annonce de plan. – La vitalité de la novation est assujettie aux évolutions à venir de son régime. Celles-ci devront permettre à l'institution de répondre aux besoins des cocontractants.

³³⁹ Cass. ass. plén., 4 mars 1983, préc.

³⁴⁰ Cass. soc., 19 juill. 1960, n° 59-20.285, *Bull. civ.* IV, n° 796.

³⁴¹ F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil, les obligations*, *op. cit.*, n° 1723.

³⁴² G. RIPERT, par R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 13^e éd., Paris, LGDJ, 1992, n° 2331.

³⁴³ D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, *chron.*, 2014, pp. 291-298, spéc. n° 2.

³⁴⁴ A. SUPIOT, *Critique du droit et du travail*, coll. Les voies du droit, Paris, PUF, 1994, p. 269.

À ce titre, à chaque poussée venue d'un point quelconque de l'horizon juridique, français (chapitre I) ou étranger (chapitre II), la permanence de la novation se précise.

Chapitre I. La mise en exergue de la singularité de la novation en droit français

130. L'ici. – « Quand on veut étudier les hommes il faut regarder près de soi » remarquait Jean-Jacques ROUSSEAU³⁴⁵. Dans la mesure où le droit organise les relations entre les hommes au sein de la cité³⁴⁶, il convient de l'observer. Appliquée à la novation, une telle démarche conduit à révéler, en droit français, le plus proche, le dualisme original de l'institution (section I) et la nécessité de la perfectionner (section II).

Section I. La dualité de l'institution : l'extinction et la création corrélatives d'obligations

131. Annonce de plan. – La qualification « ramène à un fondamental acte d'évaluation, c'est-à-dire consiste à *donner le nom* non pas qui “revient” à la chose, mais que “mérite” la chose » a relevé un auteur³⁴⁷. De là, il faut remarquer que les qualifications jusqu'à présent octroyées à la novation sont réductrices (§ 1) et que cette dernière mérite sa propre étiquette (§ 2).

§ 1. Les qualifications réductrices

132. Le droit antérieur : la dissimulation d'une moitié de l'institution. – Sous l'empire du code de 1804, la novation était traitée dans un chapitre consacré aux modes d'extinction des obligations. L'autre moitié du mécanisme, la création corrélative d'une obligation nouvelle, se trouvait par là même occultée³⁴⁸. Cette amputation se prolonge d'ailleurs en doctrine puisque de nombreux auteurs, dans leurs écrits, n'abordent la novation qu'au sein d'une subdivision consacrée aux modes d'extinction des obligations³⁴⁹.

133. Le droit nouveau : une « opération sur obligations ». – La novation, avec la délégation, s'est trouvée promue par l'ordonnance du 10 février 2016 au rang d'opération sur obligations, rejoignant ainsi la cession de dette et la cession de créance. Pourtant, ce déplacement ne rend pas davantage compte de la nature juridique de l'institution. Il pourrait conduire à considérer, à tort, que cette figure, dont l'effet translatif indirect a toujours été exploité, a désormais pour objet immédiat et exclusif la circulation des droits personnels. C'est qu'en effet, le nouveau chapitre regroupe des techniques translatives et d'autres, à l'instar de la novation, qui ne le sont

³⁴⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Essai sur l'origine des langues*, rééd., coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1995, chap. 8, p. 394.

³⁴⁶ *Id.*, *Essai sur l'origine des langues*, rééd., coll. Écrivains illustres, Paris, H. Béziat, 1937, I, chap. 6, pp. 23-26.

³⁴⁷ O. CAYLA, « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n° 18, pp. 3-18, spéc. p. 9.

³⁴⁸ M. BOURASSIN et L. FROMENT, « Clair-obscur sur la novation et la délégation », préc., spéc. n° 8.

³⁴⁹ V. par ex. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, par H. ROLAND, *Droit civil des obligations*, t. 3, *Régime général*, op. cit., p. 79 ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 977 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, op. cit., p. 1364 ; F. TERRÉ et al., *Droit civil, les obligations*, op. cit., p. 2034 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations*, op. cit., p. 698 ; H., J. et L. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, op. cit., p. 1352.

pas, conduisant à une simple « unité de façade »³⁵⁰. Ce déplacement au sein d'un chapitre portant sur la « modification du rapport d'obligation » est également approximatif dès lors qu'il a été démontré que la substitution que réalise la novation est plus profonde qu'une simple modification de l'obligation, qui ne fait pas disparaître, en principe, ce qui change³⁵¹. La réforme, en conservant l'axiome de la dualité entre les modes directs et indirects de transmission des obligations, n'a donc pas repensé la matière avec suffisamment d'audace. Considérant, pour des raisons obscures, que le centre de gravité de la novation s'était déplacé de l'extinction vers la création des obligations, le législateur s'est résolu à présenter la novation comme une véritable alternative à la cession de créance et à la cession de dette. Partant, il l'a transplantée dans un chapitre relatif aux opérations sur les obligations, poursuivant en cela le mouvement déjà initié de « translatisation » conduisant à transformer « les opérations créatrices en opérations translatives »³⁵². Ni opération translative ni opération extinctive ou créatrice, l'institution semble ainsi appartenir à son propre genre.

§ 2. Une institution *sui generis* ?

134. Entre hiérarchie et subordination. – Si la novation fait naître un rapport de droit nouveau, c'est pour en représenter un précédent. L'apparition du nouveau rapport d'obligation emporte, à elle seule, l'extinction de l'ancien : la cause du premier est l'extinction du second³⁵³. La nouvelle obligation devrait ainsi dominer l'ancienne, dont elle prend la place. Pourtant, la novation entre les mêmes parties et celle par contrat de libération n'impliquent nullement de hiérarchie entre les obligations dès lors que chacune est subordonnée à l'autre et ne saurait exister sans elle. À l'opposé, la délégation novatoire est hiérarchisée. Conformément à l'article 1137, aliéna premier, du Code civil, la délégation novatoire emporte libération du délégant, dont la dette subit ainsi une transformation radicale : elle disparaît pour laisser place au rapport du délégué. L'alinéa deux du texte énonce que 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 ». L'emploi du terme « demeure » suggère que le délégataire pourrait se prévaloir de sa créance initiale de telle sorte que le délégant deviendrait subsidiaire par rapport à l'engagement nouveau du délégué : le délégant ne pourrait être poursuivi qu'en cas d'insolvabilité avérée du délégué³⁵⁴. Il y aurait ainsi une hiérarchie entre les deux obligations dans la seule délégation novatoire³⁵⁵.

135. Entre continuité et rupture. – L'originalité de la novation résulte aussi de la conjugaison entre la continuité et la rupture qu'elle implique. Elle produit d'une part un effet de rupture entre les deux obligations se traduisant par l'inopposabilité de principe des exceptions³⁵⁶ et l'extinction des sûretés sauf à prévoir leur maintien par voie conventionnelle³⁵⁷. Ces deux effets

³⁵⁰ M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », préc., spéc. n° 2.

³⁵¹ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, th. préc., nos 37-81.

³⁵² L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, th. préc., n° 81.

³⁵³ L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th. préc., n° 119.

³⁵⁴ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, op. cit., n° 435.

³⁵⁵ J. FRANÇOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui et délégation de créance)*, th. préc., n° 189.

³⁵⁶ V. *supra* et *infra*, nos 30, 53 143-145.

³⁵⁷ V. *supra* et *infra*, nos 28-29, 51 et 140-142.

résultent de la création d'une nouvelle obligation. Elle permet d'autre part, ni la coexistence des obligations ni leur succession, mais l'établissement d'un lien de causalité entre elles³⁵⁸. La novation ne peut effectivement opérer que s'il y a substitution d'une obligation nouvelle à une autre qui est éteinte, la création de l'une étant tributaire de l'extinction de l'autre, et, réciproquement, l'extinction de l'obligation préexistante n'ayant lieu que si une obligation nouvelle valable lui est substituée³⁵⁹.

136. La transsubstantiation des obligations ? – En considération de ce qui précède, la novation, érigée dans une catégorie qui ne lui correspond pas, doit être déplacée. Elle pourrait être intégrée dans une subdivision dédiée à la « transsubstantiation des obligations » qu'elle occuperait solitairement et exclusivement. Le terme, issu du latin scolastique, désigne le « [c]hangement d'une substance en une autre »³⁶⁰. Appliqué à la novation, il rendrait compte simultanément des effets extinctif et créateur de l'opération ainsi que de leur interdépendance, car la conversion au cœur de la transsubstantiation suppose de transformer une substance en une autre : elle procède du composé des deux substances³⁶¹. C'est dire que la transsubstantiation, au même titre que la novation, fait naître et disparaître. Le terme reflèterait également la continuité entre les obligations novées dès lors, selon Aristote, que la substance seconde (*deutera ousia*, en grec) émerge de la substance première (*prôté ousia*)³⁶². Ainsi, en l'absence de substance seconde, il n'y a pas transsubstantiation, comme il n'y a pas novation sans obligation nouvelle valable. Enfin, la transsubstantiation illustrerait la nécessaire différence des deux obligations au cœur de la novation puisque l'essence de la substance seconde peut différer de la substance première. Cette altérité s'exprime en effet parfaitement lors du changement miraculeux de la substance du pain et du vin en la substance du corps et du sang de Jésus-Christ dans l'eucharistie³⁶³, les deux substances étant donc différentes. Ce déplacement textuel s'inscrirait au surplus parfaitement dans le cadre d'une réforme d'ampleur de la novation.

Section II. La nécessité d'une réforme d'ampleur

137. Annonce de plan. – Pour l'essentiel, la réforme de 2016 s'est bornée à maintenir les dispositions du Code civil et de la jurisprudence sans trancher les questions qu'elles soulevaient jusqu'alors. Or, ces insuffisances (§ 1) pourraient décourager les parties à recourir à la novation en raison de l'insécurité dont elle peut être porteuse (§ 2).

³⁵⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 351.

³⁵⁹ En ce sens Ph. SIMLER, *JCl. Civil Code*, art. 1329 à 1335, fasc. 10, préc., n° 3.

³⁶⁰ C. BLUM (dir.), *Le Littré*, vol. 19, *op. cit.*, p. 719, v° Transsubstantiation.

³⁶¹ Aristote, *De l'âme*, rééd., texte établi par A. JANNONE, trad. E. BARBOTIN, coll. Universités de France, Paris, Les Belles Lettres, 1996, II, 1, p. 29.

³⁶² Aristote, *La Métaphysique*, t. 2, rééd., trad. J. BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE, Paris, Germer-Baillière et Cie, 1879, Γ, 2, § 9.

³⁶³ J. GROSJEAN et M. LÉTURMY, *La Bible*, rééd., trad. J. GROSJEAN et M. LÉTURMY, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1971, Mc 14, 22 et 24, p. 154.

§ 1. Les insuffisances de la réforme de 2016

138. Annonce de plan. – La réforme est décevante à deux égards. Intrinsèquement, le régime de la novation n'a pas été modernisé avec assez d'audace (A). Extrinsèquement, l'institution s'est vue agglomérée au sein d'une classification absconse (B).

A. Les carences du régime de la novation

139. Annonce de plan. – La réforme, afin de dynamiser la novation, a permis aux parties d'assurer le report des sûretés attachées à l'obligation (1). Elle a au contraire totalement omis de régler le sort des exceptions opposables par les cocontractants (2).

1. Le report des sûretés

140. L'originalité de la technique. – La novation opère en principe extinction de l'obligation ancienne et de ses accessoires selon l'alinéa premier de l'article 1334. Par exception, il est possible, conformément à l'alinéa deux du même texte, de conserver ces sûretés nonobstant le changement d'obligation. Il a été rappelé que cette technique de report est avantageuse pour la novation puisqu'elle rapproche l'opération d'une cession de créance ou de dette³⁶⁴. La technique du report envisagé lors de la novation est toutefois originale. Il ne s'agit effectivement pas de faire survivre la sûreté au simple changement de l'une des parties, à l'image d'une cession³⁶⁵, mais plutôt de la reporter d'une obligation à une autre. Ainsi, pratiquement, en cas de report et dans l'hypothèse où la novation porterait sur une partie de l'obligation, la sûreté qui garantissait une obligation unique en couvrirait désormais deux, soit le reliquat de l'obligation initiale et la totalité de la nouvelle³⁶⁶. En cela, les sûretés réelles conservent leur étendue, leurs caractères et rang antérieurs bien qu'elles garantissent désormais une autre obligation.

141. La « réserve » des sûretés d'origine. – Pour autant, la notion de « réserve » utilisée par l'article 1334 interroge. Elle est inappropriée pour les sûretés personnelles, au premier chef desquelles figure le cautionnement, dont l'extinction par voie accessoire est inéluctable, sauf à porter atteinte au principe de l'effet relatif des contrats et de la règle selon laquelle le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté³⁶⁷. Ainsi, sous l'empire de l'ancien article 1281, lequel visait l'« accession [de la caution] au nouvel arrangement », la doctrine relevait que le créancier pouvait certes conclure la novation sous la condition que la caution se porte garante de l'obligation nouvelle, mais il s'agissait alors d'un nouveau cautionnement³⁶⁸. Cela impliquait entre autres de respecter de nouveau le formalisme encadrant un tel engagement et, plus largement, d'apprécier les conditions de validité et

³⁶⁴ V. *supra*, n° 29.

³⁶⁵ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, rééd., préf. D. MAZEAUD, coll. Bibliothèque Dalloz, Paris, Dalloz, 2004, p. 453.

³⁶⁶ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, *op. cit.*, n° 414.

³⁶⁷ Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, 5^e éd., coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2015, n° 726.

³⁶⁸ J. FRANÇOIS, *Droit civil*, t. 7, *Les sûretés personnelles*, Paris, Economica, 2004, n° 314.

l'étendue de ce nouveau cautionnement au jour du nouvel engagement³⁶⁹. En cela, l'idée de maintien de la sûreté personnelle n'était qu'une « commode approximation »³⁷⁰. Il s'agissait ainsi d'un simple contournement de l'effet extinctif et non d'une dérogation. En sens contraire, au sujet des sûretés réelles, celles-ci pouvaient être réservées de deux manières : soit par l'obtention, par la caution, d'un accord préalable, concomitant ou postérieur au contrat, soit par la subordination du nouveau contrat à l'accession de la caution à travers une résolution suspensive, comme le suggérait l'article 1281, aliéna trois. Désormais, par l'assimilation des sûretés personnelles aux sûretés réelles, l'article 1334 semble rompre avec cette interprétation de sorte qu'à présent, la sûreté personnelle conserve ses contours initiaux et sa validité n'a pas à être appréciée de nouveau³⁷¹. Si cette interprétation était retenue par les juridictions, il en résulterait que la convention de report des sûretés ou la déclaration du créancier subordonnant à ce report son consentement à la novation devra être conclue concomitamment à celle-ci, de même qu'elle pourra résulter d'un accord distinct et préalable, auquel aura participé le tiers ou débiteur constituant ou la caution. L'impératif de protection du garant personnel et particulièrement de la caution invite au contraire à maintenir les solutions antérieures et à considérer qu'il s'agit d'un nouveau cautionnement³⁷². Convient-il alors de considérer que les solutions anciennes se maintiennent, en ce qu'elles découlent des principes généraux du cautionnement, ou faut-il considérer que la formulation générale de l'article 1334 permet de réserver toutes les sûretés, réelles et personnelles ? Face à cette incertitude entourant la portée de la nouvelle disposition, la prudence devrait inciter les parties à faire souscrire au garant personnel une nouvelle garantie.

142. Les sûretés consenties par les « tiers garants ». – De plus, il est étonnant que le texte ne cantonne la solution qu'aux « tiers » puisque le débiteur, s'il a constitué une sûreté réelle pour garantir sa propre dette, devrait également pouvoir consentir à la réserver en vue de garantir l'obligation nouvelle³⁷³. Ce consentement du débiteur constituant est d'ailleurs obligatoire pour que ses sûretés soient réservées, peu important que ledit débiteur soit ou non intervenu à la novation. Un raisonnement *a fortiori* confirme cette analyse dès lors que l'accord du cédant constituant, dans le cadre des cessions de contrat et de dette, c'est-à-dire d'opérations simplement translatives ne faisant pas disparaître le contrat ou l'obligation, est nécessaire aux termes des articles 1216-3 et 1328-1. Si la réserve est clairement formulée dans l'acte novatoire, le consentement du débiteur à la novation vaut nécessairement consentement à la réserve desdites sûretés. Néanmoins, si l'acte est muet, l'extinction des sûretés est inéluctable puisque l'article 1334 n'envisage que le consentement des tiers garants. En somme, il eût été plus judicieux que le mot « tiers » ne figurât pas dans ce texte. De plus, ce dernier est aussi insuffisant quant au moment auquel le tiers (ou le débiteur) doit exprimer son accord, en particulier puisque

³⁶⁹ Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, op. cit.

³⁷⁰ F. TERRÉ et al., *Droit civil, les obligations*, op. cit., n° 1731.

³⁷¹ O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, op. cit., p. 783.

³⁷² Ph. SIMLER, *JCl. Civil Code*, art. 1329 à 1335, fasc. 30, n° 48.

³⁷³ V. en ce sens, F. DANOS, « La novation et la délégation », in M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, vol. 2, *Régime de l'obligation*, t. 82, coll. Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, Paris, IRJS, 2017, pp. 223-246, spéc. pp. 232-233.

les nouveaux textes lui permettent de consentir par avance à la novation³⁷⁴. Sur ce point, pour que la novation concurrence efficacement la cession de créance, il aurait fallu prévoir l'accord anticipé au maintien des garanties³⁷⁵.

2. L'opposabilité des exceptions

143. L'inopposabilité tempérée des exceptions. – Tel que cela a été brièvement rappelé³⁷⁶, parce que l'obligation novée est irrémédiablement éteinte, il est souvent relevé que ni le débiteur ni le créancier ne peuvent invoquer les moyens de défense et exceptions qui s'attachaient à l'obligation ancienne³⁷⁷. Par exception, puisque chacune des obligations trouve sa cause dans l'existence de l'autre, il est certain que la nullité de l'une ou l'autre des obligations peut toujours être opposée dès lors que l'article 1331 exige qu'elles soient valables³⁷⁸. S'il a parfois été considéré en doctrine³⁷⁹, comme en jurisprudence³⁸⁰, que le jeu de la maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* s'oppose à ce que l'obligation ancienne renaisse de ses cendres lorsque le créancier y a substitué en connaissance de cause une obligation annulable de son fait, la juridiction du quai de l'Horloge a plus récemment jugé que l'origine de la nullité affectant la nouvelle obligation est indifférente³⁸¹, ce qu'il faut regretter. Par ailleurs, il convient de relever que l'article 1331 énonce que la nullité de l'obligation initiale ne peut en revanche être soulevée lorsque la novation a « pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice ». L'opération se rapproche adonc d'une confirmation cependant que, d'une part, l'obligation nulle n'est pas maintenue lors de la novation alors qu'elle l'est en cas de confirmation et, d'autre part, l'acte confirmatif se limite à purger rétroactivement l'obligation nulle de son vice sans la modifier³⁸². Une telle possibilité doit de plus être limitée aux vices sanctionnés par une nullité relative car, par analogie, seuls ceux-ci sont susceptibles de confirmation³⁸³. Rompant avec une opinion doctrinale répandue³⁸⁴, l'article 1331 subordonne une telle opération à une déclaration de volonté expresse, sans doute par analogie avec l'article 1182, lequel exige que l'acte confirmatif mentionne « l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat ». Somme toute, ces éléments démontrent que la novation n'est gouvernée que par un principe particulièrement tempéré d'inopposabilité des exceptions. Il convient de prolonger la réflexion en systématisant les hypothèses d'opposabilité et d'inopposabilité des exceptions, deux modèles pouvant être retenus.

³⁷⁴ V. *supra*, n^{os} 106-109.

³⁷⁵ Ph. SIMLER, *JCl. Civil Code*, art. 1329 à 1335, fasc. 30, préc., n^o 28.

³⁷⁶ V. *supra*, n^o 30 et 53.

³⁷⁷ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n^o 871.

³⁷⁸ En ce sens également, v. F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil, les obligations*, *op. cit.*, n^o 1729.

³⁷⁹ R. LIBCHABER, « Les conséquences de la nullité de la convention novatoire lorsque celle-ci est imputable au créancier », préc., spéc. n^o 2.

³⁸⁰ Cass. 3^e civ., 5 mai 1970, n^o 68-11.527, *Bull. civ.* III, n^o 311.

³⁸¹ Cass. com., 14 mai 1996, préc.

³⁸² G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, t. 121, préf. J. FLOUR, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1972, n^{os} 82-95.

³⁸³ Ph. SIMLER, *JCl. Civil Code*, art. 1329 à 1335, fasc. 10, préc., n^o 24.

³⁸⁴ V. par exemple A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 12, *op. cit.*, n^o 294. M. PLANIOL et G. RIPERT, par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, *op. cit.*, n^o 1258 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, par BARTIN, *Droit civil français*, t. 4, *op. cit.*, p. 321.

144. La première option : la distinction temporelle. – Certains auteurs suggèrent parfois de distinguer selon la date de naissance de l'évènement extinctif de l'obligation initiale³⁸⁵. Ainsi, si l'obligation ancienne était éteinte avant la novation, peu important le mode d'extinction (nullité, paiement, remise de dette, résolution, etc.), le débiteur de la nouvelle obligation devrait pouvoir s'en prévaloir puisque cette extinction fait obstacle à la naissance de la nouvelle obligation³⁸⁶. En revanche, les exceptions intervenues après la novation devraient demeurer sans effet puisque, l'obligation initiale étant déjà éteinte par l'effet de la novation, une cause d'extinction postérieure marquerait un coup d'épée dans l'eau. Monsieur le professeur Maxime JULIENNE met en exergue une hypothèse intermédiaire à laquelle il n'apporte aucune solution tranchée. Il s'agit du cas dans lequel les conditions étaient réunies, avant la novation, pour donner prise à un mode extinctif qui n'avait pas encore été invoqué au jour où la novation est opérée. En ce sens, à titre illustratif, la compensation de dettes non connexes ne se déclenche que lorsqu'elle est invoquée par les parties mais produit son effet « à la date où ses conditions se trouvent réunies » selon le second alinéa de l'article 1347. Dans ces conditions, il semble que les parties puissent invoquer l'exception tirée de la compensation, car celle-ci est acquise au jour où ses conditions sont réunies, peu important que l'obligation soit ultérieurement éteinte par voie novatoire. En outre, par application de ce critère temporel, un parallèle est souvent dressé entre nullité et résolution pour inexécution afin de permettre le retour de l'obligation ancienne³⁸⁷. Or, une lecture exégétique de ce critère temporel s'impose s'agissant de la résolution pour inexécution puisqu'en ce cas, à la différence de la nullité, la convention novatoire ne doit pas être anéantie. C'est qu'en effet, Monsieur le professeur Thomas GÉNICON a montré avec justesse que l'effet rétroactif de la résolution ne doit jouer que dans la mesure nécessaire au rétablissement de l'équilibre contractuel³⁸⁸. Partant, « la rétroactivité ne doit pas se concevoir comme la négation dans le passé de l'existence juridique du contrat » mais simplement « comme la destruction effective des effets juridiques passés du contrat ou de certains seulement de ses effets passés »³⁸⁹, de telle sorte qu'elle ne commande nullement de revenir sur l'existence du contrat objet de la prestation³⁹⁰. À ce titre, l'effet extinctif de la novation n'est pas atteint par l'effet rétroactif de la résolution et cette dernière ne ressuscite pas l'obligation ancienne, sauf à constater que le créancier de l'obligation inexécutée avait sciemment refusé d'assumer le risque d'une telle résolution en érigeant la bonne exécution de l'obligation nouvelle en condition de la novation³⁹¹. Il reste que cette première option doit être préférée dès lors qu'elle rend davantage compte de la succession, intrinsèquement temporelle, des obligations au cœur de la novation.

145. La seconde option : la distinction substantielle. – D'autres auteurs, considérant à juste titre qu'en matière de novation, la cause de l'obligation nouvelle est l'extinction de l'obligation préexistante, suggèrent de distinguer selon la substance de l'exception considérée. Ainsi,

³⁸⁵ V., par ex. M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, *op. cit.*, n° 411.

³⁸⁶ En ce sens également, v. J. FRANÇOIS, *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, *op. cit.*, n° 137.

³⁸⁷ H., J. et L. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, *op. cit.*, n° 1216.

³⁸⁸ Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, t. 484, préf. L. LEVENEUR, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2007, n° 881 bis

³⁸⁹ *Ibid.*, n° 738.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ J.-L. AUBERT et Ch. GOLDIE-GÉNICON, *Rép. civ.*, préc., n° 25.

Monsieur le professeur Christophe LACHIEZE a soutenu que les exceptions afférentes à la cause doivent être distinguées de celles afférentes au consentement du débiteur et à l'objet de l'obligation créée. Les premières seraient efficaces et opposables, tandis que les secondes seraient variablement efficaces, inefficaces, opposables et inopposables³⁹².

S'agissant de la première catégorie d'exceptions, lors d'une novation par changement de débiteur ou de l'obligation, la cause de l'obligation nouvelle ne présente pas de caractère extérieur et étranger du point de vue du créancier. Pour cette raison, les exceptions inhérentes à la cause de cette obligation devraient en principe être efficaces, c'est-à-dire virtuellement efficaces d'après l'application des principes et de la force obligatoire et de l'effet relatif. Dans la mesure où, dans ces deux variantes de novation, la cause ne donne lieu directement qu'à des exceptions fondées sur un cas de nullité absolue de l'obligation nouvelle, celles-ci seraient également opposables, en ce sens qu'elles seraient efficaces en vertu de la force obligatoire mais au-delà de la limite assignée par l'article 1199, soit en dehors des parties contractantes³⁹³. S'agissant de la seconde catégorie d'exceptions, l'auteur procède par voie de distinction. Parmi les exceptions relatives au consentement du débiteur, les vices du consentement spontanés sont opposés aux vices provoqués par les agissements d'un autre cocontractant. Lorsque le vice est spontané, seules les erreurs qui entraînent la nullité absolue sont opposables. Lorsque le vice est provoqué, dans le cadre d'une opération novatoire, le dol est efficace et opposable, tandis que la violence est simplement efficace, sauf lorsqu'elle est sanctionnée par la nullité absolue, auquel cas elle est également opposable. Enfin, les exceptions relatives à l'objet de l'obligation nouvelle ne sont jamais inopposables et l'efficacité des exceptions afférentes à l'objet de l'obligation nouvelle ne doit pas être confondue avec l'opposabilité des exceptions afférentes à l'objet de l'obligation préexistante³⁹⁴.

B. L'exigence d'une classification plus fine des opérations sur obligations

146. L'identification des opérations. – Il a été démontré que la réforme de 2016 n'a pas su mettre en exergue la singularité de la novation, pas plus qu'elle n'a clarifié les débats relatifs à l'identification des opérations créatrices et translatives³⁹⁵. À défaut d'intégration idéale de la novation au sein d'une subdivision du Code civil relative à la « transsubstantiation des obligations »³⁹⁶, la novation objective, en tout état de cause, n'aurait pas dû être mise sur le même plan que la novation subjective. Seules les novations par changement de créancier et de débiteur pouvaient être valablement classées au sein d'un chapitre consacré aux « opérations sur obligations » car elles seules tiennent lieu d'alternatives aux cessions de créance et de dette. Dans le même sens, la fonction de transport indirect de la délégation est imparfaitement prise en compte puisque, d'une part, il semble admis qu'une délégation puisse se greffer sur aucune obligation préexistante³⁹⁷, auquel cas elle ne constitue aucunement une « opération sur

³⁹² V., sur ces quatre notions, Chr. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, th. préc., n^{os} 5-7.

³⁹³ *Ibid.*, n^{os} 88-116.

³⁹⁴ *Ibid.*, n^{os} 144-289.

³⁹⁵ V. pourtant, pour un appel, antérieur à la réforme, à une « classification fonctionnelle » du régime général des obligations, Ph. DUPICHOT, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Droit & patrimoine*, avr. 2015, analyse, pp. 20-25, spéc. n^o 1.

³⁹⁶ V. *supra*, n^o 136.

³⁹⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n^o 939.

obligations » et, d'autre part, l'opération délégatoire est alternativement une modalité du transport des dettes ou un substitut à la cession et au nantissement de créance³⁹⁸. Ergo, en l'état, ce chapitre II apparaît dépourvu de toute cohérence et son contenu ne semble fondé sur nulle « déclinaison logique d'une distinction notionnelle ou fonctionnelle claire entre les institutions qui s'y trouvent régies »³⁹⁹. Il aurait été plus satisfaisant, quoiqu'imparfait, d'y distinguer les opérations extinctives, qui entraînent l'extinction de l'obligation, les opérations translatives, qui organisent le transfert d'une même obligation, les opérations adjonctives, qui aboutissent à la création d'un nouveau rapport d'obligation et enfin les opérations substitutives, qui organisent le remplacement d'une obligation par une autre⁴⁰⁰. Cette imprécision tenant à la structure du Code civil participe de l'insécurité juridique actuelle de la novation.

§ 2. L'insécurité juridique inhérente à la novation

147. Annonce de plan. – À regret, la réforme de 2016 n'a pas coupé court à des controverses doctrinales et jurisprudentielles pourtant sources d'insécurité juridique. Elle n'a en effet ni rejeté le critère du degré de nouveauté de l'*aliquid novi* (A) ni réglé les conflits de qualifications entre les modes de transport directs et indirects des obligations (B).

A. Le degré de nouveauté de l'*aliquid novi*

148. Ni trop, ni pas assez. – Il a été démontré que la novation ne peut se heurter à un seuil – maximal – de modification⁴⁰¹. Réciproquement, il est traditionnellement enseigné que la modification affectant l'obligation doit atteindre un certain seuil – minimal – pour servir d'assise à l'opération novatoire⁴⁰². De la sorte, seuls les changements substantiels, compris comme ceux altérant la nature même de l'obligation primitive, emporteraient novation, tandis que les changements mineurs relèveraient de la seule modification du contrat et ce, quelle que soit l'intention des parties. À suivre les partisans de ce courant restrictif, la seule modification du montant de la dette, de la durée du contrat, du moyen de paiement ou, plus largement, des modalités d'exécution de l'obligation ne sauraient entraîner novation, faute de modification affectant « l'existence de l'obligation »⁴⁰³. En cela, cette approche impose de s'en remettre à l'appréciation du juge pour déterminer s'il y a ou non novation.

149. L'inconsistance casuistique. – C'est qu'effectivement, la jurisprudence n'apparaît pas aussi tranchée qu'elle est souvent présentée. Il a certes été jugé que « quelle que soit l'intention des parties, une modification dans le montant de la dette ne suffit pas à caractériser la

³⁹⁸ M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », préc., n° 8.

³⁹⁹ O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 723.

⁴⁰⁰ R. BOFFA, « Les obligations translatives dans le projet d'ordonnance », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2015, doss., pp. 2003-2005, spéc. n° 1.

⁴⁰¹ V. *supra*, n°s 113-116.

⁴⁰² G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, les obligations, t. 2, Le régime, op. cit.*, n°s 410 et 415. V. également Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 773 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd., coll. Précis Domat, La Défense, LGDJ, 2021, n° 798.

⁴⁰³ F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, n° 1721.

novation »⁴⁰⁴. Néanmoins, dans le même temps et par un arrêt fondamental, la Cour de cassation a considéré que pour opérer novation, « il ne suffit pas aux parties d'augmenter ou de diminuer la dette, de fixer un terme plus long ou plus court et d'ajouter ou de retrancher une hypothèque ou une autre sûreté, ni même de changer l'espèce de l'obligation, à moins que les parties n'expriment une intention contraire [...] »⁴⁰⁵. Il a d'ailleurs été parfaitement relevé que les autres arrêts sur lesquels il est pris appui pour défendre la théorie d'un plancher de modification ne rejettent la qualification de novation qu'en raison de l'absence de preuve de l'intention novatoire⁴⁰⁶. Ces arrêts, pour la plupart, sont en effet rendus au visa du principe selon lequel « la novation ne se présume pas » et qu'« elle doit résulter clairement des actes » et jugent qu'« il ne suffit pas » qu'une modalité ou un accessoire de l'obligation soient modifiés pour que l'opération novatoire soit retenue⁴⁰⁷. Par un raisonnement *a contrario*, il serait possible de conclure que si l'intention de nover avait été retenue, de tels changements minimes auraient suffi. Un tel raisonnement semble d'ailleurs avoir été adopté par les hauts magistrats puisqu'ils ont entre autres jugé qu'un changement du montant de la dette, souvent considéré comme non substantiel, suffit à emporter novation⁴⁰⁸.

150. La primauté de la volonté des parties. – Or, cette approche, précisément parce qu'elle s'en remet à une interprétation prétorienne imprévisible, est hasardeuse. Elle méconnaît en effet la volonté des parties et la liberté des conventions. Il faudrait plutôt, comme l'avait suggéré l'article 1266, 3°, de l'avant-projet rédigé sous la houlette du professeur Pierre CATALA, s'en remettre à l'intention de nover et la considérer comme suffisante à la novation, « quelle que soit la différence instituée entre l'ancienne et la nouvelle obligation »⁴⁰⁹. Ce projet s'inscrivait pleinement dans le sillage du droit romain, lequel considérait par exemple que l'adjonction ou la suppression d'un terme emportait novation alors même qu'elles n'affectent pas l'existence de l'obligation⁴¹⁰. Le silence gardé par les textes issus de la réforme de 2016 est ainsi regrettable.

B. Les conflits de qualifications entre les modes de transport directs et indirects des obligations

151. La subsidiarité des modes de transport directs actifs. – La convergence entre les modes de transport directs et les modes de transport indirects des obligations, au premier chef desquels figure la novation, imposerait de trancher clairement les conflits de qualification qui se posent nécessairement⁴¹¹. Or, dans la mesure où « la novation ne se présume pas » selon les termes mêmes de l'article 1330, la caractérisation d'un mode de transport direct actif des obligations

⁴⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1967, n° 66-10.966, *Bull. civ.* I, n° 335.

⁴⁰⁵ Cass. req., 8 nov. 1875, préc.

⁴⁰⁶ J.-L. AUBERT et Ch. GOLDIE-GÉNICON, *Rép. civ.*, préc., n° 46.

⁴⁰⁷ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1997, n° 95-21.315, *Bull. civ.* I, n° 345 ; Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2003, n° 01-00.212, *Bull. civ.* I, n° 122 ; Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2003, n° 00-17.678.

⁴⁰⁸ Cass. com., 12 mai 1992, n° 90-12.034, *Bull. civ.* IV, n° 184 ; Cass. com., 19 oct. 1993, n° 91-13.170, *Bull. civ.* IV, n° 340 ; Cass. 3^e civ., 17 juin 1971, préc.

⁴⁰⁹ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*, p. 135.

⁴¹⁰ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 596.

⁴¹¹ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, *op. cit.*, n° 386.

devrait être préférée à celle de novation⁴¹². Cette solution doit être approuvée. Elle démontre que la novation n'est pas une institution résiduelle qui devrait être retenue subsidiairement, à défaut pour les tribunaux de pouvoir qualifier une autre opération. Inversement, elle rend subsidiaires les modes de transport directs des obligations. Ainsi, sans caractérisation suffisante de l'intention de nover, une substitution de créancier devrait être qualifiée en cession de créance et non en novation par changement de créancier.

152. La subsidiarité des modes de transport directs passifs. – En matière de transport de dettes, aucune règle ne départage les qualifications de cession et de délégation⁴¹³. Pourtant, « dans un droit qui admet qu'un débiteur soit lié à un tiers sans qu'il soit nécessaire de souscrire une nouvelle obligation, [il faut] présumer que l'engagement de payer sa dette entre les mains d'un tiers n'est qu'une "prise d'acte" au sens de l'article 1324 du Code civil »⁴¹⁴. En d'autres termes, les conflits que fera naître la mise en concurrence du transport direct et indirect des dettes se résoudront le plus souvent en faveur de la cession de dette, nouvellement consacrée à l'article 1327. La solution doit être approuvée : il semble naturel de privilégier la cession dès lors que celle-ci permet de substituer directement un débiteur dans un lien d'obligation. Le Code civil, comme il le fait pour la novation, devrait ainsi énoncer que « la délégation ne se présume pas », ce qui éviterait au surplus de violer la volonté des parties en qualifiant de délégations des opérations qui étaient, en réalité, selon elles, des cessions de dette⁴¹⁵.

153. Conclusion de chapitre. – En droit français, la correction et la rectification donnent donc la vue perspective de la novation. Il s'agira essentiellement de mettre en évidence la singularité de l'institution. À cet effet, elle devra être exclue du chapitre consacré aux « opérations sur obligations », dont les imperfections ont été démontrées, et pourrait être intégrée au sein d'un chapitre relatif à la « translativisation des opérations ». Son régime devra aussi être précisé et simplifié, en particulier en ce qui concerne le « report » des sûretés et l'opposabilité des exceptions. Les imprécisions de la réforme de 2016 seront de la sorte corrigées.

Chapitre II. Le détour par les droits étrangers

154. L'ailleurs. – Si « nous pensons toujours ailleurs », comme l'affirme MONTAIGNE⁴¹⁶, c'est parce que l'ailleurs permet de mieux concevoir l'ici. De là, les appels à la disparition de la novation sont vains dès lors que la novation, certes disparue au sein de certaines législations étrangères de tradition civiliste (section II), est omnipotente au sein des pays de *common law* (section I).

⁴¹² V. MERCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IV, *op. cit.*, n° 770.

⁴¹³ J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », *préc.*, spéc. nos 35-42.

⁴¹⁴ M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », *préc.*, spéc. n° 12.

⁴¹⁵ A. DENIS-FATÔME, « La délégation de créance. Essai d'une typologie nouvelle », *D.*, *chron.*, 2012, pp. 2469-2475, p. 2470.

⁴¹⁶ M. DE MONTAIGNE, *Les Essais*, rééd., coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 2007, III, chap. 4, p. 875.

Section I. L'omnipotence de l'institution en *common law*

155. Annonce de plan. – Si la novation est présente dans le droit des contrats britannique (§ 1), elle est surtout utilisée en droit des sociétés (§ 2).

§ 1. Le droit commun des contrats

156. La définition. – La novation est définie, en droit anglais, comme « la création d'un nouveau rapport de droit par l'extinction d'un ancien rapport que le premier remplace »⁴¹⁷. La jurisprudence et la doctrine britanniques reconnaissent ensemble qu'il existe deux formes de novation : la première s'opère par le changement du rapport fondamental entre les mêmes parties (*transaction novation*) et la seconde se réalise par le remplacement d'une partie (*party substitutive novation*)⁴¹⁸. Toutefois, le droit anglais se caractérise par sa modernité puisque, dans le premier cas, en cas de novation entre les mêmes parties, les auteurs reconnaissent que l'opération peut porter « soit sur le remplacement de l'entier contrat, soit par le remplacement de l'une ou plusieurs stipulations »⁴¹⁹. En somme, la figure de la novation de contrat est déjà acquise en droit anglais, tandis que les auteurs français s'interrogent encore sur son bien-fondé⁴²⁰.

157. Le régime. – L'institution est aisément distinguée de la cession puisque, d'une part, cette dernière ne procède que d'un transfert d'une obligation existante sans en modifier la substance et, d'autre part, la novation suppose le consentement des deux parties tandis que la cession peut s'opérer sans le consentement du cédé⁴²¹. Comme le droit français, la *common law* exige que le consentement des parties à la novation porte sur « la disparition de l'obligation primitive et la création de l'obligation nouvelle »⁴²² ; il faudrait ajouter, pour être tout à fait exact, que les parties doivent avoir souhaité lier le sort de ces deux obligations. La jurisprudence britannique, de concert avec la doctrine, considère d'ailleurs que si ce consentement peut être exprimé « expressément ou résulter du comportement des parties », il doit en tout état de cause « établir leur volonté claire et univoque d'opérer novation »⁴²³. Enfin, les règles relatives à la formation des contrats sont applicables ; cette règle se justifie par la nature de la novation, laquelle, comme en droit français, est un contrat⁴²⁴. En somme, en considération de ce qui précède, la novation

⁴¹⁷ J. CARTHWRIGHT, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer* [Droit des contrats : introduction au droit anglais des contrats pour le juriste civiliste], 3^e éd., Oxford, Bloomsbury, 2016, p. 259 (trad. libre).

⁴¹⁸ N. ANDREWS, *Contract Rules: Decoding English Contract Law* [Règles contractuelles : décodage du droit des contrats anglais], 1^{re} éd., Cambridge, Intersentia, 2016, p. 247 (trad. libre).

⁴¹⁹ J. CARTHWRIGHT, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer* [Droit des contrats : introduction au droit anglais des contrats pour le juriste civiliste], *op. cit.*, p. 259 (trad. libre). V. en jurisprudence *Scarf v. Jardine* [1882] 7 App Cas (HL) 351 (Lord Selborne LC).

⁴²⁰ V. *supra*, n^{os} 103-105.

⁴²¹ A. BURROWS, *Principles of the English Law of Obligations* [Principes du droit anglais des obligations], Oxford, Oxford University Press, 2015, n^{os} 1.328-13.1329 et 1.336 (trad. libre).

⁴²² J. CARTHWRIGHT, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer* [Droit des contrats : introduction au droit anglais des contrats pour le juriste civiliste], *op. cit.*, p. 259 (trad. libre).

⁴²³ E. MCKENDRICK, *Contract Law: Text, Cases, and Materials* [Droit des contrats : textes, jurisprudences et documents], 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 975 (trad. libre).

⁴²⁴ H. G. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts* [Notes du professeur Chitty sur les contrats], 33^e éd., coll. Common Law Library, Londres, Thomson Reuters, 2018, n^o 19-087 (trad. libre).

anglaise est aisément comparable au mécanisme régi par les articles 1329 et suivants du Code civil⁴²⁵. Il reste qu'il est souvent recouru à la novation en droit des sociétés.

§ 2. Le droit des sociétés

158. La gestion de la société. – En droit anglais, les exemples jurisprudentiels montrent que la novation est utilisée dans le cadre des fusions-acquisitions et absorptions des sociétés de personnes (*partnerships*). Ainsi, lorsqu'une société transmet son patrimoine à une société existante ou à une société nouvelle qu'elle constitue, il peut y avoir novation, toujours selon le droit anglais⁴²⁶. La société absorbante ou nouvelle devient en effet débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée en lieu et place de celle-ci, opérant l'équivalent français d'une novation par changement de débiteur. En ce cas, il s'agit de déterminer si le créancier qui a contracté avec l'ancienne société ou l'ancienne *partnership* accepte la nouvelle structure comme débiteur⁴²⁷. Le débiteur primitif n'est toutefois pas libéré du seul fait de la novation : une telle libération doit être accordée par le créancier et peut se déduire des seules circonstances de l'espèce lorsque ce dernier poursuit l'exécution du précédent contrat avec la nouvelle société débitrice⁴²⁸.

159. La gestion des associés. – La novation est en outre utilisée dans le cadre de changements dans la composition de ces sociétés. Elle permet en cela de transférer la charge des dettes d'un associé à un autre⁴²⁹. Ainsi, à titre illustratif, il a été jugé qu'en cas de décès de l'un des deux associés, l'acceptation par un cocontractant de fonds versés sur son compte par l'associé survivant emporte novation, ce dernier se substituant au débiteur primitif décédé⁴³⁰. De même, par le biais de la novation, un nouvel associé devient responsable du fait de la rupture, par les autres associés, d'un contrat préexistant à son entrée dans la société. Le partage de responsabilité ne peut opérer, par cette voie, que du consentement du nouvel associé et du cocontractant. Le mécanisme est également très utilisé en cas de retrait d'un associé de la société. Dans cette hypothèse, la novation permet au créancier de libérer l'associé et de consentir à l'engagement auprès de lui des associés demeurant au sein de la société⁴³¹. L'opération est alors tripartite puisqu'elle suppose, pour être efficace, de recueillir le consentement du créancier et des deux partenaires. Plus largement, un auteur a relevé que la novation assure un rôle important dans la pratique commerciale, car elle permet aux parties de restructurer les opérations déjà réalisées et faciliter le transfert des actifs financiers⁴³².

⁴²⁵ O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, 1^{re} éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2000, n° 916.

⁴²⁶ M. BLACKETT-ORD, *Partnership: the modern law of partnership, limited partnership and limited liability partnership* [Société : droit contemporain des sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple et sociétés à responsabilité limitée], 2^{de} éd., Londres, Butterworths, 2002, n° 13.18 (trad. libre).

⁴²⁷ *Chatsworth Investments Ltd. v. Cussins (Contractors) Ltd.* [1969] 1 *WLR*. 1 (trad. libre).

⁴²⁸ *Grant v. Matsubayashi* [1922] 3 *WWR* 697 (trad. libre).

⁴²⁹ G. MORSE, *Partnership Law* [Droit des sociétés], 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, n° 4.50 (trad. libre).

⁴³⁰ H. G. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts* [Notes du professeur Chitty sur les contrats], *op. cit.*, n° 19-088 (trad. libre).

⁴³¹ M. BLACKETT-ORD, *Modern Partnership Law* [Droit contemporain des sociétés], Beckenham, Croom Helm, 1983, p. 76 (trad. libre).

⁴³² E. MCKENDRICK, *Contract Law: Text, Cases, and Materials* [Droit des contrats : textes, jurisprudences et documents], *op. cit.*, p. 975 (trad. libre).

Section II. Les disparités des droits de tradition civiliste

160. Annonce de plan. – Le dynamisme de la novation est inégalitaire au sein des pays de tradition civiliste. Certains États, à l’instar de l’Allemagne, ont fait le choix d’abandonner l’institution (§ 1). D’autres, à l’instar de l’Espagne, l’ont conservée (§ 2).

§ 1. La disparition de la novation en droit allemand

161. Annonce de plan. – L’étude du droit allemand se justifie à deux égards. D’une part, un nombre important d’auteurs, pour justifier leur souhait de voir la novation disparaître du droit français, se fondent largement sur le système d’outre-Rhin⁴³³. D’autre part, le droit allemand partage, avec le droit français, des racines issues du droit romain et a pu suivre certaines de ses évolutions⁴³⁴. Pour autant, l’argument tiré du droit allemand ne convainc que très peu dans la mesure où les deux systèmes ne connaissent pas les mêmes techniques juridiques (A) et reposent sur une structure différente (B).

A. Les techniques juridiques utilisées

162. La reprise de dette (*Schuldübernahme*). – Depuis 1900 et l’entrée en vigueur du BGB, la novation n’existe plus en droit allemand⁴³⁵. Cet abandon a été justifié, entre autres, par l’admission de la reprise de dette que le professeur Eugène GAUDEMET a parfaitement scindée en trois temps successifs : la période coutumière, antérieure à 1853, la période des controverses historiques s’achevant à la première lecture du BGB en 1888 et la période législative, dont la promulgation du Code civil, le 2 août 1896, marque la fin⁴³⁶. Or, s’il est vrai que la cession de dette est désormais connue du droit français depuis la réforme de 2016⁴³⁷, il n’en demeure pas moins qu’elle se distingue de la reprise de dette allemande⁴³⁸. En premier lieu, sur le plan des conditions, la cession de dette résulte d’un contrat entre le débiteur originaire et le débiteur substitué selon les termes mêmes de l’article 1327 du Code civil. Or, en droit allemand, conformément aux paragraphes 414 et 415 du BGB, la reprise peut résulter alternativement d’un contrat conclu entre les deux débiteurs ou d’une convention conclue par le créancier et le nouveau débiteur⁴³⁹. Dans les deux cas allemands, qui rappellent l’article 12:101 des principes

⁴³³ V. par ex. Ch. BEUDANT, par R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, G. LAGARDE et R. PERROT, *Cours de droit civil français*, t. 9, *Les contrats et les obligations*, op. cit., n° 993 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, op. cit., n° 350 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 771 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil. Obligations, régime*, op. cit., n° 113.

⁴³⁴ C. CROME, « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 2, Paris, A. Rousseau, 1904, pp. 585-614, spéc. pp. 605-606.

⁴³⁵ R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de Code civil pour l’Empire allemand*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1914, n° 47.

⁴³⁶ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., p. 432.

⁴³⁷ Sur laquelle, v. *supra*, n°s 32-33.

⁴³⁸ V. pour une comparaison complète des deux institutions V. LASSERRE, « La cession de dette consacrée par le Code civil à la lumière du droit allemand », préc.

⁴³⁹ M. LEHMANN, « La reprise de dette : une perspective allemande », in R. SCHULZE et al. (dir.), *La réforme du droit des obligations en France : 5^e journées franco-allemandes*, vol. 20, coll. Droit comparé et européen, Paris, SLC, 2015, pp. 223-231, spéc. pp. 225-227.

européens du droit des contrats, la même dette est transférée avec les mêmes modalités et provoque l'opposabilité des exceptions puisque l'obligation du repreneur est la conséquence de la succession de la dette existante⁴⁴⁰. Par contraste, le droit français ne permet pas de céder une dette par un accord direct entre le créancier et le nouveau débiteur, ce dont il résulte qu'une dette nouvelle est en réalité créée, entraînant l'inopposabilité des exceptions⁴⁴¹. En outre, en droit allemand, l'efficacité de la reprise de dette est subordonnée au consentement du créancier⁴⁴². Sans un tel consentement, l'opération n'est pas opposable au créancier mais il existe tout de même un contrat, que les parties peuvent modifier et qui emporte entre autres obligation pour le repreneur d'indemniser le cédant dans l'hypothèse où ce dernier devrait finalement payer la dette à la suite d'une action du créancier dirigée contre lui selon le paragraphe 415 du BGB. En droit français aussi, le créancier doit nécessairement intervenir lors de la cession mais certains auteurs se demandent si ledit cédé doit autoriser ou consentir à l'opération et si l'accord du créancier est une condition de validité ou d'opposabilité de la cession⁴⁴³. En second lieu, certains des effets des deux institutions sont sensiblement différents. Par exemple, en droit allemand, le consentement du créancier est unique et rend tout à la fois efficace la reprise de dette et permet la libération rétroactive du cédant. Au contraire, en droit français, l'accord du cédé ne libère pas systématiquement le cédant et, au surplus, lorsque le cédé consent expressément à une telle libération, elle ne vaut que pour l'avenir par application de l'article 1327-2 du Code civil. Le droit allemand ne connaît ainsi pas la figure de la cession de dette cumulative⁴⁴⁴.

163. Le transfert de créance (*Forderungsabtretung*). – Le droit allemand connaît la technique du transfert de la créance, régie au paragraphe 398 du BGB, lequel évoque la cession de créance française. Dans les deux cas, la cession conventionnelle de l'actif incorporel implique un changement de créancier sans affecter la créance elle-même. Également, les deux institutions s'opèrent sans le consentement du débiteur cédé. Cependant, elles présentent d'importantes différences. Ainsi, l'article 1322 du Code civil subordonne la validité du transfert de créance à un formalisme inexistant en droit allemand, le transfert étant consensuel⁴⁴⁵. De même, le transfert de créance est en réalité plural puisque le droit allemand connaît une grande variété de cessions originales, à l'instar de la cession globale (*Globalzession*), laquelle permet de transférer, notamment à des fins de garantie, toutes ses créances présentes et futures⁴⁴⁶. La règle de l'opposabilité est par ailleurs simple en droit allemand dans la mesure où le transfert, appréhendé comme un contrat réel, est opposable *erga omnes* dès la conclusion du contrat et

⁴⁴⁰ W. KRÜGER (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB [Commentaire munichois du BGB]*, op. cit., § 414, n° 4.

⁴⁴¹ V. *supra*, n° 42.

⁴⁴² E. LEHR, *Éléments de droit civil germanique, considérés en eux-mêmes et dans leurs rapports avec la législation française*, Paris, E. Plon, 1875, n° 134.

⁴⁴³ Sur cette controverse, v. *supra*, n°s 39 et 41.

⁴⁴⁴ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, th. préc., pp. 516-517.

⁴⁴⁵ O. PALANDT, par P. BASSENGE et al., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 75^e éd., Munich, C.H.Beck, 2016, § 398, n° 1 (trad. libre).

⁴⁴⁶ Sur cette variété, v. E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, t. 348, av.-pr. F. JACQUOT, préf. F. RANIERI, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2001, n° 6.

par le seul effet de la validité du contrat⁴⁴⁷, tandis qu'en droit français, la cession n'est opposable au cédé, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. Surtout, si dans les deux droits, l'accessoire semble suivre le principal, le paragraphe 401, alinéa premier, du BGB prévoit une liste limitative de sûretés transmises, tandis que toutes les sûretés sont en principe des accessoires de la créance en droit français⁴⁴⁸. Au-delà de ces deux techniques, l'argument tiré du droit allemand doit être relativisé, car la structure des systèmes allemand et français est dissemblable.

B. La structure du droit allemand

164. La théorie de l'acte abstrait. – La notion de cause juridique a connu, aussi bien dans la doctrine allemande que française, des difficultés de définition⁴⁴⁹. En Allemagne, une distinction fondamentale, ignorée du droit français, a ainsi émergé de ces débats sur la cause : celle opposant les actes causés et les actes abstraits⁴⁵⁰. Lorsque l'accord sur la cause juridique de l'obligation assumée fait partie intégrante de l'acte juridique et en est la cause, il s'agit d'un acte causé (*kausales Rechtsgeschäft*). Dès lors, en l'absence de cause, le contrat est nul. Au contraire, dans les actes abstraits (*abstrakte Rechtsgeschäfte*), l'existence d'une cause juridique n'est pas une condition de validité. Dans ces derniers, l'accord sur la cause juridique se situe en dehors de l'acte. Partant de cette distinction, le droit allemand pose une double règle. D'une part, les actes créateurs d'obligations (*Verpflichtungsgeschäfte*) sont habituellement causés, de sorte par exemple que le vendeur ne s'engage à remettre la chose et à en transférer la propriété qu'en contrepartie du paiement du prix et de l'acceptation de la chose par l'acheteur⁴⁵¹. D'autre part, les actes de disposition (*Verfügungsgeschäfte*) sont généralement abstraits⁴⁵². Ces actes de disposition ont pour caractéristique d'être des actes par lesquels un droit est immédiatement transféré, grevé d'une charge réelle, modifié ou anéanti⁴⁵³. Ainsi, ces derniers sont séparés de l'acte générateur d'obligation, de l'opération de base dont ils apparaissent pourtant comme l'exécution. Par voie de conséquence, « la nullité d'origine ou la déclaration d'annulation de [l']acte obligationnel n'a pas de répercussion » sur les actes abstraits⁴⁵⁴. C'est précisément en raison de cette théorie de l'acte abstrait que la novation ne pouvait être un mécanisme approprié pour modifier une obligation. La novation a en effet pour but premier de conserver le lien contractuel tel qu'il existait avant l'opération, raison pour laquelle la seconde obligation est liée à la première. C'est ce lien de dépendance qui justifie qu'il ne peut y avoir novation en présence

⁴⁴⁷ *Ibid.*, n° 191

⁴⁴⁸ V. LASSERRE, « La cession de créance en droit français et en droit allemand », in *Mél. C. Witz*, coll. Mélanges, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 467-503, spéc. n° 25.

⁴⁴⁹ G. KEGEL, « Verpflichtung und Verfügung » [Obligation et disposition], in *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung: Festschrift für F. A. Mann* [Droit international et ordre économique : essai en l'honneur de F. A. Mann], Munich, C.H.Beck, 1977, pp. 57-86, spéc. 59-78 (trad. libre).

⁴⁵⁰ Sur laquelle, v. M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2004, n° 8.

⁴⁵¹ M. FROMONT et J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2^e éd., coll. Précis Domat, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, n° 136.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ H. BROX et W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB [Partie générale BGB]*, 37^e éd., coll. Academia Iuris, Munich, Vahlen, 2013, n° 104 (trad. libre).

⁴⁵⁴ M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, *op. cit.*

d'une obligation nouvelle ou ancienne nulle⁴⁵⁵. Par voie de conséquence, parce qu'elle est nécessairement causale, la novation, à tout le moins dans sa conception française, ne pourrait prospérer en Allemagne.

164. Le rôle du juge. – Lorsque le contrat ne dévoile pas suffisamment la volonté des parties, le juge se trouve investi par le droit allemand d'un pouvoir d'interprétation. Précisément, lorsque le contrat est obscur ou ambigu, le juge doit procéder à une « interprétation normative » (*normative Auslegung*), laquelle est régie par le seul paragraphe 133 du BGB, tandis que lorsque le contrat comporte des lacunes, il doit recourir à une méthode d'interprétation complétive (*ergänzende Auslegung*), laquelle est régie cumulativement par les paragraphes 133 et 157⁴⁵⁶. L'interprétation normative consiste ainsi à « rechercher le sens objectif de la déclaration de volonté qui exprime l'accord des parties »⁴⁵⁷. À ce titre, les juridictions allemandes s'attachent à découvrir comment les cocontractants ont pu et dû comprendre le contrat eu égard aux circonstances propres à l'espèce⁴⁵⁸. Or, en droit français, les tribunaux tentent plutôt et prioritairement de découvrir la signification que les parties au contrat lui ont attribuée en leur for⁴⁵⁹, ce qui conduit parfois les juges à ajouter au contrat une obligation à laquelle les parties n'avaient pas songé et qu'elles avaient peut-être même implicitement écartée⁴⁶⁰. C'est dire que le corpus législatif allemand a été conçu pour lier au maximum le juge pour ne lui conférer qu'un pouvoir très résiduel. Cette conception est pourtant très peu conciliable avec la figure de la novation qui, pour l'heure, suppose un interventionnisme important du juge afin de sonder la volonté des parties et, le cas échéant, caractériser ou non l'opération novatoire. Au surplus, tous les droits de tradition civiliste n'ont pas abandonné la novation, celle-ci étant par exemple présente en droit espagnol.

§ 2. L'ambiguïté de la novation en droit espagnol

165. La ressemblance des novations française et espagnole. – « Les obligations, qui naissent des contrats, ont force de loi entre les parties contractantes et doivent s'exécuter selon leurs termes » énonce l'article 1091 du Code civil espagnol⁴⁶¹, dont les termes résonnent sans aucun doute avec ceux de l'article 1103 du Code civil français. Les deux législations permettent aux parties de modifier les modalités de leur relation en cours d'exécution du contrat, notamment par le biais de la novation. Celle-ci se définit classiquement comme « l'extinction d'une obligation par la création d'une nouvelle destinée à la remplacer »⁴⁶². Un auteur a d'ailleurs

⁴⁵⁵ V. *supra*, n^{os} 87 et 136.

⁴⁵⁶ H. BROX et W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB [Partie générale du BGB]*, *op. cit.*, n^{os} 124-137 (trad. libre).

⁴⁵⁷ M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, *op. cit.*, n^o 163.

⁴⁵⁸ D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB [Partie générale du BGB]*, 10^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2010, n^{os} 319-326 (trad. libre).

⁴⁵⁹ B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, t. 403, préf. Y. FLOUR, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2003, n^{os} 22, 92, 327, 372, 508 et 557.

⁴⁶⁰ L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Dr. & patr.*, mars 1998, pp. 69-82, spéc. pp. 71-72.

⁴⁶¹ Trad. libre.

⁴⁶² L. DíEZ-PICAZO et A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil [Système de droit civil]*, vol. 2, *El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual [le contrat en général, la relation obligatoire, les contrats spéciaux, les quasi-contrats,*

relevé que « l’extinction de l’obligation originelle n’est pas seulement l’effet, mais aussi la cause de la nouvelle, appelée à la remplacer, dans la mesure où naissance et extinction se conditionnent réciproquement »⁴⁶³. Pour cette raison, si la novation ne vaut confirmation de l’acte entaché par application de l’article 1208 du Code civil espagnol, l’obligation ancienne renaît de ses cendres à raison de la nullité de l’obligation nouvelle. En outre, comme en droit français, l’article 1203 du Code civil espagnol énonce que la novation peut s’opérer par le changement de l’objet ou des modalités principales de l’obligation primitive, par la substitution du débiteur ou du créancier. L’*animus novandi* suscite en droit espagnol le contentieux le plus abondant en matière de novation, l’opération n’étant valable qu’en cas de « consentement exprimé de manière claire et expresse »⁴⁶⁴. Enfin, l’institution espagnole, lorsqu’elle est extinctrice, produit peu ou prou les mêmes effets que son homologue française, dont l’extinction des accessoires de l’obligation primitive⁴⁶⁵.

166. La différence des novations française et espagnole : entre extinction et modification. – Pour autant, la novation en droit espagnol apparaît ambiguë lorsqu’elle est observée à travers le prisme du droit français. L’article 1156, alinéa sept, du Code civil espagnol dispose en effet que « les obligations s’éteignent [...] par la novation », tandis que l’article 1203 du même code, qui ouvre une section consacrée à la novation, énonce que « les obligations peuvent se modifier [...] » de trois manières différentes. Ainsi, la doctrine a-t-elle mis en évidence l’existence d’une « novation extinctrice » (*novación extintiva*) et d’une « novation modificatrice » (*novación modificativa*)⁴⁶⁶. L’existence de cette seconde variété de novation a d’ailleurs été entérinée par un jugement du Tribunal suprême espagnol rendu au visa de l’article 1207 du Code civil espagnol, lequel dispose que « lorsque l’obligation s’éteint par la novation [...] »⁴⁶⁷. Le Tribunal a ainsi déduit de la conjonction « quand » qu’il existe une novation ne produisant pas d’effet extinctif et pour laquelle l’article 1207 n’est pas applicable⁴⁶⁸. En somme, à la différence du droit français, l’obligation préexistante peut demeurer, son sort étant placé entre les mains des cocontractants⁴⁶⁹. Il reste que, selon la doctrine majoritaire espagnole, adoubée par la jurisprudence, la volonté des parties est impuissante en présence d’une incompatibilité totale entre les deux obligations : une telle situation se produit lorsque l’obligation nouvelle modifie l’objet ou les modalités principales ou essentielles de l’obligation ou, plus largement, modifie substantiellement l’économie du contrat⁴⁷⁰. Une telle présomption d’*animus novandi*

l’enrichissement sans cause et la responsabilité extracontractuelle], 9^e éd., Madrid, Tecnos, 2005, p. 234 (trad. libre).

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ A. CALVO MELJIDE, *Derecho civil empresarial [Droit civil des affaires]*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 191 (trad. libre).

⁴⁶⁵ J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil [Fondamentaux de droit civil]*, t. 1, vol. II, *Derecho general de las obligaciones [Droit général des obligations]*, 4^e éd., Barcelone, Bosch, 1988, pp. 394-407 (trad. libre).

⁴⁶⁶ A. HERNÁNDEZ GIL, « El ámbito de la novación objetiva modificativa » [Le domaine de la novation objective modificatrice], *Revista de Derecho Privado [Revue de droit privé]*, 1961, pp. 797-807 (trad. libre).

⁴⁶⁷ Trad. libre.

⁴⁶⁸ Tribunal suprême espagnol, 29 avr. 1947, *Repertorio de Jurisprudencia [Répertoire de jurisprudence]*, n° 607.

⁴⁶⁹ J. L. LACRUZ BERDEJO (dir.), *Elementos de derecho civil [Éléments de droit civil]*, t. 2, *Derecho de obligaciones [Droit des obligations]*, vol. 1, *Parte general, Teoria general del contrato [Partie générale, théorie générale du contrat]*, 3^e éd., Saragosse, JMB, 1994, n° 198 (trad. libre).

⁴⁷⁰ J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil [Fondamentaux de droit civil]*, *op. cit.*, 4^e éd., Barcelone, Bosch, 1988, pp. 390-391 (trad. libre).

évoque assurément la théorie française, soutenue par quelques-uns, du « seuil maximal de modification »⁴⁷¹. En tout état de cause, le doute portant sur l'intention des parties doit conduire l'interprète du contrat, c'est-à-dire le juge, à retenir l'effet le plus faible, c'est-à-dire la novation modifiante⁴⁷².

167. Conclusion de chapitre. – Des développements précédents, il ressort que l'argument tiré du droit comparé ne saurait, tant s'en faut, conduire à la disparition de la novation. Certes, l'institution a disparu en Allemagne. Toutefois, cette disparition a été permise par le particularisme du système juridique allemand, lequel n'est en aucun cas comparable au système français. Surtout, il a été démontré que la novation demeure connue, à l'époque contemporaine, de plusieurs autres ordres juridiques, construits sur le modèle de la *common law* ou issus de la tradition civiliste. En ces derniers cas, elle présente de nombreux traits communs avec l'institution française.

168. Conclusion de titre. – Les perspectives de la novation, en droit français, comme en droit comparé, convergent toutes vers sa permanence. Dans les ordres juridiques étudiés, elle se caractérise principalement par sa singularité. Elle constitue un outil utile aux praticiens, sous réserve que son régime soit clairement dessiné, ce qui supposerait d'opérer plusieurs corrections au sein du chapitre relatif aux « opérations sur obligations ».

169. Conclusion de partie. – En premier lieu, l'« institution fossile », selon la définition proposée précédemment⁴⁷³, est celle qui est « conservée en droit positif par pur automatisme, n'évoluant plus dans le contexte juridique contemporain [...] à l'exception des hypothèses dans lesquelles elle est dénaturée par une application inexacte des règles qui la composent ». Or, il a été démontré qu'en droit français, la novation manifeste un puissant esprit d'innovation et de métamorphose. C'est ainsi que sont apparues les figures de la novation de contrat et du consentement anticipé du débiteur. Il est vrai néanmoins que certaines évolutions sont nuisibles à l'institution, car elles brouillent ses frontières avec d'autres mécanismes qui affectent les obligations : c'est le cas de l'apparition de la novation automatique et de la novation par changement de cause. De même, le dynamisme des novations étrangères, anglaises et espagnoles en particulier, devrait conduire l'institution française, dans un proche avenir, à évoluer davantage. En second lieu, il a été remarqué qu'une institution, pour être fossile, doit être absente tant du « langage du droit » que du métalangage⁴⁷⁴. Or, derechef, la novation génère toujours une jurisprudence importante et elle demeure un objet d'étude de la doctrine : elle est ainsi présente tant dans le langage du droit que dans le métalangage. Cette pérennité se justifie par la singularité de la novation qu'il conviendrait toutefois de mettre en évidence au sein des textes. Dès lors, la novation ne satisfait pas au critère endogène de l'institution fossile.

⁴⁷¹ Sur laquelle, v. *supra*, n^{os} 113-116.

⁴⁷² J. L. LACRUZ BERDEJO (dir.), *Elementos de derecho civil [Éléments de droit civil]*, op. cit., n^o 198 (trad. libre).

⁴⁷³ V. *supra*, n^o 4.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

CONCLUSION GÉNÉRALE

170. Rejet de la qualification d'« institution fossile ». – En conclusion, ne satisfaisant ni au critère exogène ni au critère endogène, la novation n'est pas une institution fossile. Le législateur n'a ainsi pas violé une éventuelle « loi d'évolution » qui conduirait « inexorablement les systèmes juridiques à recevoir d'abord la cession des droits personnels sous une forme imparfaite et détournée, avant d'en admettre la cession pure et simple »⁴⁷⁵. L'apparition de nouvelles techniques juridiques n'implique en effet aucunement la disparition de celles dont la pratique est familière, en particulier lorsque ces dernières, par leurs transformations, se différencient largement des nouvelles. En cela, la novation est sans doute de ces « concepts et [...] notions juridiques [qui] se transforment et évoluent avec le temps »⁴⁷⁶. Pour cette raison précise, le déclin puis la mort lente de la novation, annoncés depuis plus d'un siècle, n'ont pas eu lieu et ne semblent pas se dessiner à l'horizon. Il faut dès lors espérer que la novation, comme les olives, sera éternelle.

⁴⁷⁵ M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », préc., spéc. n° 3.

⁴⁷⁶ R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. LE BALLE, Paris, Sirey, 1953, n° 81.

BIBLIOGRAPHIE

I. Manuels, traités et ouvrages généraux.

L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 6^e éd., coll. Amphi LMD, Paris La Défense, Gualino, 2021.

N. ANDREWS, *Contract Rules: Decoding English Contract Law* [Règles contractuelles : décodage du droit des contrats anglais], 1^{re} éd., Cambridge, Intersentia, 2016.

Ch. AUBRY et Ch. RAU, par É. BARTIN, *Cours de droit civil français*, t. 4, 6^e éd., Paris, éditions Techniques, 1942.

G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 3, *Des obligations*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1908.

H. G. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts* [Notes du professeur Chitty sur les contrats], 33^e éd., coll. Common Law Library, Londres, Thomson Reuters, 2018.

A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd., coll. Précis Domat, La Défense, LGDJ, 2021.

Ch. BEUDANT, par R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, G. LAGARDE et R. PERROT, *Cours de droit civil français*, t. 9, *Les contrats et les obligations*, 2^e éd., Paris, Rousseau et Cie, 1953.

M. BLACKETT-ORD, *Partnership: the modern law of partnership, limited partnership and limited liability partnership* [Société : droit contemporain des sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple et sociétés à responsabilité limitée], 2^{de} éd., Londres, Butterworths, 2002.

C. BLUM (dir.), *Le Littré*, vol. 8, Paris, Le Figaro, 2007.

H. BROX et W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB [Partie générale BGB]*, 37^e éd., coll. Academia Iuris, Munich, Vahlen, 2013.

M. BRUSORIO AILLAUD, *Droit des obligations*, 12^e éd., coll. Paradigme, Bruxelles, Bruylant, 2021.

Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, 17^e éd., coll. Sirey Université, Paris, Dalloz, 2020.

A. BURROWS, *Principles of the English Law of Obligations* [Principes du droit anglais des obligations], Oxford, Oxford University Press, 2015.

A. CALVO MEIJIDE, *Derecho civil empresarial [Droit civil des affaires]*, Madrid, Dykinson, 2003.

J. CARBONNIER,

– *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 2000.

– *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, les obligations*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 2004.

J. CARTHRIGHT, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer* [Droit des contrats : introduction au droit anglais des contrats pour le juriste civiliste], 3^e éd., Oxford, Bloomsbury, 2016.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2020.

R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, *Effets des obligations*, Paris, Rousseau et Cie, 1931.

Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 28, Paris, A. Marescq, 1872.

- D. DEROUSSIN**, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., coll. Corpus, Paris, Economica, 2012.
- L. DíEZ-PICAZO et A. GULLÓN**, *Sistema de derecho civil [Système de droit civil]*, vol. 2, *El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual [le contrat en général, la relation obligatoire, les contrats spéciaux, les quasi-contrats, l'enrichissement sans cause et la responsabilité extracontractuelle]*, 9^e éd., Madrid, Tecnos, 2005.
- A. DURANTON**, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 12, Paris, A. Gobelet, 1831.
- M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 2021.
- B. FAGES**, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2021, n^{os} 567-569.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX**, *Droit civil, les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., coll. Sirey Université, Paris, Dalloz, 2015.
- V. FORTI**, *Régime général des obligations*, coll. Paradigme, Bruxelles, Bruylant, 2021.
- J. FRANÇOIS**,
 – *Droit civil*, t. 7, *Les sûretés personnelles*, Paris, Economica, 2004.
 – *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, 4^e éd., coll. Corpus, Paris, Economica, 2017.
 – *Les obligations*, t. 4, *Régime général*, 5^e éd., coll. Corpus, Paris, Economica, 2020.
- M. FROMONT et J. KNETSCH**, *Droit privé allemand*, 2^e éd., coll. Précis Domat, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.
- F. GALGANO**, *Diritto civile e commerciale [Droit civil et commercial]*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti [Les obligations et les contrats]*, t. 1, *Obbligazioni in generale, contratti in generale [Obligations en général, contrats en général]*, 4^e éd., Padoue, CEDAM, 2004.
- E. GAUDEMET**, *Théorie générale des obligations*, rééd., préf. D. MAZEAUD, coll. Bibliothèque Dalloz, Paris, Dalloz, 2004.
- J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU**, *Le régime des créances et des dettes*, coll. Traité de droit civil, Paris, LGDJ, 2005.
- Chr. HIRSCH**, *Schuldrecht Allgemeiner Teil [Partie générale du droit des obligations]*, 11^e éd., Munich, Nomos, 2018.
- L. JOSSERAND**, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1933.
- M. JULIENNE**, *Régime général des obligations*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2020.
- L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE**, *Cours de droit civil de deuxième année*, t. 2, Paris, Les cours de droit, 1941.
- W. KRÜGER** (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB [Commentaire munichois du BGB]*, vol. 2, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil I [Droit des obligation – partie générale I]*, 6^e éd., Munich, C.H.Beck, 2012.
- J. L. LACRUZ BERDEJO** (dir.), *Elementos de derecho civil [Éléments de droit civil]*, t. 2, *Derecho de obligaciones [Droit des obligations]*, vol. 1, *Parte general, Teoria general del contrato [Partie générale, théorie générale du contrat]*, 3^e éd., Saragosse, JMB, 1994.
- F. LAURENT**, *Principes de droit civil français*, t. 18, 3^e éd., Paris, A. Marescq, 1878.
- J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO**, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2010.
- D. LLUELLES et B. MOORE**, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018.
- P. LOKIEC**, *Droit du travail*, coll. Thémis, Paris, PUF, 2019.

Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ, 2020.

Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Droit civil, Paris, LGDJ, 2020.

Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 16^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2021.

G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, les obligations*, t. 2, *Le régime*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1989.

C. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile [droit civil]*, vol. 4, *L'obbligazione [L'obligation]*, 2^e éd. rev. et augm., Milan, Giuffrè, 2019.

H., J. et L. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 1998.

E. MCKENDRICK, *Contract Law: Text, Cases, and Materials* [Droit des contrats : textes, jurisprudences et documents], 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2018.

D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB [Partie générale BGB]*, 10^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2010.

V. MERCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IV, 7^e éd., Paris, Delamotte et fils, 1873.

D. MILMAN et T. FLANAGAN, *Modern Partnership Law* [Droit contemporain des sociétés], Beckenham, Croom Helm, 1983.

O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, 1^{re} éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2000.

G. MORSE, *Partnership Law* [Droit des sociétés], 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010.

P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, 2^e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 1969.

O. PALANDT, par P. BASSENGE et al., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 75^e éd., Munich, C.H.Beck, 2016.

M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, Paris, LGDJ, 1931.

M. PLANIOL et G. RIPERT, par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, Paris, LGDJ, 1931.

C. POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Règles du droit français*, Paris, Despillay et Saugrain, 1968.

S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations*, 14^e éd., coll. HyperCours, Paris, Dalloz, 2021.

R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, rééd., préf. J.-L. HALPÉRIN, coll. Bibliothèque Dalloz, Paris, Dalloz, 2011.

J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil [Fondamentaux de droit civil]*, t. 1, vol. II, *Derecho general de las obligaciones [Droit général des obligations]*, 4^e éd., Barcelone, Bosch, 1988.

P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation : D.E.A. de Droit privé général.*, Paris, Les cours de droit, 1976-1978.

G. RIPERT, par R. ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 13^e éd., Paris, LGDJ, 1992.

A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, 4^e éd., coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2020.

Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, 5^e éd., coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2015.

Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 7^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2016.

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, par H. ROLAND, *Droit civil des obligations*, t. 3, *Régime général*, 6^e éd., Paris, Litec, 1999.

F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2019.

B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail. Relations individuelles*, 3^e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2014.

P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles, le régime général des obligations*, 1^{re} éd., coll. Précis, Bruxelles, Larcier, 2016.

F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil. Obligations, régime*, coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 2013.

II. Thèses, monographies et ouvrages spécialisés.

L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, vol. 92, préf. D.-R. MARTIN, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2010.

Aristote,

– *De l'âme*, rééd., texte établi par A. JANNONE, trad. E. BARBOTIN, coll. Universités de France, Paris, Les Belles Lettres, 1996.

– *La Métaphysique*, t. 2, rééd., trad. J. BARTHÉLEMY-SAINT-HILAIRE, Paris, Germer-Baillière et Cie, 1879.

F. ARNAULT, *De la novation en droit romain et en droit français*, Paris, 1864.

L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. MALAURIE, coll. Droit civil, Paris, Economica, 1984.

J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2012.

F. BICHERON, *La dation en paiement*, préf. M. GRIMALDI, coll. Thèses, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2006.

H. CAPITANT,

– *Cours de D.E.S.*, Paris, Les cours de droit, 1932-1933.

– *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923.

E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, t. 348, av.-pr. F. JACQUOT, préf. F. RANIERI, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2001.

G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2018.

F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, coll. Immobilier, droit et gestion, Paris, Sirey, 1988.

G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, t. 121, préf. J. FLOUR, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1972.

Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Aix-Marseille, 1981.

O. DESHAYES, T. GÉNICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2018.

- J. DOMAT**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, t. 1, Paris, J. Rollin, 1745.
- Th. DOUVILLE** (dir.), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2018.
- P.-A. FENET**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Paris, Videcoq, 1836.
- J. FRANÇOIS**, *Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui et délégation de créance)*, Paris 2, 1994.
- E. GAUDEMET**, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, rééd., av.-pr. A. GHOZI, coll. Introuvables, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2014.
- B. GELOT**, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, t. 403, préf. Y. FLOUR, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2003.
- Th. GÉNICON**, *La résolution du contrat pour inexécution*, t. 484, préf. L. LEVENEUR, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2007.
- A. GHOZI**, *La modification de l'obligation par la volonté des parties. Étude de droit civil français*, t. 166, préf. D. TALLON, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1999.
- P. GIDE**, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, L. Larose, 1879.
- J. GROSJEAN et M. LÉTURMY**, *La Bible*, rééd., trad. J. GROSJEAN et M. LÉTURMY, coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1971.
- Th. JANVILLE**, *La qualification juridique des faits*, t. 2, préf. S. GUINCHARD, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.
- E. JEULAND**, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, t. 318, préf. L. CADIET, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1999.
- Chr. JUILLET**, *Les accessoires de la créance*, t. 37, préf. Chr. LARROUMET, coll. Doctorat & Notariat, Paris, Defrénois, 2009.
- H. KELSEN**, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. EISENMANN, coll. Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1962.
- Chr. LACHIEZE**, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, t. 7, préf. J. HAUSER, coll. Doctorat et notariat, La Baule, La Mouette, 2002.
- E. LEHR**, *Éléments de droit civil germanique, considérés en eux-mêmes et dans leurs rapports avec la législation française*, Paris, E. Plon, 1875.
- G. LEPOINTE et R. MONIER**, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1954.
- A.-S. LUCAS-PUGET**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, t. 441, préf. M. FABRE-MAGNAN, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2005.
- I. NAJJAR**, *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, t. 85, préf. P. RAYNAUD, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1967.
- P. NÈGRE**, *Des conditions d'existence et de validité de la novation en droit romain*, Imprimerie universitaire de Provence, 1925.
- M. PÉDAMON**, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2004.
- R. PERROT**, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. LE BALLE, Paris, Sirey, 1953.

- S. PELLET**, *L'avenant au contrat*, t. 24, coll. Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, Paris, IRJS, 2010.
- G. PILLET**, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, t. 1, préf. P. JOURDAIN, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, LGDJ, 2004.
- Ph. REIGNÉ**, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, th., Paris 2, 1993.
- G. RIPERT**, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.
- P. ROUBIER**, *Le droit transitoire (les conflits des lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960.
- G. ROUHETTE**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965.
- R. SALEILLES**, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1914.
- L.-M. SCHMIT**, *Les définitions en droit privé*, préf. J. JULIEN, coll. Thèses de l'IFR, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017.
- P. D. SENE**, *La notion de novation*, Reims, 2006.
- A. SIRI**, *Le mutuus dissensus : notion, domaine, régime*, av.-pr. R. BOUT, préf. Ph. STOFFEL-MUNCK, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, Aix-en-Provence, PUAM, 2015.
- A. SUPIOT**, *Critique du droit et du travail*, coll. Les voies du droit, Paris, PUF, 1994.
- E. TIMBAL**, *De la cause dans les contrats et obligations en droit romain et en droit français : étude critique*, th., Toulouse, 1882.
- A. VAN DE WYNCKELE BAZELA**, *La notion de novation*, Lille 2, 2001.

III. Articles, chroniques et rapports.

- P. ANCEL**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, art., pp. 771-810.
- L. ANDREU**,
 – *JCl. Civil Code*, art. 1327 à 1328-1, fasc. unique.
 – « Les opérations translatives (cession de créance, cession de dette, cession de contrat) », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013, pp. 123-132.
- J.-L. AUBERT et Ch. GOLDIE-GÉNICON**, *Rép. civ.*, Paris, Dalloz, 2017, v^o *Novation*.
- A. AYNÈS**, « Régime de l'obligation et sûretés », *RDC*, juin 2018, n^o hors-série, pp. 46-51.
- N. BATAILLE-NEVEJANS**, « La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles », *Dr. soc.*, 2004, doct., pp. 335-350.
- M. BEHAR-TOUCHAIS**, « Retour sur la clause de substitution », in *Mél. L. Boyer*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 85-97.
- F.-J.-J. BIGOT DE PRÉAMENEU**, « Exposé des motifs », in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Paris, Videcoq, 1836.
- M. BILLIAU**, « Cession de contrat ou "délégation" de contrat (étude du régime juridique de la prétendue cession conventionnelle de contrat) », *JCP G*, 1994, doct., 3758, pp. 199-202.
- L. BINEAU**, « Les obligations alternatives en droit privé », *LPA*, doct., 6 juin 2002, pp. 9-18.
- M. BOURASSIN et L. FROMENT**, « Clair-obscur sur la novation et la délégation », *JCP N*, 2015, étud., 1214, pp. 60-65.

R. BOFFA,

– « Les clauses relatives aux opérations translatives », *JCP N*, 2016, étud., 1115, pp. 47-49.

– « Les obligations translatives dans le projet d'ordonnance », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2015, doss., pp. 2003-2005.

L. BOYER, « Clause de substitution et promesse unilatérale de vente », *JCP G*, 1987, doct., 3310.

Ph. BRUN, « Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ? », *RTD civ.*, art., 1996, pp. 29-55.

M. CABRILLAC,

– « Les accessoires de la créance », in *Mél. A. Weill*, Paris, Dalloz, 1983, pp. 107-120.

– « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. G. Marty*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 234-254

J. CARBONNIER, « Le Code civil », in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. II, *La Nation*, vol. 2, *Le territoire, l'État, le patrimoine*, Paris, Gallimard, 1986, pp. 293-315.

O. CAYLA, « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n° 18, pp. 3-18.

F. CHÉNEDÉ, « La cause est morte... vive la cause ? », *Contrats, conc. consom.*, 2016, doss., 4, pp. 451-472.

D. CHOLET, « La novation de contrat », *RTD civ.*, 2006, art., pp. 467-492.

G. CORNU, « Introduction », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013, pp. 19-24.

C. CROME, « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 2, Paris, A. Rousseau, 1904, pp. 585-614.

F. DANOS, « La novation et la délégation », in M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, vol. 2, *Régime de l'obligation*, t. 82, coll. Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, Paris, IRJS, 2017, pp. 223-246.

A. DENIS-FATÔME, « La délégation de créance. Essai d'une typologie nouvelle », *D.*, chron., 2012, pp. 2469-2475.

Ph. DUPICHOT, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Droit & patrimoine*, avr. 2015, analyse, pp. 20-25.

J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », *RDC*, avr. 2016, doss., n° hors-série, pp. 45-52.

J.-Y. FROUIN, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », *Dr. soc.*, 2017, doss., pp. 696-704.

L. GAUDIN, « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité ? », *RDT*, étud., 2008, pp. 162-169.

M.-J. GEBLER, « Les obligations alternatives », *RTD civ.*, 1969, pp. 1-28.

Th. GÉNICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.*, chron., 2015, pp. 1551-1557.

A. GHOZI, « Effet des conventions, interprétation, qualification (art. 1134 à 1143) », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Doc. fr., 2006, pp. 46-49.

Ch. GIJSBERS,

– « Les opérations translatives », *Dr. & patr.*, mai 2016, doss., pp. 76-79.

- « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. & patr.*, juill.-août 2016, doss., pp. 46-55.
- A. GOUËZEL**, « Les opérations translatives », *AJCA*, mars 2016, doss., pp. 135-140.
- J.-P. GRIDEL**, « Le rôle normatif de la Cour de cassation », *JCP G*, 2019, doct., 214., pp. 376-383.
- J. HERBOTS**, « La lettre et l'esprit du contrat dans une perspective de droit comparé : ne point prouver contre ou outre l'écrit », in *Mél. M. Fontaine*, Paris, Larcier, 2003, pp. 379-423.
- A. HERNÁNDEZ GIL**, « El ámbito de la novación objetiva modificativa » [Le domaine de la novation objective modificatrice], *Revista de Derecho Privado [Revue de droit privé]*, 1961, pp. 797-807.
- D. HIEZ**, « La nature juridique de la dation en paiement : une modification de l'obligation aux fins de paiement », *RTD civ.*, 2004, art., pp. 199-224.
- D. HOUTCIEFF**, « Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur ? », *Dr. & patr.*, juillet-août 2015, doss., pp. 75-79.
- E. JEULAND**, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, var., pp. 455-474.
- M. JULIENNE**,
 – « Article 1338 : la situation du créancier dans la cession de dette », *RDC*, sept. 2015, doss., pp. 801-802.
 – « La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. & patr.*, juill.-août 2016, doss., pp. 56-62.
 – « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », in V. FORTI et L. ANDREU (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2016, pp. 109-125.
- G. KEGEL**, « Verpflichtung und Verfügung » [Obligation et disposition], in *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung: Festschrift für F. A. Mann [Droit international et ordre économique : essai en l'honneur de F. A. Mann]*, Munich, C.H.Beck, 1977, pp. 57-86.
- V. LASSERRE**,
 – « La cession de créance en droit français et en droit allemand », in *Mél. C. Witz*, coll. Mélanges, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 467-503.
 – « La cession de dette consacrée par le Code civil à la lumière du droit allemand », *D.*, chron., 2016, pp. 1578-1587.
- M. LEHMANN**, « La reprise de dette : une perspective allemande », in R. SCHULZE *et al.* (dir.), *La réforme du droit des obligations en France : 5^e journées franco-allemandes*, vol. 20, coll. Droit comparé et européen, Paris, SLC, 2015, pp. 223-231.
- Y. LEROY**, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011, pp. 715-732.
- L. LEVENEUR**, « Le forçage du contrat », *Dr. & patr.*, mars 1998, pp. 69-82.
- R. LIBCHABER**, « Les conséquences de la nullité de la convention novatoire lorsque celle-ci est imputable au créancier », *D.* 1996, somm., pp. 334-335.
- D. R. MARTIN**, « Du changement de contractant », *D.*, chron., 2001, pp. 3144-3147.
- D. MAZEAUD**,
 – « La cause », in *Le Code civil (1804-2004): un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 107-120.
 – « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, chron., 2014, pp. 291-298.
- M. MEKKI**, « Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat », *JCP N*, 2016, act., 1071, pp. 5-7.

- M. MIGNOT**, *JCl. Civil Code*, art. 1306 à 1308, fasc. unique.
- H. MUIR WATT**, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, pp. 503-527.
- C. NOURISSAT**, « La clause de substitution insérée dans une promesse unilatérale de vente : une cession conventionnelle de contrat », *JCP N*, 1999, étud., pp. 874-878.
- Chr. PACTET**, « De la réalisation de la novation », *RTD civ.*, art., 1975, pp. 435-458.
- J.-D. PELLIER**,
- « La cession de dette dans le projet de réforme du régime général des obligations », *LPA*, doctr., 5 oct. 2015, pp. 8-12.
 - « Les dispositions de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 en matière de régime général des obligations », *JCP E* 2018, act., 298, pp. 9-13.
- K. PITSAKIS**, « D.1.3.32.pr (Salvius Julien). Transformations byzantines d'un précepte de droit romain », in Ph. J. THOMAS (dir.), *Libellus ad Thomasium: essays in Roman law, Roman-Dutch law and legal history in honour of Philip J. Thomas*, coll. Fundamina, Pretoria, Université d'Afrique du Sud, 2010, p. 288-298.
- R. SALEILLES**, « De la cession de dettes », *Ann. dr. com.*, 1890, doctr., pp. 1-47.
- Ph. SIMLER**,
- « Cession de dette, cession de contrat », in V. FORTI et L. ANDREU (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, *op. cit.*, pp. 100-108.
 - « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004, pp. 373-400.
 - « De la novation et de la délégation », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013, pp. 133-138.
 - *JCl. Civil Code*, art. 1329 à 1335, fasc. 10.
 - *JCl. Civil Code*, art. 1329 à 1335, fasc. 30.
- V. SOUBISE**, « La transmission, par substitution de bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente », *D.*, chron., 1994, pp. 237-242.
- H. SYNDET**, « Opérations sur créances (art. 1251 à 1282) », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Doc. fr., 2006, pp. 70-73.
- S. TOURNEAUX**, « Le contrat de travail et les dérogations au droit commun des contrats », *Dr. soc.*, 2017, doss., pp. 688-695.
- A. VAN DE WYNCKELE**, « Le régime du changement de contrat de travail au sein d'une même relation de travail », *JCP S*, 2006, étud., 1064, pp. 9-12.
- R. VATINET**, « Le mutuus dissensus », *RTD civ.*, 1987, art., pp. 252-285.
- G. WICKER**, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.*, chron., 2015, pp. 1557-1568.

TABLE DES MATIÈRES

Table des abréviations.....	VIII
Sommaire	X
Introduction.....	1
Première partie. La variable exogène : une institution fragilisée par son environnement.....	9
Titre I. Les solutions particulières de transmission des obligations	9
Chapitre I. La cession de créance	9
Section I. La comparaison de la cession de créance et de la novation lors de la formation.....	10
§ 1. Les conditions de validité	10
A. Les conditions de forme.....	10
B. Les conditions de fond	10
§ 2. Les conditions d’opposabilité	12
Section II. La comparaison de la cession de créance et de la novation lors de l’exécution	13
§ 1. La perte des sûretés attachées à la créance	13
§ 2. L’opposabilité des exceptions.....	14
Chapitre II. La cession de dette.....	14
Section I. La comparaison de la cession de dette et de la novation lors de la formation.....	16
§ 1. Les conditions de validité	16
A. Les conditions de forme.....	16
B. Les conditions de fond	16
§ 2. Les conditions d’opposabilité	19
Section II. La comparaison de la cession de dette et de la novation lors de l’exécution	20
§ 1. L’effet libératoire.....	20
A. La libération du cédant.....	21
B. Le sort des sûretés	22
§ 2. L’opposabilité des exceptions.....	24
Titre II. Les solutions d’application générale : la liberté des conventions	26
Chapitre I. La modification de l’obligation dès la formation du contrat	26
Section I. La concurrence de la novation par changement de l’obligation.....	26
§ 1. Les obligations disjonctives.....	27
A. Les obligations alternatives.....	27
B. Les obligations facultatives.....	28
§ 2. Les clauses de mobilité	29

Section II. La concurrence de la novation par changement d'un sujet au rapport d'obligation : les clauses de substitution	31
§ 1. L'autonomie de la substitution de personne	31
§ 2. La comparaison avec la novation.....	33
A. Les conditions	33
B. Les effets	34
Chapitre II. La modification de l'obligation lors de l'exécution du contrat	35
Section I. La modification du contrat	35
§ 1. Le maintien du lien de droit.....	35
§ 2. L'intention des parties	36
Section II. Le <i>mutuus dissensus</i>	37
§ 1. L'extinction et la création des rapports de droit	37
§ 2. L'interdépendance des rapports de droit.....	38
Seconde partie. La variable endogène : une institution vitalisée par son évolution	40
Titre I. Les métamorphoses de l'institution	40
Chapitre I. Les transformations bienvenues.....	40
Section I. L'apparition jurisprudentielle de la novation de contrat	41
§ 1. Le mécanisme de la novation de contrat.....	41
A. La définition.....	41
B. Les effets	42
§ 2. L'éventuelle requalification de la novation de contrat	43
Section II. La reconnaissance législative du consentement anticipé du débiteur	45
§ 1. La pertinence de la nouveauté	45
§ 2. Les imprécisions du consentement anticipé.....	45
Chapitre II. Les déformations nuisibles	47
Section I. La consécration jurisprudentielle de la novation automatique	47
§ 1. Le rejet du critère objectif : le seuil maximal de modification.....	47
§ 2. L'admission du critère subjectif : la prééminence de la volonté des parties	49
A. L'intention commune univoque des parties	49
B. Le rôle du juge dans l'interprétation de <i>l'animus novandi</i>	51
Section II. La réflexion doctrinale sur la novation par changement de cause	52
§ 1. L'impossibilité théorique.....	52
§ 2. L'impossibilité pratique.....	53
Titre II. Les perspectives de l'institution	54
Chapitre I. La mise en exergue de la singularité de la novation en droit français.....	55
Section I. La dualité de l'institution : l'extinction et la création corrélatives d'obligations	55
§ 1. Les qualifications réductrices	55

§ 2. Une institution <i>sui generis</i> ?	56
Section II. La nécessité d'une réforme d'ampleur	57
§ 1. Les insuffisances de la réforme de 2016.....	58
A. Les carences du régime de la novation	58
1. Le report des sûretés	58
2. L'opposabilité des exceptions.....	60
B. L'exigence d'une classification plus fine des opérations sur obligations	62
§ 2. L'insécurité juridique inhérente à la novation	63
A. Le degré de nouveauté de l' <i>aliquid novi</i>	63
B. Les conflits de qualifications entre les modes de transport directs et indirects des obligations.....	64
Chapitre II. Le détour par les droits étrangers	65
Section I. L'omnipotence de l'institution en <i>common law</i>	66
§ 1. Le droit commun des contrats.....	66
§ 2. Le droit des sociétés.....	67
Section II. Les disparités des droits de tradition civiliste	68
§ 1. La disparition de la novation en droit allemand	68
A. Les techniques juridiques utilisées.....	68
B. La structure du droit allemand	70
§ 2. L'ambiguïté de la novation en droit espagnol	71
Conclusion générale	74
Bibliographie.....	75
Table des matières.....	84