

Pierre RAYNAUD
PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS

**LES CONTRATS AYANT POUR
OBJET UNE OBLIGATION**

D.E.A. de Droit privé Paris II 1977-1978

LES COURS DE DROIT
158, Rue Saint-Jacques
PARIS - V.

Pierre RAYNAUD

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS

LES CONTRATS AYANT POUR OBJET UNE OBLIGATION

D.E.A. de Droit privé Paris II 1977-1978

PIERRE RAYNAUD

Professeur à l'Université de Droit, d'économie
et de Sciences Sociales de Paris

LES CONTRATS AYANT POUR OBJET UNE OBLIGATION

D.E.A. de Droit privé général

+++++
+++++
+++++
+++++
+++++

INTRODUCTION

Je me propose d'étudier cette année les contrats qui ont pour objet une obligation, en vue de rechercher les traits caractéristiques que leur confère cet objet.

Il faut tout de suite préciser de quels contrats il s'agit.

+++++
+++++ § 1 - Une obligation peut être l'objet d'un contrat

Si on définit, comme on le fait habituellement et comme le fait en termes à peine différents l'art. 1101 du C. civ., le contrat comme une convention génératrice d'obligations, il semble que tous les contrats ont pour objet une ou des obligations, puisqu'ils tendent à engendrer une ou plusieurs obligations. Mais ce n'est pas ainsi que nous retiendrons l'idée d'une obligation objet de contrat.

Il faut, en effet, préciser ce que l'on entend par objet du contrat.
L'art. 1108 énumère les quatre conditions de validité d'une convention et il place parmi elles : "un objet certain qui forme la matière de l'engagement". L'objet c'est donc la matière de l'engagement contractuel.

Les art. 1126 et s. précisent ce qu'il faut entendre par là, sous l'intitulé "De l'objet et de la matière des contrats" et il apparaît que l'objet ainsi compris c'est l'objet des obligations nées du contrat, c'est-à-dire des prestations stipulées : "Tout contrat, dit l'art. 1126, a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire".

A vrai dire, il faut distinguer plusieurs notions de l'objet du contrat.

D'abord et avant tout l'objet du contrat c'est l'opération juridique poursuivie par les parties qui veulent, par exemple, transférer la propriété d'un bien, ou réaliser un prêt.

Mais ce n'est pas de cet objet que traitent les art. 1126 et s. En effet, l'opération juridique voulue se réalise par la création d'obligations qui sont elles-mêmes l'objet du contrat, comme l'obligation de payer un prix ou d'effectuer un travail. L'objet du contrat c'est alors la prestation promise : donner, faire ou ne pas faire (art. 1126).

Il faut aller plus loin. Parmi les prestations qui peuvent être promises il en est qui ont elles-mêmes pour objet une chose. C'est ce que dit l'art. 1126 : le contrat peut avoir pour objet "une chose qu'une partie s'oblige à donner". Alors l'objet du contrat ce n'est pas seulement l'obligation ou les obligations qu'il engendre, c'est la chose qui fait l'objet de cette obligation et c'est ainsi qu'il y a des choses qui peuvent être "l'objet d'une convention" et d'autres qui ne le peuvent pas. L'art. 1128 le précise : "Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions".

On peut encore affiner l'analyse en remarquant que lorsqu'une chose est dite ainsi l'objet du contrat, en réalité ce n'est pas la chose elle-même qui constitue cet objet mais un droit ayant lui-même pour objet cette chose. La précision peut paraître inutile lorsque ce droit est la propriété, car la propriété se confond souvent avec la chose sur laquelle elle porte, mais elle s'impose lorsque ce droit est différent; et l'art. 1127 la donne lorsqu'il dispose : "le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat".

C'est ainsi qu'une obligation peut être envisagée comme objet d'un contrat : si on voit cet objet, au-delà des obligations que celui-ci fait naître, dans les choses qui sont elles-mêmes objet de ces obligations. Une obligation peut être alors l'objet des obligations nées du contrat.

Il en est ainsi dans le cas, par exemple, de la cession de créance qui s'analyse en la vente d'une obligation. La créance cédée est l'objet du contrat de cession de créance, de même que le bien vendu est l'objet de la vente.

Et si nous considérons plus précisément non plus la chose elle-même mais le droit sur cette chose qui fait l'objet du contrat, nous pouvons constater que la cession de créance a pour objet la propriété de la créance, mais qu'il y a des contrats pouvant avoir pour objet un autre droit que la propriété de la créance, par exemple un droit d'usufruit ou de gage et c'est ainsi qu'existe la mise en gage des créances.

Parmi les contrats ayant ainsi pour objet une obligation il en est dont le principe ne soulève aucune objection. Ainsi, puisque un contrat conclu entre le créancier et le débiteur a pu faire naître l'obligation et en aménager les modalités, rien ne fait obstacle à un nouveau contrat qui aurait pour objet d'éteindre cette obligation, comme la remise de dette, ou de la modifier dans son objet, comme la novation par changement d'objet et peut-être d'autres contrats qui modifieraient l'obligation sans véritable novation et qu'une thèse récente a étudiés (Alain Ghosi, La modification de l'obligation par la volonté des parties, Thèse Paris II 1975).

+++++

§ 2 - Les conditions auxquelles une obligation peut faire l'objet d'un contrat

Il est des contrats qui ne se conçoivent que si l'obligation qui en fait l'objet est analysée d'une certaine manière.

Il ne suffit pas de dire d'elle qu'elle est une chose au sens très large que donne à ce mot, lui-même très vague, l'art. 1126 puisqu'il désigne à la fois "la chose" qu'une partie s'oblige à donner et "la chose" qu'elle s'oblige à faire ou à ne pas faire. C'est ainsi qu'on ne peut concevoir la cession d'une obligation que si on voit dans celle-ci non pas le fait ou l'abstention du débiteur mais une valeur susceptible d'être transmise, c'est-à-dire un véritable bien, au sens juridique et économique du terme.

C'est ce qui est aujourd'hui largement admis, mais il n'en a pas toujours été ainsi et cet aspect de l'obligation ne s'est dégagé qu'à la suite d'une lente évolution historique dont il n'est pas certain qu'elle soit achevée.

La notion : dualiste de l'obligation.
dualiste de : Celle-ci est définie d'abord comme l'obligation : me un lien de droit entre le créancier et le débiteur par lequel celui-ci est tenu envers celui-là, c'est l'aspect personnel du droit de créance, appelé aussi droit personnel, par opposition au droit réel qui établit un lien entre une personne et une chose, du moins dans sa conception classique. Le créancier et le débiteur sont des éléments essentiels de l'obligation qui s'analyse en un rapport entre eux.

Mais il apparaît en outre que l'obligation est un bien, une valeur, au même titre que les biens corporels ou incorporels sur lesquels s'exercent les droits réels. Du côté du créancier l'obligation est une créance qui figure à l'actif du patrimoine du créancier et, du côté du débiteur, c'est une dette qui figure au passif du patrimoine du débiteur. C'est sous ce second aspect que l'obligation peut être considérée comme l'objet de certains contrats et qu'elle peut notamment être vendue ou mise en gage.

Or il n'en a pas toujours été ainsi et, dans la conception primitive de l'obligation qui était celle du Droit romain à l'origine, l'obligation était essentiellement et uniquement un droit personnel, un rapport entre deux personnes dont elle ne pouvait être détachée, qui ne pouvait survivre à un changement de créancier ou de débiteur.

A - L'évolution de la conception de l'obligation

Dans le droit romain primitif en effet l'obligation liait deux personnes déterminées et elle ne pouvait survivre à la disparition de l'une d'elles. Ce n'est que plus tard que le droit de créance est devenu un droit patrimonial parce que portant au-delà de la personne du débiteur, sur les biens de celui-ci. Cette patrimonialisation de l'obligation était la condition nécessaire des principaux contrats pouvant avoir une obligation pour objet. Comment s'est faite cette évolution ?

La patrimonialisation : Nous pouvons essayer de le voir en considérant l'origine de deux contrats dont nous aurons à parler par la suite : le mandat et le prêt. Dans le mandat, le mandataire agit en son nom mais pour le compte du mandant. Dans le prêt, le prêteur livre une somme d'argent au emprunteur qui s'engage à la lui rendre avec intérêts à une date déterminée. Dans les deux cas, le contrat crée un lien entre deux personnes, mais ce lien n'est pas personnel, il est patrimonial. Le mandat peut être transféré à un tiers, de même que le prêt. Le créancier peut céder son droit à un tiers. Le lien n'est pas personnel, il est patrimonial.

tion : la cession de l'obligation et la subrogation personnelle. L'une et l'autre d'abord inconnues, parce que incompatibles avec la conception primitive de l'obligation, se sont peu à peu imposées à raison de leur nécessité, mais elles n'ont pu être consacrées qu'au prix d'une transformation profonde de la conception de l'obligation elle-même.

1° - Les difficultés soulevées par la cession des obligations

La possibilité de transmettre par contrat une créance ou une dette était exclue avec la conception primitive de l'obligation.

Celle-ci faisait de l'obligation l'incapacité : uniquement un lien entre deux personnes primitives : nes dont on ne pouvait concevoir qu'il puisse survivre au changement de l'un des sujets (actif ou passif).

On a pu expliquer ce trait par deux raisons essentielles : (V.E. Gaudement, Etude sur le transport de dettes à titre particulier p. 28 et s.).

- La première était le formalisme du contrat ayant fait naître l'obligation. Le contrat ne pouvait se conclure que par des formalités accomplies personnellement par le créancier et le débiteur; si on voulait changer l'un ou l'autre il fallait accomplir des formalités nouvelles et celles-ci créaient des obligations nouvelles. Cette conception rendait impossible la représentation, le contrat pour autrui et enfin la transmission des obligations. On a pu dire que les droits personnels pouvaient s'éteindre et renaître mais qu'ils ne pouvaient pas circuler.

- La seconde raison tenait à la conception même du droit du créancier dans ce système juridique. Ce droit portait essentiellement sur la personne du débiteur qui était livré à lui, dans sa personne, son honneur et sa vie. L'obligation (obligation) était un lien et un lien personnel dont l'inexécution était sanctionnée uniquement par l'exécution sur la personne et qui pouvait aboutir à la vente ou à la mort du débiteur.

D'ailleurs la dette était à l'origine un simple lien moral, le créancier avait fait confiance au débiteur (d'où le mot de créance) mais à lui seul, et le débiteur

avait engagé sa foi envers le créancier et pas envers un autre et on ne concevait pas la survie de l'obligation au profit d'un créancier différent ou à la charge d'un débiteur nouveau. Le lien d'obligation ne pouvait se transmettre et en particulier faire l'objet d'un contrat translatif. D'ailleurs on ne voyait pas alors l'intérêt de la circulation des obligations.

Par la suite l'idée d'une transmission de l'obligation, d'une succession à la créance ou à la dette a fini par s'imposer peu à peu.

- a) Cette succession a d'abord
La succession à : été admise à titre universel.
titre universel : A l'origine, les créances et les
aux obligations : dettes s'éteignaient à la mort du
créancier ou du débiteur, ce qui donnait à l'obligation une grande précarité et qui altérait profondément le crédit.

On avait d'abord remédié à cet inconvénient en multipliant les créanciers et les débiteurs, d'où la pratique très répandue du cautionnement, ou encore en recourant à des procédés divers pour contraindre les héritiers du débiteur à payer ses dettes, comme celui qui consistait à enlever le cadavre de celui-ci pour le priver de sépulture tant que les héritiers n'avaient pas payé. Cette prise d'otage était efficace à raison de l'importance que la religion primitive attachait à la sépulture pour le repos des mânes du défunt.

Les historiens discutent sur la portée de cette intransmissibilité mais ils s'accordent pour en reconnaître le principe.

Ils discutent aussi sur la date à laquelle a été admis à Rome le principe inverse de la succession universelle aux créances et aux dettes du défunt et de leur partage entre les héritiers. Il semble que la succession aux créances ait été admise la première, la succession aux dettes ayant suivi deux siècles plus tard.

On avait pu expliquer cette transmission par la fiction de la continuation de la personne : l'héritier étant considéré comme la même personne que le défunt, il était tenu de ses dettes et titulaire de ses droits, sauf quelques exceptions qui témoignaient de la survie des conceptions primitives. C'était en réalité, sous le couvert de la fiction, admettre le caractère patrimonial de l'obligation et sa transmission aux héritiers avec le patrimoine

dont elle faisait partie. Ce résultat était acquis à la fin de la République romaine. Mais on n'admettait pas encore la succession aux créances et dettes à titre patrimonial.

- b) Cette succession à titre patrimonial
La succession à : titulier n'a été vraiment admise que
titre patrimonial : du côté actif avec la cession de cré-
ancier au : ance. Mais celle-ci n'a été acceptée
créances : que très tard.

Le droit romain ne l'a jamais nettement consacrée expressément, le principe primitif de l'incessibilité n'ayant jamais été nettement répudié. Mais ce principe avait des inconvénients pratiques surtout lorsque se sont développés le commerce et le crédit et c'est en recourant à des procédés détournés que les praticiens romains arrivaient à des résultats comparables à ceux que pourrait donner une cession de créance.

- Le premier était la novation par
Les procédés : changement de créancier. Celle-ci per-
détournée pour : mettait de substituer un nouveau cré-
Y parvenir : ancier à l'ancien; mais elle supposait
l'engagement du débiteur envers ce nouveau créancier et surtout elle n'avait aucun effet translatif : elle faisait naître une obligation nouvelle en éteignant l'obligation primitive, ce qui entraînait la perte des sûretés garantissant l'obligation primitive et l'impossibilité pour le débiteur d'opposer à son nouveau créancier les exceptions qu'il avait contre le créancier primitif.

Le second procédé avait consisté à recourir au mandat, plus précisément à la procuratio in rem suam. Le créancier qui voulait transmettre sa créance donnait mandat à celui auquel il voulait la céder de poursuivre le débiteur en justice et, comme ce mandat était dans l'intérêt du mandataire, celui-ci était dispensé de rendre compte, c'est-à-dire qu'il gardait pour lui le bénéfice de l'exécution.

L'opération pouvait se réaliser sans l'accord du débiteur; elle conférait au mandataire les mêmes droits qu'au mandant. Mais le mandat était révocable tant que la poursuite exercée par le mandataire n'avait pas encore conféré un droit personnel à celui-ci (ce qui résultait de la litis contestatio) et il était révoqué de plein

droit par la mort du mandant, d'où l'insécurité d'un transfert qui ne voulait pas dire son nom.

Un pas de plus devait être accompli sous l'Empire. Diverses Constitutions impériales reconnaissaient pratiquement la possibilité d'une véritable cession de créances dans divers cas particuliers par un accord entre le cédant et le cessionnaire. Pour ne pas paraître contredire le principe de l'incessibilité de la créance, on disait que le cessionnaire obtenait le droit d'exercer l'action du cédant sous forme d'action utile. On disait que le premier créancier avait l'action directe, et le nouveau l'action utile.

Et pour éviter que le débiteur ne paye le créancier primitif dans l'ignorance de la cession, on devait imaginer une procédure en vue d'informer le débiteur : la denuntiatio, qui est à l'origine de notre article 1690, et à partir de laquelle le débiteur ne pouvait plus faire un paiement libératoire entre les mains du cédant.

Mais c'est surtout dans l'Ancien Droit français que la cession de créance a véritablement acquis droit de cité, surtout par le développement de pratiques qui contredisaient le principe de l'intransmissibilité, affirmé encore par les glossateurs en termes particulièrement énergiques : "Nomina adeo ossibus hominum inhaerent ut nunquam separantur..." (Les créances adhèrent tellement aux os des hommes qu'elles ne peuvent jamais en être séparées) "Non possunt separari a domino sicut nec anima a corpore" (Elles ne peuvent être séparées de leur maître, pas plus que l'âme du corps).

La pratique ne pouvait s'accommoder de cette intranmissibilité et elle devait organiser la cession de créance appelée alors transport de créances, en créant et en développant les titres de crédit.

Les théoriciens se sont alors efforcés d'expliquer l'opération en généralisant le principe de la cession de l'action utile et en assimilant la dénonciation au débiteur à la tradition en matière de transmission des droits réels ce que devait faire l'art. 108 de la Coutume de Paris : "simple transfert ne saisit point, et il faut signifier le transport à partie".

Au XVIIIème siècle le principe de la cessibilité des créances est affirmé par plusieurs auteurs qui condamnent la règle romaine. C'est dire que la créance est devenue un bien, une valeur susceptible de transmission comme les choses corporelles; les droits personnels sont cessibles

La consécration : comme les droits réels et, dans son traité de la vente, Pothier pouvait parler de la propriété des créances (n° 552-559). Le code Civil devait consacrer cette révolution.

Des créances : Depuis, la cession de créance n'a fait que se développer en prenant des formes nouvelles surtout lorsque la créance s'incorpore dans un titre qui se transmet à la manière d'un meuble corporel lorsqu'il est au porteur ou par d'autres procédés que le droit commercial a développés comme celui de l'endossement. Ce dernier a été récemment réglementé en matière civile pour la transmission des créances hypothécaires, par la loi du 15 juin 1976.

Mais les obstacles que la conception primitive de l'obligation avait dressés devant la succession particulière aux créances ont subsisté plus longtemps et subsistent peut-être encore quant à la succession à titre particulier aux dettes.

c) La succession à titre particulier
La succession : culier aux dettes est appelée cession
à titre parti- : de dette, transport de dette ou encore
culier aux det- : re reprise de dette; elle n'est
tes : pas réglementée par le Code civil et on

sible aujourd'hui encore en droit français, bien que depuis la fin du siècle dernier Eugène Gaudement se soit efforcé de démontrer le contraire, dans sa thèse classique déjà citée et intitulée "Etude sur le transport de dette à titre particulier" (1898), qui a été publiée au lendemain de la promulgation du Code civil allemand qui réglemente cette institution. C'est l'époque où dans la même tendance R. Saleilles publiait son étude sur la cession de dettes. (Annales de droit commercial 1890 p. 1).

A vrai dire, l'utilité de la cession de dettes à titre particulier n'apparaît pas évidente. De prime abord utile ? on voit mal pourquoi quelqu'un voudrait acquérir la dette d'autrui, à moins

d'une grande générosité, si cette cession ne s'insère pas dans une opération plus générale à laquelle il aurait intérêt.

Et surtout la cession de dettes qui devrait normale-

ment résulter d'un contrat entre le débiteur cédant et le débiteur cessionnaire se heurte à une difficulté majeure : elle est dangereuse pour le créancier. Certes, ce créancier a toujours intérêt à la transmission du passif de son débiteur à titre universel car elle se traduit à la mort de celui-ci et elle est le meilleur moyen d'éviter l'extinction de la dette, mais la transmission de la dette entre vifs et à titre par-

Elle peut être : ticiulier peut être inacceptable pour dangereuse : le créancier.

En effet, il y a des cas où la dette a un caractère personnel très accusé, l'intuitus personae ne permet pas une exécution par un autre, la considération de la personne du débiteur est essentielle pour l'exécution. En outre et plus généralement, la personne du débiteur est importante quant à la garantie du créancier, un nouveau débiteur risque de ne pas offrir les mêmes garanties. Saleilles l'avait souligné.

L'opération n'est sans danger pour le créancier que si elle ne libère pas le débiteur primitif, mais alors, ce n'est pas une cession véritable. L'obstacle peut être levé par l'accord du créancier, mais alors, à la différence de la cession de créance, la cession de dettes suppose un contrat à trois personnes et non pas deux : le créancier et les deux débiteurs successifs.

Ces difficultés expliquent pourquoi la cession de dettes a eu encore plus de mal à être admise que la cession de créance et pourquoi on dit aujourd'hui encore très généralement qu'elle n'existe pas en droit français.

Cependant les efforts réalisés

Les efforts ten- au cours de l'Histoire pour organiser
tés pour organi- la cession de dettes témoignent, à ce
ser la cession : propos encore, de la patrimonialisa-
de dettes tion croissante de l'obligation. L'étude de cette évolution est précisée-

ment le sujet de l'ouvrage déjà plusieurs fois cité d'Eugène Gaudement et de l'étude classique de Raymond Saleilles, De la cession de dettes.

La cession de dettes est à peu près inconcevable si l'obligation a un caractère strictement personnel. Seul le débiteur peut accorder satisfaction au créancier et un autre ne saurait être substitué à lui sans changer l'obligation. Mais, si l'obligation a un caractère plus objectif et plus économique, comme l'obligation de payer

une somme d'argent, elle peut être acquittée par n'importe qui et si sa transmission peut être dangereuse pour le créancier, elle n'est pas inconcevable. La patrimonialisation de l'obligation rend la cession de dette théoriquement possible.

Par ailleurs elle est peut-être acceptable par le nouveau débiteur qui possible, la : accepte de se substituer à l'ancien.
cession de dette : Il en est ainsi lorsqu'il était
peut être utile : déjà débiteur d'un autre créancier, si son nouvel engagement le libère du premier. Un débiteur peut accepter de payer les dettes d'autrui s'il se libère ainsi des siennes.

De même, lorsque la dette est liée à un bien, on comprend qu'elle soit transmise en même temps que celui-ci et que, par exemple, l'acquéreur d'un immeuble accepte de payer l'entrepreneur qui a fait des travaux à la suite d'un contrat conclu avec le vendeur.

Enfin, la transmission de la dette présente un intérêt lorsque cette dette est issue d'un contrat synallagmatique et que la créance corrélatrice est elle-même cédée, comme dans le cas du contrat d'entreprise dont profitera l'acquéreur du bien concerné et dont il est logique qu'il en supporte les dettes. La cession est alors une cession de contrat et la transmission de la dette est liée à celle de la créance.

Mais cette cession de dette est-elle possible ?

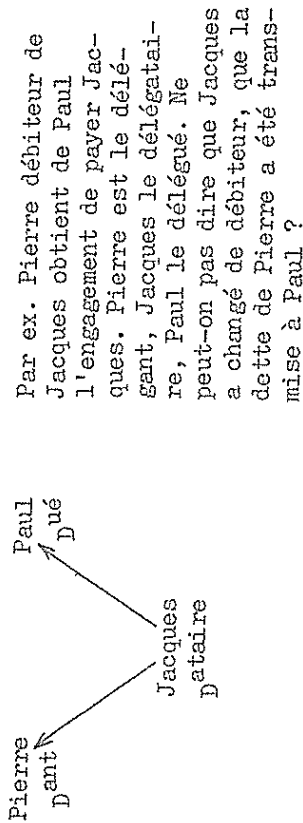
Eugène Gaudement a présenté une

Les procédés : importante étude historique pour ex-
utilisés pour : pliquer que le résultat auquel aboutir-
tenter d'orga- tirait une cession de dette a été pour-
niser la cession : suivi par deux procédés l'un et l'autre
de dette : tre imparfaits avant que l'institution ne soit consacrée par le Code civil allemand de 1900.

Le premier de ces procédés est la délégation.

La délégation : quel "un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier" (art. 1275 du C. civ.). Ce texte consacre ainsi une institution qui a eu une longue histoire et qui apparaît bien ainsi comme un procédé de transmission

passive de l'obligation, c'est ce que Gaudement appelait la délégation passive.



Dans une certaine mesure, mais pas tout à fait.

Pour qu'il y ait succession à la dette il faut qu'un nouveau débiteur soit substitué à l'ancien et donc que celui-ci soit libéré et il faut que la dette soit la même. Or à cet égard il faut distinguer deux sortes de délégation : la délégation parfaite et la délégation imparfaite.

La délégation parfaite libère le premier débiteur. Dans l'exemple donné Jacques (créancier), en acceptant un nouveau débiteur (Paul), décharge son débiteur primitif (Pierre), et il y a donc bien substitution d'un nouveau débiteur au débiteur primitif.

Mais, dans ce cas, la délégation est assimilée à une novation, c'est-à-dire qu'elle fait naître une obligation nouvelle qui se substitue à celle qu'elle éteint. A vrai dire cette assimilation de la délégation parfaite à la novation a été critiquée (Larroumet. Les opérations juridiques à trois personnes. Thèse Bordeaux 1968) mais tout le monde admet cet effet extinctif, sauf à l'expliquer autrement. Il interdit de qualifier l'opération de succession à la dette, de cession de dette.

Pour éviter cet effet extinctif l'Ancien Droit avait imaginé la délégation imparfaite : c'est une opération qui se produit lorsque le créancier n'a pas expressément déclaré vouloir décharger son débiteur primitif (art. 1275). Dans ce cas il n'y a ni novation ni effet extinctif, mais on s'éloigne encore plus de la cession de dette puisque le débiteur primitif (le délégant) n'est pas libéré. Un nouveau débiteur (le délégué) est tenu avec lui mais il

ne se substitue pas à lui, il n'y a pas cession de dette mais création d'une nouvelle dette à côté de l'ancienne.

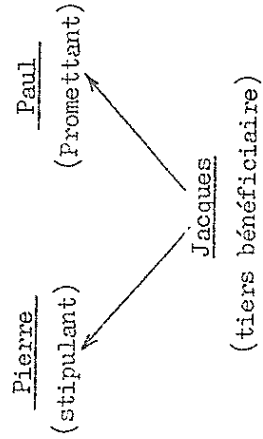
Pour réaliser une véritable cession de dette à titre particulier, il ne permet pas : faut, comme l'a précisé Gaudement, une véritable : trois conditions :
cession de dette :
 - la cession doit résulter de l'accord des deux débiteurs successifs, le créancier donnant seulement son adhésion;
 - il y a succession à la dette, c'est-à-dire que la dette reste la même malgré le changement de débiteur;
 - le débiteur primitif est libéré.

Or la délégation parfaite ne remplit que la troisième condition et non les deux autres, la délégation imparfaite remplit les deux premières conditions (elle résulte de l'accord des deux débiteurs successifs, elle n'a pas d'effet novatoire) mais elle ne remplit pas la troisième, puisqu'elle ne libère pas le premier débiteur.

La délégation a tout de même apporté un premier élément à la construction de la cession de dette en permettant soit de décharger le débiteur primitif (délégation parfaite), soit d'écarter l'effet novatoire qui contredit l'idée de cession (délégation imparfaite).

Le second procédé est-il meilleur ?
 La stipulation : C'est la stipulation pour autrui.

On a pu se demander si une cession de dette ne pourrait pas se réaliser par la stipulation pour autrui. Le mécanisme serait le suivant : le débiteur (Pierre) joue le rôle du stipulant et il obtient d'un tiers Paul (le promettant), l'engagement envers son créancier Jacques (le tiers bénéficiaire). Le schéma est comparable à celui de la délégation et on voit que le créancier (Jacques) a désormais un nouveau débiteur (Paul). Et



l'opération peut se faire par un accord entre le premier

Mais il ne s'agit pas d'une cessation de dette pour deux raisons : D'abord, le nouveau débiteur ne succède pas à la dette du premier : c'est une obligation nouvelle qu'il a contractée. C'est ce que l'on appelle

a un droit direct contre le promettant, encore que la question soit discutée de savoir si le promettant peut opposer au bénéficiaire les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le stipulant. De toute manière la dette du promettant envers le tiers bénéficiaire est différente de celle qu'avait le stipulant envers ce même tiers.

En outre, et c'est une seconde raison de dire qu'il n'y a pas cession de dette, le premier débiteur n'est pas libéré. La stipulation pour autrui ne peut donc réallier une cession de dette que si on estime que celle-ci peut exister sans libérer nécessairement le premier débiteur. (C'est la thèse de E. Lambert, La stipulation pour autrui, les contrats en faveur des tiers. Thèse Paris, 1893.

On a pu essayer de minimiser ces objections en faisant valoir d'une part que si la stipulation pour autrui ne libère pas en droit le premier débiteur elle le libère pratiquement et que, d'autre part, si la dette incombant au promettant est nouvelle elle peut être semblable et qu'ayant sa cause dans la dette primitive elle disparaît si celle-ci disparaît (Goutal, Essai sur le principe de l'effet rélatif du contrat. Thèse, Paris II, 1977, p. 254 et s.). La stipulation pour autrui peut être utilisée pour obtenir des résultats comparables à ceux de la cession de dette.

Ainsi ni la délégation, ni la stipulation pour autrui ne réalisent une cession de dette véritable. Mais on a utilisé ces institutions pour expliquer le mécanisme de certains contrats comme la cession de bail et justifier plus particulièrement la transmission au cessionnaire de la dette du cédant envers le bailleur, c'est-à-dire l'obligation de payer les loyers.

<u>la cession de</u>	:	Ces difficultés seraient levées
<u>dette a été</u>	:	si notre droit organisait une véritable
<u>organisée par</u>	:	cession de dettes à l'exemple du
<u>le Code civil</u>	:	Code civil allemand qui contient des
<u>allemand</u>	:	dispositions générales sur la reprise
		de dette. Celle-ci peut se réaliser de
		deux manières.

D'abord, elle résulte d'un contrat entre le créancier et le repreneur; (§ 414) c'est-à-dire entre le créancier et le nouveau débiteur. Elle s'inspire d'une certaine interprétation de la novation du droit romain d'après laquelle la novation par changement de débiteur ne créait pas une obligation nouvelle mais transmettait la dette inchangée à un nouveau débiteur.

La reprise de dette peut aussi résulter en droit alléguant d'un contrat entre le débiteur et le reprenant, c'est-à-dire entre les deux débiteurs successifs (§ 415). L'opération se réalise alors en deux phases : un contrat entre les deux débiteurs successifs qui transfère la dette, l'adhésion du créancier qui oblige définitivement le nouveau débiteur et libère le premier et qui résulte d'un acte unilatéral. Mais cette adhésion n'est possible qu'après que le créancier ait reçu notification de l'accord des deux débiteurs successifs.

Il s'agit d'une véritable succession à la dette. Le nouveau débiteur est tenu de la même dette que le premier et il peut opposer au créancier les exceptions que le premier débiteur pouvait faire valoir.

Une telle opération est-elle possible en droit français ? Le principe de la liberté des conventions permet la cession de dette : en droit français :

La liberté des conventions : permet la cession de dette : en droit français :

peut être levée si on exige l'accord du créancier ou du moins son adhésion à l'opération.

Si la cession de dette n'est guère pratiquée à l'état isolé elle l'est aujourd'hui couramment quand elle est combinée avec une cession de créance. On parle alors de cession de contrat et la pratique de cette cession est maintenant très répandue. On cède les contrats de bail, de fournitures, de travail, d'assurance ou de promesse de

vente. La cession de contrat synallagmatique contient une cession de dettes.

Il y a même des cessions de contrats

La cession de : unilatéraux comme le prêt. C'est ainsi
 dette est prati- : que la reprise de prêt est pratiquée cou-
 quée par le : ramment en cas d'aliénation d'un immeu-
 moyen de la : ble dont la construction a été financée
 cession de : par un prêt : l'acquéreur accepte de se
 contrat : substituer au vendeur dans la dette de
 remboursement du prêt consenti à celui-ci

Il y a même un cas où la transmission de la dette a lieu de plein droit à l'acquéreur et où le premier débiteur est libéré sans l'accord du créancier; c'est le cas des prêts spéciaux à la construction consentis par le Créancier foncier (art. 9 du décret du 20 mai 1955). Il s'agit alors d'une cession de dette parfaite mais c'est une cession légale. (Sur la question : Mazeaud. La vente d'un logement hypothéqué et garanti d'un prêt à la construction. Échanges, Julliot de la Morandière, p. 367 et s. - Sur la cession de contrat, V. le Cours de Doctorat de H. Malaurie, 1975-76).

L'évolution qui a ainsi abouti à la consécration de la cession active et même passive des obligations n'a pu se faire que par la patrimonialisation de l'obligation et en surmontant les obstacles résultant de la conception personnelle de celle-ci.

Le même problème peut être relevé à propos d'une autre opération ayant l'obligation pour objet : la subrogation personnelle.

2° - Les difficultés soulevées par la subrogation personnelle

La subrogation personnelle rassemble deux situations : il s'agit de la cession de créance; c'est l'opération par laquelle la dette d'autrui est substituée dans les droits du créancier qu'il a désintéressé, la créance lui est donc transmise avec les sûretés dont elle était éventuellement assortie.

Cette subrogation peut résulter soit de la loi elle-même, soit d'une convention, celle-ci pouvant être conclue entre le créancier et le créancier, ou même entre le solvens et le débiteur.

La subrogation personnelle joue le droit romain : aujourd'hui un rôle considérable (V. ignorent la : Jacques Mestre. La subrogation personnelle
 subrogation : nelle, Thèse, Aix, 1976), or elle était
 personnelle : absolument inconnue du droit romain et
 cela à raison du caractère personnel de l'obligation qui faisait obstacle à sa transmission. Elle se heurtait en outre à un autre obstacle : le principe de l'effet extinctif du paiement.

En droit romain celui qui avait payé la dette d'autrui ne pouvait pas être substitué dans les droits du créancier; on n'admettait pas, même dans ce cas, la possibilité d'une substitution de créancier.

C'est par des moyens détournés que Mais il avait : l'on peut arriver à ce résultat dans
 admis des moyens : des cas déterminés, notamment lorsque
 détournés : la dette était payée par une caution
 ou par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué. Lorsqu'on eut admis que la caution ou le tiers détenteur pouvait exercer un recours contre le débiteur, on devait constater que ce recours était illusoire si celui qui l'exerçait ne pouvait utiliser les garanties du créancier désintéressé par lui, le transport de ces garanties était d'autant plus souhaitable que le créancier n'en avait plus besoin puisqu'il était par hypothèse payé. Les jurisconsultes imaginaient donc le procédé suivant : la caution ou le tiers détenteur pouvait résister aux poursuites du créancier si celui-ci ne leur cédait pas ses actions contre le débiteur et on disait que la caution était censée acheter la créance en en payant le montant. La créance était transmise par le bénéfice de la cession d'action. La transmission résultait d'une convention.

Le bénéfice de : caution ou le tiers détenteur pouvait
 cession d'action : résister aux poursuites du créancier si
 celui-ci ne leur cédait pas ses actions contre le débiteur et on disait que la caution était censée acheter la créance en en payant le montant. La créance était transmise par le bénéfice de la cession d'action. La transmission résultait d'une convention.

Le second procédé imaginé par le La successio : droit romain au profit de celui qui
 in locum : avait payé la dette d'autrui consacrait
 une transmission légale; c'était la successio in locum qui assurait la transmission non de la créance mais de l'hypothèque. Il en était ainsi notamment lorsqu'un créancier hypothécaire offrait à un autre de le désintéresser, il prenait ainsi sa place, ce qui était avantageux surtout si celui-ci avait un meilleur rang.

L'institution jouait encore au profit de l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué qui employait le prix de l'acquisition à payer le créancier hypothécaire.

Ce sont aujourd'hui des cas de subrogation légale (art. 1251 C. civ.) mais la notion de subrogation était ignorée du Droit romain et l'institution a pris naissance dans notre Ancien Droit.

Le mot de subrogation a été emprunté au droit canonique et il a servi à désigner une institution née de la fusion de la cession d'action et de la successio in locum qui fut peu à peu étendue puis généralisée parce qu'elle était justifiée par l'équité; elle jouait en effet surtout au profit de celui qui avait rendu service au débiteur en acquittant sa dette et il est de nombreuses hypothèses où elle était admise de plein droit.

Quant à la subrogation conventionnelle, elle devait élargir son domaine quand l'édit d'Henri IV de mai 1609 permit au débiteur lui-même d'accorder la subrogation et introduisit la subrogation consentie par le débiteur à côté de la subrogation consentie par le créancier.

Mais si la subrogation personnelle était demeurée seulement une faveur accordée à celui qui avait rendu un service d'ami, elle n'aurait pas acquis le développement qui a été le sien dans notre droit actuel, qu'il s'agisse de la subrogation conventionnelle ou de la subrogation légale. C'est ainsi que la première est devenue un moyen de faciliter le crédit en protégeant le prêteur, notamment dans les ventes à crédit d'immeubles ou de fonds de commerce ou dans les opérations de crédit à court terme; la subrogation légale a trouvé un domaine d'expansion considérable dans le droit des assurances et de la Sécurité Sociale; elle est devenue une pièce essentielle de notre droit des obligations.

Ce développement n'a été possible que par la patrimonialisation de l'obligation. C'est parce que celle-ci est un bien qu'elle peut être transmise que ce soit par le jeu de la cession de créance ou par celui de la subrogation.

L'idée est actuellement acquise que l'obligation est un bien.

B - La conception actuelle de l'obligation

Aujourd'hui la conception dualiste de l'obligation est unanimement admise; l'obligation est non seulement un lien personnel, en ce sens qu'elle suppose un créancier et un débiteur, mais encore un bien, une valeur qui est susceptible de faire l'objet d'un commerce.

Ce n'est peut-être pas vrai de toutes les obligations. C'est ainsi que les obligations de faire ou de ne pas faire peuvent avoir un caractère essentiellement personnel en ce sens que leur exécution ne peut être assurée que par une personne déterminée; à ce titre elles sont intransmissibles aussi bien à cause de mort qu'entre vifs et elles s'éteignent à la mort de leur débiteur: les héritiers d'un peintre ne sont pas tenus de faire le portrait auquel il s'était engagé. Mais on peut estimer qu'il s'agit d'une exception au principe de la transmissibilité des créances et des dettes.

Sous cette réserve, si l'obligation :
est un bien : aussi une valeur économique comparable à celle que constituent les choses corporelles ou incorporelles sur lesquelles portent les droits réels et, à cet égard, les droits personnels se rapprochent des droits réels en ce sens qu'ils portent les uns et les autres sur une valeur.

Cette idée a été poussée très loin par des auteurs comme M. Ginossar qui en ont conclu à une nouvelle distinction des droits patrimoniaux, remettant en question la distinction classique des droits personnels et des droits réels.

Pour M. Ginossar, il n'y a qu'une sorte de droits patrimoniaux : les droits de propriété, la propriété étant la relation par laquelle une chose appartient à une personne, par laquelle elle est à lui, elle est sienne". Cette chose peut être corporelle ou incorporelle et, parmi les choses incorporelles, il y a les droits intellectuels et les créances. Les créances comme les biens corporels sont donc objet de propriété, le pouvoir d'exiger du débiteur une prestation appartient au créancier et est rattaché à son patrimoine par un droit de propriété. C'est ainsi que le droit de créance est opposable à tous

parce que la propriété est essentiellement opposable à tous.

La situation du débiteur d'une obligation n'est pas foncièrement différente de celle du débiteur d'un droit réel, car, pour M. Ginossar, le droit de créance et le droit réel se distinguent uniquement en ce que le premier oblige une personne dénommée, le débiteur, tandis que le second oblige un propriétaire, comme le propriétaire d'un immeuble grevé d'une servitude. Car pour cet auteur le droit de propriété lui-même n'est pas un droit réel, il n'y a de droits réels que les droits sur la chose d'autrui, ils sont qualifiés de réels parce que l'obligation correspondante est une obligation réelle. Le droit réel est celui dont le titulaire peut exiger une prestation du propriétaire d'un bien déterminé, tandis que le droit personnel, ou de créance, est celui dont le titulaire peut exiger une prestation d'une personne dénommée.

En plaçant ainsi les obligations sur le même plan que les droits réels pour en faire des objets de propriété, la thèse de M. Ginossar pousse très loin l'objectivation de l'obligation; mais celle-ci était admise déjà depuis longtemps puisque nous avons relevé que Pothier déjà parlait de la propriété de créances.

Cela ne veut pas dire qu'il faille

L'obligation : faire abstraction complète de ce qui est aussi un : caractérise l'obligation, c'est-à-dire rapport : le rapport interpersonnel qui unit le interpersonnel : créancier au débiteur et dont les conséquences sont importantes : le droit réel permet à son titulaire d'atteindre directement une chose, tandis que le droit personnel ne peut atteindre les choses qu'à travers la personne du débiteur parce qu'elles font parties de son patrimoine. Pour la même raison, le titulaire d'un droit réel peut exercer celui-ci lui-même et directement, tandis que l'exécution d'une obligation suppose le fait (ou l'abstention) du débiteur.

Ainsi il apparaît que l'obligation est un bien et qu'à ce titre elle peut faire l'objet d'un contrat mais qu'elle est aussi et qu'elle demeure un rapport interpersonnel dans lequel ses deux sujets occupent une place et jouent un rôle dont il faudra mesurer les incidences et qui donneront leurs caractères originaux aux contrats ayant pour objet une obligation.

C'est parce que l'obligation est un bien qu'elle peut faire l'objet de certains contrats. Mais c'est parce que l'obligation est aussi un rapport interpersonnel que les contrats ayant pour objet une obligation ne peuvent pas être des contrats comme les autres.

+++++

§ 3 - Les principaux contrats ayant pour objet une obligation

+++++

Les contrats ayant pour objet une obligation sont nombreux et divers.

Il en est de fort anciens parce qu'ils sont possibles quelle que soit la nature de l'obligation et même si celle-ci est considérée uniquement comme un rapport personnel entre le créancier et le débiteur.

Mais il en est d'autres, relativement plus récents, qui ne sont concevables que si l'on retient la conception dualiste de l'obligation que nous avons dégagée et qui appréhendent l'obligation comme une valeur, comme un bien.

A - Les contrats pouvant avoir pour objet une obligation quelconque

1. - Ce sont d'abord ceux qui font naître l'obligation. Nous n'aurons pas à les retenir en tant que tels car ce sont à peu près tous les contrats; notre propos, avons-nous dit, est d'étudier seulement les contrats ayant pour objet une obligation préexistante.

2. - Parmi ceux-ci et qui sont concevables quelle que soit la nature de l'obligation, il y a d'abord ceux qui ont pour but d'étendre l'obligation en la modifier.

C'est l'un côté d'abord la remise de dette qui est une convention entre le créancier et le débiteur ayant pour objet de libérer celui-ci.

Mais il y a des opérations plus complexes qui entraînent l'extinction de la dette parmi d'autres conséquences : ce sont la novation et la délégation parfaite.

3. - Les contrats ayant pour objet la modification d'une obligation préexistante sont d'abord ceux qui réalisent une novation.

Mais la novation s'analyse en une double opération :

extinction d'une obligation, création d'une obligation nouvelle. Il est d'autres contrats qui réalisent une transformation de l'obligation tout en la maintenant dans son identité. Ce sont ceux qui ont été étudiés notamment par H. Chozi, dans sa thèse précitée sur "la modification de l'obligation par la volonté des parties". C'est le cas de la dation en paiement qui résulte d'un accord entre le créancier et le débiteur pour substituer un autre objet au paiement que celui qui avait été convenu; c'est le cas des diverses modifications aux clauses d'une convention résultant d'un nouvel accord entre les parties à cette convention, comme l'avenant à une police d'assurance ou à un marché. Ces modifications peuvent concerner non seulement les modalités de l'obligation mais encore l'obligation elle-même.

Plus significatives sont les conventions qui ont pour objet l'obligation en tant que bien.

B - Les contrats ayant pour objet une obligation envisagée comme un bien

Ce sont ceux qui se sont heurtés aux difficultés que nous avons dites et qui supposent acquise l'évolution qui a fait de l'obligation ou de certaines obligations une valeur patrimoniale.

- 1. D'une part, ce sont les contrats ayant pour objet la transmission de l'obligation.

Cette transmission peut être celle de la créance, il s'agit alors de la cession de créance et de la subrogation personnelle.

Cette transmission peut porter sur la dette, si l'on admet la cession de dette.

La transmission peut avoir pour objet à la fois la créance et la dette lorsqu'elle porte sur le contrat lui-même qui les a engendrées, si ce contrat est synallagmatique : c'est ainsi que la cession de bail transfère au cessionnaire à la fois les créances et les dettes du cédant.

- 2. D'autre part, l'obligation peut faire l'objet d'un contrat lorsqu'elle est donnée en gage, elle fait alors l'objet d'un contrat de gage (ou de nantissement).

Ces contrats sont divers et ils ont chacun leurs propres difficultés, mais ils ont le trait commun d'avoir

pour objet une obligation et ce trait doit nécessairement leur imprimer une certaine originalité.

+++++

+++++ § 4 - Le particularisme des contrats ayant pour objet une obligation

Si le caractère objectif de l'obligation rend possibles certains contrats ayant celle-ci pour objet, le lien personnel que l'obligation établit entre ses sujets ne peut pas être ignoré et il imprimera logiquement certains traits particuliers au contrat, en même temps qu'il posera un certain nombre de questions.

Les questions : me temps qu'il posera un certain nombre de questions.
que posent les : Ains on peut se demander qui peut
contrats ayant : disposer de l'obligation. Celle-ci en
pour objet une : tant que bien appartient au créancier,
obligation : mais peut-il en disposer seul ou doit-il
obtenir l'accord ou le concours de débiteur ?

Si l'obligation est la chose du créancier, il semblerait que le débiteur ne puisse conclure aucun contrat sur elle; mais du côté du débiteur, l'obligation est une dette, une charge, dont on comprend qu'il souhaite en déplacer ou en alléger le poids. Peut-on admettre la possibilité pour le débiteur de faire de sa dette l'objet d'un contrat ? Et si on l'admet pourra-t-il contracter sans l'accord de son créancier ?

Cette dernière question en pose une plus générale qui est celle de la détermination des parties au contrat ayant pour objet une obligation et des consentements nécessaires pour la former.

Il n'y a pas de difficulté à admettre que ces parties soient le créancier et le débiteur eux-mêmes. Leur accord a pu faire naître l'obligation; un nouvel accord peut la modifier, ce qui est le cas de la novation par changement d'objet ou de l'accord sur les modalités du paiement; un nouvel accord peut l'éteindre, c'est le cas de la remise de dette.

Mais si le contrat concerne non l'obligation en elle-même mais l'un ou l'autre de ses sujets (actif ou passif) ce contrat aura pour objet d'introduire un troisième personnage, c'est-à-dire un nouveau créancier ou un nouveau

Mais le contrat pourra-t-il se former par un accord à deux : créancier-tiers ou débiteur-tiers ? Ne faudra-t-il pas faire intervenir aussi le débiteur dans le premier cas, le créancier dans le second ? Le contrat comportera-t-il deux ou trois parties ? C'est une question parmi d'autres qui se rattachent à celle plus générale de la formation du contrat. Nous les étudierons dans une première partie.

Cette deuxième situation ne paraît pas logiquement impossible si le contrat lui-même a été triangulaire, c'est-à-dire si les trois intéressés y ont été partie; mais est-elle possible au cas contraire où la convention a été l'oeuvre de deux des intéressés seulement, sans reconnaître la règle de la relativité des conventions ?

On ne vend pas une créance comme on vend un bien, on ne cède pas un droit de créance comme un droit réel, car, à la différence de celui-ci, la créance suppose un débiteur et on ne peut pas en faire abstraction non seulement quant aux conditions de la cession mais encore quant à ses effets.

Ceci nous conduira à examiner dans une 2ème Partie
les effets des contrats ayant pour objet une obligation.

Il n'est pas question de reprendre ici la théorie générale des obligations, ni de faire l'étude analytique, détaillée et complète de chacun des contrats qui nous intéressent. Nous nous bornerons à retenir les règles communes à tous ou propres à certains d'entre eux qui tiennent à cette particularité que leur est commune à savoir que leur objet est une obligation, et nous aurons à nous demander s'il n'y a pas lieu à cet égard de faire des distinctions et des classifications faisant plus nettement ressortir certains types.

Nous le ferons en nous plaçant successivement à plusieurs points de vue :

Chapitre	I : Le consentement
Chapitre	II : La cause
Chapitre	III : Les formalités.

++++++ Chapitre I
++++++
++++++
++++++
++++++

LE CONSENTEMENT

Tout contrat suppose l'accord de deux parties au moins, il en est ainsi des contrats ayant pour objet une obligation comme des autres; mais certains d'entre eux nécessitent un accord entre trois parties : le créancier, le débiteur et un tiers parce qu'il

Le contrat peut :
comporter deux :
ou trois :
parties :

s'agit de conventions conclues avec quelqu'un qui était jusque-là étranger à l'obligation et qui va précieusement entrer dans le lien obligatoire; si parfois il suffit d'un accord de ce tiers avec le seul créancier ou le seul débiteur, il faudra dans d'autres cas que le créancier et le débiteur soient tous deux d'accord avec le tiers. Dans ce dernier cas nous aurons une opération à trois personnages.

Préisons tout de suite qu'il ne s'agit pas de ces "opérations juridiques à trois personnes" telles que les définit M. Larroumet dans sa thèse soutenue sous ce titre à Bordeaux en 1968. L'auteur étudie, comme il l'a nettement précisé, les opérations à trois personnes quant à leurs effets, c'est-à-dire celles qui aboutissent à des rapports entre trois personnes, mais qui ne sont pas nécessairement des opérations à trois personnes quant à leur formation : ainsi la stipulation pour autrui est formée par un accord à deux, le promettant et le stipulant, c'est une opération à trois personnes parce qu'elle produit des effets non seulement pour le promettant et pour le stipulant mais encore pour le tiers bénéficiaire. L'étude de telles opérations est intéressante et nous aurons à en tirer profit quand nous retrouverons les effets des contrats qui nous occupent, mais dans ce Chapitre nous considérerons les opérations à trois personnes quant à leur formation examinant ainsi un aspect que M. Larroumet a entendu écarter parce que son sujet était différent.

Parmi les contrats ayant pour objet une obligation,

il faut, en effet, distinguer les contrats à deux parties et les contrats à trois parties.

Pour certains il est admis que le consentement de deux parties est suffisant, pour d'autres, au contraire, que le consentement de trois est nécessaire. La question est discutée pour une troisième catégorie. D'où les trois Sections de ce Chapitre.

++++++ Section I
++++++
++++++ Les contrats à deux parties
++++++

Parmi les contrats relatifs à une obligation on peut distinguer ceux qui sont conclus entre les sujets de cette obligation, c'est-à-dire entre le créancier et le débiteur et ceux qui sont conclus entre l'un de ces sujets et un tiers. Ce sont surtout ces derniers qui présentent le plus d'originalité.

++++++ Sous-Section I
++++++
++++++ Les contrats entre créancier et débiteur

Le créancier et le débiteur peuvent contracter au sujet de l'obligation préexistante, surtout lorsque celle-ci est d'origine contractuelle, auquel cas il s'agira de la modification du contrat primitif.

Il convient de relever ici les contrats qui nécessitent l'accord du créancier et du débiteur mais pour lesquels cet accord suffit sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter celui d'un tiers.

Les uns ont pour objet l'extinction de l'obligation, les autres sa modification.

++++++ § 1 - Les conventions extinctives
++++++

L'obligation peut être éteinte par un accord du créancier et du débiteur qui porte le nom de remise de dette. Celle-ci peut être consentie individuellement par un créancier ou collectivement par l'ensemble des créanciers d'un même débiteur.

A - La remise individuelle de dette

Il convient de souligner que, contrairement à ce qu'on pourrait croire de prime abord, la remise de dette est un contrat, elle suppose un consentement.

On pourrait en douter en pensant que la remise de dette est une renonciation du créancier à son droit; la renonciation véritable est un acte unilatéral, elle résulte de la manifestation de la seule volonté du titulaire du droit. Or précisément parce qu'elle est unilatérale, la renonciation n'est pas possible pour une créance, alors qu'elle l'est pour un droit réel. On peut par acte unilatéral renoncer à un droit de propriété par exemple, on ne peut de la même manière renoncer à une créance. (V. P. Raynaud. La renonciation à un droit, Rev. trim. de droit civil, 1936, p. 763 et s.).

Nous voyons ici nettement apparaître cette idée que l'acte juridique ayant pour objet une obligation revêt à raison de son objet une certaine spécificité. Celle-ci tient au fait que l'obligation est un lien de droit entre le créancier et le débiteur, ce lien ne peut être rompu par la volonté d'un seul, certainement pas par la volonté du débiteur, pas même par la volonté du créancier.

Certes, il y a des textes qui paraissent faire résulter la remise de dette du fait du créancier qui remet son titre au débiteur (art. 1282, 1283, 1284), mais si cette remise fait présumer la volonté du créancier de libérer son débiteur, cela ne signifie pas que la volonté du débiteur soit indifférente; cette volonté est nécessaire et les art. 1285 et 1287 le disent nettement lorsqu'ils visent "la remise ou décharge conventionnelle".

Certes, l'accord du débiteur sera facilement obtenu puisqu'il est le plus souvent dans son intérêt, mais il reste que le créancier ne peut à lui seul briser le lien obligatoire, parce que la créance est aussi une dette; si le débiteur veut rester dans les liens de l'obligation, le créancier est impuissant à l'en libérer par un acte de sa seule volonté, parce que l'obligation a deux sujets.

L'intérêt pratique de cette constatation n'est pas considérable car il est rare que le débiteur ne veuille pas de sa libération, mais il peut apparaître lorsqu'il

s'agit de savoir quand s'opère cette libération et si elle a eu lieu.

Un jugement ancien du tribunal de la Seine du 17 juin 1911 (Gaz. Trib. 1911.2.192) est caractéristique. Un créancier avait inscrit sur son titre la mention "à ne pas réclamer", il avait ainsi manifesté son intention de remettre sa dette au débiteur, mais ce créancier était mort avant que le débiteur ne manifeste son accord, probablement parce qu'il ignorait cette intention. Le tribunal a estimé qu'il n'y avait pas eu remise de dette à l'encontre des héritiers du créancier.

Plus généralement on peut dire que tant que la seule volonté du créancier s'est manifestée, il s'agit seulement d'une offre et cette offre peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée. Il est vrai que si l'offre de remise de dette est faite uniquement dans l'intérêt du débiteur, on pourra interpréter le silence de celui-ci comme valant acceptation de l'offre (Req. 29 mars 1938, D. 1939.1.5, note Voirin, Rev. trim. de droit civ. 1938, p. 454, observ. H. et L. Mazeaud). Mais le seul fait que la Cour de cassation ait cru devoir rechercher en pareil cas une acceptation tacite prouve bien que l'acceptation était nécessaire.

Le caractère contractuel de la remise de dette qui tient essentiellement à l'objet de l'acte qui est une obligation est unanimement admis. Mais certains auteurs ont soutenu qu'il y aurait place, à côté de la convention de remise de dette, pour une renonciation unilatérale aux créances.

Ces auteurs qui ont pu invoquer une doctrine en ce sens dans l'Ancien droit, ont soutenu que le créancier pourrait renoncer à la créance par un acte unilatéral. non pas pour libérer le débiteur, ce qui supposerait une remise conventionnelle, mais pour se débarrasser lui-même d'une créance qui peut être gênante à raison des charges qu'elle implique ou de l'insolvabilité du débiteur. (Lessona. Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil; Rev. trim. de droit civ., 1912, p. 361 et s.; Ducoin. Essai d'une théorie

Y a-t-il place :
pour une renon- :
ciation unilaté- :
rale aux :
créances ? :
le débiteur, ce qui supposerait une
remise conventionnelle, mais pour se
débarrasser lui-même d'une créance qui peut être gênante
à raison des charges qu'elle implique ou de l'insolvabi-
lité du débiteur. (Lessona. Essai d'une théorie générale
de la renonciation en droit civil; Rev. trim. de droit
civ., 1912, p. 361 et s.; Ducoin. Essai d'une théorie

générale de la renonciation en droit civil français,
Thèse Lyon 1913, p. 114 et 145 ; Sibiciano. Théorie
générale des renonciations en droit civil français,
Thèse Paris 1932, p. 117).

Mais cette opinion est inacceptable. Si le créancier peut avoir intérêt à renoncer à sa créance, il s'agit de savoir s'il peut le faire par un acte de sa seule volonté ; il ne peut pas renoncer seul à sa créance parce que celle-ci a une autre face qui est la dette et que le créancier ne peut éteindre seul cette dette.

Certains des auteurs qui admettent la renonciation unilatérale aux créances ajoutent que cette renonciation n'empêche pas le débiteur de faire des offres réelles c'est-à-dire de se comporter en débiteur, en disant que la renonciation a éteint la créance mais a laissé subsister le rapport juridique entre le créancier et le débiteur. C'est reconnaître que la volonté du créancier à elle seule ne peut rompre le lien d'obligation : un droit réel peut faire l'objet d'une renonciation unilatérale, une obligation ne peut faire l'objet que d'une remise conventionnelle. L'objet de l'acte lui impose un caractère contractuel.

B - La remise collective de dette

La remise : celle qui peut résulter du concordat
concordataire : conclu entre les créanciers et le débiteur en état de règlement judiciaire.
Il s'agit en effet d'une convention aux termes de laquelle les créanciers acceptent un aménagement du règlement du passif qui peut comporter une remise partielle de dette dite remise concordataire.

Nous ne nous arrêterons pas longtemps à cette institution d'abord parce que son étude relève du droit commercial et aussi parce que les concordats comportent de plus en plus rarement une remise de dette. Nous nous bornerons à préciser son caractère.

Le concordat est un contrat qui peut être conclu entre le débiteur d'une part et la majorité des créanciers d'autre part. Une des parties est constituée par une collectivité, les créanciers, qui exprime son accord par un vote majoritaire qui lie la minorité et c'est là un de ses traits originaux à cause duquel on parle de concordat majoritaire pour l'opposer au concordat amiable

qui est conclu par le débiteur avec tous ses créanciers.

Avec ces particularités importantes le concordat est donc toujours un contrat. Certes, il s'agit d'un acte multilatéral alors que le contrat est un acte bilatéral mais, comme le remarque M. Larroumet, l'acte multilatéral ne diffère pas par sa nature de l'acte bilatéral, dès l'instant que plusieurs parties y jouent le même rôle, ce qui est le cas des créanciers en l'espèce.

D'ailleurs, les créanciers considérés malgré son : tituent une masse à laquelle la Cour caractère : de cassation reconnaît la personnalité multilatérale : té morale (Com. 17 Janv. 1956, D.1956.265 note Houin, J.C.F.1956.II.9601 note Granger). On peut donc dire qu'il n'y a à la convention concordataire que deux parties : la masse et le débiteur.

Le concordat suppose ainsi le consentement des deux sujets des obligations qui en font l'objet : le sujet actif et le sujet passif. Lorsqu'il a pour objet une réduction du passif c'est une remise de dette collective mais conventionnelle.

Pratiquement il se forme suivant le processus de la formation du contrat : une offre est faite par le débiteur, le contrat est formé si les créanciers l'acceptent. Ce qu'il y a de particulier c'est le caractère collectif et majoritaire de cette acceptation qui n'a rien d'extraordinaire dès l'instant qu'elle émane d'une personne morale, ainsi que la nécessité d'une homologation par le tribunal de commerce.

En conclusion, il n'y a de remise de dette que conventionnelle. La remise de dette suppose le consentement du créancier et du débiteur.

L'accord du créancier et du débiteur peut aussi avoir pour objet non plus d'éteindre en totalité ou en partie l'obligation mais de la modifier.

+++++

+++++ § 2 - Les conventions modificatives

L'obligation peut être modifiée par un accord du créancier et du débiteur, dès l'instant que la modification porte sur l'obligation en elle-même et n'introduit pas un tiers dans le rapport contractuel.

A - Les diverses conventions modificatives

La modification conventionnelle peut se réaliser de trois manières dont le choix dépend de la volonté des parties.

1. - Le premier procédé consiste
 La résolution : dans la résolution du contrat ayant d'un contrat et : engendré l'obligation, suivi de la la conclusion : conclusion d'un nouveau contrat fait d'un nouveau. : sans naître une obligation différente.

Ce procédé suppose que l'obligation que l'on veut modifier a sa source dans un contrat. Sa validité n'est pas douteuse; il trouve sa justification dans le principe de la liberté contractuelle et dans celui de la force obligatoire du contrat et plus particulièrement dans la règle de l'art. 1134 qui, en faisant du contrat la loi des parties, réserve à celles-ci la possibilité de révoquer la convention et aussi de la modifier.

2. - Le second procédé est celui de la novation objective.

La novation en général est une convention par laquelle les parties conviennent d'éteindre une obligation pour la remplacer par une nouvelle. Cette novation peut revêtir plusieurs aspects et les parties au contrat de novation ne sont pas les mêmes suivant les cas :

La novation peut consister en un changement de créancier ou en un changement de débiteur, c'est une novation subjective. La novation par changement de créancier résulte d'un contrat entre le créancier et un tiers qui devient le nouveau créancier avec l'accord du débiteur; la novation par changement de débiteur résulte aussi d'un contrat entre le créancier et un tiers qui accepte de devenir débiteur à la place du premier. Ni l'une ni l'autre n'ont leur place dans ce paragraphe où nous examinons les contrats conclus entre le créancier et le débiteur

de l'obligation faisant l'objet du contrat; nous les retrouverons plus tard.

Il faut retenir ici, en revanche, la novation objective. Celle-ci implique que un changement de l'obligation elle-même. Le créancier et le débiteur restent inchangés mais à l'obligation qui les unissait en est substituée une nouvelle par son objet ou par sa cause. Par exemple, il est convenu que le prix de vente stipulé en une somme d'argent sera converti en une rente viagère (changement d'objet) ou que l'acquéreur débiteur du prix le conservera à titre de prêt et devient donc débiteur pour une autre cause (changement de cause).

Alors les parties au contrat de novation sont encore le créancier et le débiteur de l'obligation novée et c'est leur consentement qui est nécessaire.

3. - Un troisième procédé de changement objectif de l'obligation est celui des conventions de modification sans effet novatoire. Ce sont les modifications qui ont été étudiées notamment dans la thèse précitée de M. Ghazi sur "la modification de l'obligation".

La modification : Elles apportent un changement de l'obligation : obligation tout en maintenant le lien sans effet : de droit; c'est par exemple, la novation : venant par laquelle le créancier accepte une dation en paiement en vertu de laquelle une obligation de somme d'argent pourra être exécutée par la remise d'une chose.

Le premier procédé s'apparente
 La distinction : au second parce que tous deux réali-
 des trois : sent l'extinction d'une obligation
 procédés : et la création d'une obligation nouvelle et sur ce point ils se distinguent du troisième qui est dépourvu d'effet novatoire.

Mais le premier procédé se distingue des deux autres, et c'est alors le second et le troisième qui se rapprochent, en ce que le second (novation) et le troisième (modification) assurent la continuité d'une opération juridique, alors que le premier (résolution suivie d'un nouveau contrat) consacre deux situations successives et distinctes.

Ces distinctions sont importantes quant aux effets de ces conventions; elles ont été mises en relief par M. Ghazi et nous les retrouverons avec les effets dans notre

seconde partie. Il convient de souligner ici que le choix entre l'un ou l'autre de ces moyens dépend de la volonté, de l'intention des parties.

B - Le rôle de la volonté des parties dans la qualification de la convention

Chaque des conventions que nous venons de distinguer est soumise à des conditions qui lui sont propres et à défaut desquelles elles ne sauraient être valablement conclues. C'est ainsi que la novation suppose l'existence d'une obligation à éteindre et la création d'une obligation nouvelle suffisamment différente de l'ancienne, comportant un aliquid novi assez caractérisé. Nous aurons à revenir sur tous ces points, mais il convient de s'arrêter ici à une condition tenant précisément à la volonté des parties.

La novation suppose l'intention L'anims novandi: de nover, L'anims novandi, à défaut caractéristique : duquel il y aura peut-être une autre de la novation : opération, c'est-à-dire soit une résolution du contrat suivie de la conclusion d'un nouveau, soit une modification sans novation, mais il n'y aura pas novation.

1° - La nécessité de l'intention de nover

La nécessité de l'intention de nover découle de l'art. 1273 : "La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte". La règle s'applique à toutes les novations et spécialement à la novation objective qui nous occupe présentement parce qu'elle résulte d'un contrat entre le créancier et le débiteur.

Tout le monde est d'accord pour affirmer que l'intention de nover est l'élément essentiel de la novation; celle-ci suppose que les parties se sont mises d'accord pour vouloir l'extinction d'une obligation préexistante et la création d'une obligation nouvelle.

Cela ne veut pas dire que cette volonté doit être expresse, contrairement à ce qu'exigeait l'Ancien Droit, et encore moins qu'elle doit être exprimée en termes sacramentels; elle peut être tacite, mais elle doit être suffisamment claire; l'art. 1273 précise "il faut que la

volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte" (V. par-mi les études récentes : Christiane Pactet. De la réalisation de la novation, Rev. trim. de droit civil 1975 p. 435 et s., 643 et s.).

On dit parfois que la novation implique plus que le consentement nécessaire à toute convention; deux éléments volontaires (V. Carbonnier, Droit Civil, T. IV n° 135, Christiane Pactet, op. cit. n° 23) et cela parce que la novation suppose la renonciation à la créance primitive et que la renonciation ne se présume pas.

A vrai dire il suffit de préciser que le consentement nécessaire à tout contrat doit porter, pour réaliser une novation, à la fois sur la création d'une obligation nouvelle et sur l'extinction de l'obligation primitive. Cette intention appelée intention de nover est l'élément essentiel de la qualification.

S'il n'y a aucun consentement, la convention n'existe pas et rien n'est changé à la situation primitive. S'il y a consentement mais pas intention de nover, il y a contrat mais pas contrat de novation : ou bien il s'agit d'un nouveau contrat sans lien nécessaire avec le contrat antérieur, ou bien il s'agit d'une modification de l'obligation dépourvue de tout effet extinctif.

On peut illustrer ces principes par quelques exemples empruntés à la jurisprudence, les tribunaux étant parfois appelés à s'interroger sur l'existence d'une novation par changement d'objet et plus souvent sur l'existence d'une novation par changement de cause.

a) A propos de la novation par changement d'objet, on peut relever, à titre d'exemple, une décision admettant cette novation parce que l'intention de nover a été constatée et une autre la refusant pour la raison inverse.

Le premier arrêt est celui de la Chambre civile de la Cour de cassation du 7 juillet 1925 (D. 1927.1.22).

Le client d'une banque avait déposé chez son banquier 34 obligations russes; le banquier dépositaire ne pouvait les restituer, il avait souscrit deux bons respectivement de 10.000 et de 5.000 Fcs. Par la suite il prétendait avoir retrouvé les titres ou s'en être procuré et il offrait de restituer 15 titres et de remettre 19 obligations du même emprunt, c'est-à-dire d'exécuter son engagement pri-

mitif. La Cour de cassation a estimé que cette offre était irrecevable car il s'était produit une novation par changement d'objet : l'obligation de payer les bons souscrits (avec intérêt) s'était substituée à celle de rendre les titres russes et ce parce que telle avait été l'intention des parties; certes cette intention ne s'était pas exprimée en termes formels mais elle était certaine, aux yeux des juges du fond.

Voici au contraire une espèce où la novation par changement d'objet a été écartée faute d'intention de novation. Elle a été jugée par la Cour de Paris le 11 mars 1957 (Gaz. Pal. 1957.1.324, concl. Combaldieu, Rev. trim. de droit civil 1957, p. 700, observ. de MM. H. et L. Mazeaud).

Le propriétaire d'un terrain agricole avait vendu celui-ci par un acte du 31 juillet 1953 pour le prix de 10 millions et une rente viagère annuelle de 350 quantaux de blé. Quelque temps après, le 11 août 1953, les mêmes parties avaient conclu un nouvel acte de vente du même terrain pour le prix de 2 millions et une rente viagère annuelle de 350 quantaux de blé. Le vendeur était mort et ses héritiers demandaient l'annulation de la seconde vente et l'exécution de la première qui était évidemment plus avantageuse pour eux, ils invoquaient le dol et la lésion. Sur ce point le tribunal leur avait donné tort. Mais la seconde vente étant jugée valable, il s'agissait de savoir ce qu'était devenue la première et tout dépendait de la volonté des parties.

Le tribunal de première instance il n'y a pas : avait jugé qu'il y avait eu novation novation dans : mais la Cour de Paris a été d'un avis Le cas contraire: différent et elle a jugé qu'il n'y avait pas novation parce que l'intention de novation n'était pas établie.

Mais elle n'en conclut pas au maintien de la première vente; elle juge que les parties avaient eu l'intention de résilier la première vente pour en conclure une nouvelle à des conditions différentes. On aboutissait ainsi au même résultat quant au prix qui était celui de la seconde vente, comme s'il y avait eu novation. Mais on y parvenait par une autre voie dont l'aboutissement n'est pas toujours le même que celui de la novation; la première vente était détruite par le mutus dissensus et une vente nouvelle était conclue, il y avait deux opé-

rations juridiques successives et distinctes, alors qu'au cas de novation il y a une continuité et un lien, sur lequel nous reviendrons, entre les deux situations juridiques qui se succèdent.

b) A propos de la novation par changement de cause.

L'hypothèse paraît avoir été soumise plus souvent aux tribunaux. C'est le cas notamment où une personne occupe un immeuble où elle a un logement de fonction à titre d'accessoire d'un contrat de travail ou en vertu d'une convention d'occupation précaire.

Dans le premier cas, le fait du maintien dans les lieux à l'expiration du contrat de travail et la perception par l'ancien employeur d'une indemnité même qualifiée de loyer, ont été jugés insuffisamment caractéristiques de l'intention de novation qui aurait modifié la cause du contrat et aurait substitué un contrat de bail à un contrat de travail (V. par exp. Nancy 17 oct. 1949, D. 1950. Somm. 12; Soc. 13 mai 1954, Bull. civ. 1954.IV. n° 314).

Dans la seconde hypothèse la ma-joration importante de la redevance sur l'intention : versée à une commune par l'occupant de novation par : précaire d'un camp d'aviation désaffecté de : fecté n'a pas paru suffisante pour cause : caractériser la novation qui aurait transformé le contrat d'occupation précaire en contrat de bail (Civ. 17 juin 1971, D. 1971.545, note Ghestin).

On peut relever comme particulièrement caractéristique l'arrêt rendu par la Chambre Commerciale de la Cour de cassation le 3 juin 1969 (D. 1970.88, Rev. trim. de droit civil 1970, p. 351, observ. Loussouarn) et, sur renvoi, l'arrêt de la Cour de Rouen du 10 juin 1970 (D. 1970.640).

Un contrat avait été conclu entre un fabricant d'aliments pour le bétail et un représentant qui devait recevoir les marchandises en dépôt, assurer leur vente et leur livraison, recouvrer leur prix et transmettre le montant des factures encaissées au fabricant: il était rémunéré à la commission. Ce représentant s'était peu à peu endetté et finalement il avait, avec le concours de sa femme, signé une reconnaissance de dette notariée assortie de la constitution d'un warrant à titre de garantie.

Il s'agissait de savoir si cette reconnaissance de dette avait nové l'obligation primitive qui était commerciale pour en faire une obligation civile. La Cour d'Amiens avait jugé que l'acte notarié de reconnaissance de dette emportait novation par changement de cause et par changement de débiteur, mais cet arrêt a été cassé pour manque de base légale en application de l'art. 1273 et, sur renvoi, la Cour de Rouen a jugé qu'il n'y avait pas eu novation, la créance était demeurée commerciale, ce qui justifiait la compétence du tribunal de commerce.

C'est donc dans l'intention des parties que doit être recherché un élément essentiel de la novation. Reste à savoir comment cette intention de novier peut être prouvée.

2° - La preuve de l'intention de novier.

La règle est donc posée par l'art. 1273 : "la novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte". Mais ce texte a donné lieu à des interprétations différentes.

Il convient d'abord de préciser l'objet du débat. La novation est un acte juridique; comme tout acte juridique, elle doit être prouvée par écrit, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit ou qu'il ne s'agisse d'une matière commerciale.

Mais il ne suffit pas d'établir l'existence d'une convention, il faut en outre l'interpréter pour préciser la volonté, l'intention des parties et notamment savoir si cette intention est une intention de novier et c'est alors qu'intervient l'art. 1273 dont MM. Mazeaud disent qu'il pose une règle d'interprétation et non de preuve (t.2, n° 1213) alors que d'autres auteurs comme M. Jaurbert affirment que c'est une règle de preuve (Juris-Classeur Civil art. 1271-1281 fasc. III n° 4 et s.).

A vrai dire la règle de l'art. 1273 est à la fois une règle de preuve et une règle d'interprétation. Ce texte signifie qu'il n'y a pas novation sans intention de novier et donc que cette intention doit être établie; il dit aussi que cette intention doit résulter clairement de l'acte, c'est-à-dire que la preuve doit être recherchée dans l'interprétation de celui-ci. Mais comment ?

Si la preuve de l'existence de l'acte est celle de la preuve des actes juridiques (et donc en principe la preuve écrite) celle de l'intention de novier est celle d'un fait juridique et elle peut donc être administrée par tous les moyens (Civ. 7 juillet 1925, précité; Crim. 28 janvier 1972, D. 1972. Somm. 63; Rev. trim. de droit civil 1972, p. 394, observ. Loussovam).

Les juges apprécient, on leur demande seulement de rechercher une intention certaine; l'intention doit résulter clairement de l'acte. Cela ne veut pas dire qu'on doit exiger qu'elle soit exprimée en termes exprès, ni qu'il soit nécessaire de la trouver dans l'acte, au sens instrumentaire, c'est-à-dire dans l'écrit constatant la convention; elle peut être découverte dans les circonstances qui ont entouré cet acte (V. Christiane Pactet, op. cit. n° 27 et s.).

La jurisprudence que nous avons relevée fait application de ces principes. C'est ainsi que, dans son arrêt précité du 7 juillet 1925, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient cru pouvoir constater une intention novatoire dans le fait per un déposant de titres d'accepter des bons du dépositaire alors qu'en revanche dans l'affaire jugée par la Chambre commerciale le 3 juin 1969, les juges du fond ont écarté la novation parce qu'ils n'avaient pas découvert une intention de novier dans une reconnaissance de dette souscrite par un représentant débiteur en vertu d'un contrat commercial conclu avec un fabricant qui lui avait confié des marchandises à vendre.

Mais à ce propos une divergence
Les deux inter- : d'interprétation de l'art. 1273 appa-
rétations de : raît en doctrine.

l'art. 1273 : Pour certains auteurs, "la novation objective résulte, virtuellement et nécessairement de tout changement qui, portant sur l'objet même de la prestation, ou sur la nature juridique de l'obligation, le transforme en une obligation nouvelle distincte de la première et incompatible avec elle". Cette formule d'Aubry et Rau (T. IV 6ème éd. par Bartin § 324, p. 237) reprend une analyse qui avait été déjà présentée par Laurent (Principes de Droit civil français, t. XVIII, n° 264 et s.).

Cette doctrine se fonde sur l'article 1271 d'après lequel la novation s'opère "lorsque le débiteur contracte

envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte". Ce texte signifierait que tout changement d'objet entraîne nécessairement novation.

Nous avons dit, et nous retrouverons cette condition, que la novation suppose un aliquid novi, c'est-à-dire un changement assez important de l'obligation (sur ce point, V. not. Civ. 20 nov. 1967, D. 1969, p. 321 et la note de M. Goma).

A supposer que cet élément soit constaté, Laurent et Aubry et Rau pensaient que ce changement implique nécessairement l'intention de novation : dès l'instant que les parties conviennent d'une obligation différente de la première, elles ont eu l'intention de novation. Laurent disait : "par cela seul qu'il y a une nouvelle dette, il y a intention de novation" ... "l'intention de novation ne peut être contestée, puisque le texte de la loi décide qu'il y a novation lorsqu'une dette nouvelle est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte" (art. 2171).

La recherche de l'animus novandi ne serait nécessaire qu'au cas de changements qui n'emportent pas extinction de la dette primitive, parce que tout changement n'emporte pas extinction de la dette comme celui qui consisterait simplement dans la prorogation du terme, l'indication d'un autre lieu de paiement, la convention de remboursement d'un prêt en une monnaie différente, exemples donnés par Aubry et Rau.

Ces changements qui, par leur nature, n'emporteraient pas novation, pourraient être considérés comme ayant produit cet effet novatoire, si était établi l'animus novandi. Dans ce cas cette intention devrait être prouvée; la preuve de l'animus novandi serait inutile dans le cas contraire de changement de l'objet même ou de la cause de l'obligation.

Cette analyse a pu être critiquée (V. not. Ghazi, Thèse précitée p. 60 et s.). On peut lui reprocher d'être trop facilement écartée.

Art. 1273 : "La novation ne se présume point". Faire découler nécessairement la novation du simple changement d'objet, de l'aliquid novi, c'est présumer l'intention novatoire au mépris de l'art.

1273. Certes l'art. 1271 dit qu'il y a novation lorsqu'une nouvelle dette est substituée à l'ancienne laquelle est éteinte, mais encore faut-il que les parties aient voulu cette extinction et cette substitution et l'art. 1273 dispose que cette intention ne se présume pas. Elle peut être induite des circonstances mais encore faut-il qu'elle apparaisse et qu'elle soit suffisamment claire.

D'une part, il est possible que les parties aient entendu maintenir l'obligation primitive en y ajoutant une obligation nouvelle. Il faut démontrer qu'il n'en a pas été ainsi. Il est vrai que la démonstration sera plus facile lorsque les parties ne se sont pas bornées à modifier une modalité de l'obligation mais ont convenu d'une obligation vraiment différente par son objet ou sa valeur même, mais il peut toujours y avoir un doute. Pour reprendre les exemples déjà rencontrés, le banquier qui souscrit des bons a été jugé avoir nové l'obligation qui lui incombait en vertu d'un contrat de dépôt de titres (Civ. 7 juillet 1925, précité) mais le représentant qui souscrit une reconnaissance de dette n'est pas censé avoir nové l'obligation qui résultait pour lui d'un dépôt de marchandises en vue de leur vente (Com. 3 juin 1969, précité). La différence de solution résulte d'une interprétation différente de l'intention des parties.

D'autre part, il est possible que les parties aient bien entendu éteindre l'obligation primitive et faire naître une obligation nouvelle sans réaliser une novation. Celle-ci suppose un lien entre les deux obligations successives, l'extinction de la première servant de cause à la création de la seconde et inversement; or il peut se faire que les parties aient voulu utiliser deux opérations successives et distinctes en recourant au procédé, que nous avons distingué de la novation, de la résiliation d'un contrat suivie de la conclusion d'un contrat nouveau. L'arrêt précité de la Cour de Paris du 11 mars 1957 nous a donné un exemple. Le choix entre l'une et l'autre des qualifications possibles dépendait de l'intention des parties.

La thèse de Laurent et Aubry et Rau aboutit à réduire le domaine d'application de l'art. 1273 à des hypothèses de modifications mineures et très secondaires de l'obligation, or, en pareil cas, la novation sera souvent impossible faute d'un aliquid novi suffisant et l'intention de novation sera inefficace; c'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que la modification du montant de la

dette ne suffit pas à caractériser la novation "quelle que soit l'intention des parties" (Civ. 1ère. 20 nov. 1967, précité).

Cette intention n'est donc déterminante que lorsque les autres éléments de la novation sont réunis, mais alors elle est nécessaire et elle ne se présume pas; elle doit être prouvée mais elle peut l'être par tous les moyens.

Les contrats que nous avons examinés jusqu'ici quant au consentement étaient tous conclus entre le créancier et le débiteur de l'obligation qui en faisait l'objet et ils concernaient l'obligation en elle-même, dans son objet ou dans sa cause. Mais cette obligation est parfois envisagée dans ses sujets (créancier ou débiteur) et il est des contrats qui tendent à substituer un tiers à l'un de ces sujets, ils sont alors conclus entre le créancier et un tiers ou entre le débiteur et un tiers; il convient de les examiner maintenant en commençant par les contrats entre le créancier et un tiers.

- +++++
- +++++
- +++++
- +++++
- Sous-Section II
- Les contrats entre l'un des sujets de l'obligation et un tiers

Jusqu'à présent, parmi les contrats ayant pour objet une obligation, nous avons rencontré ceux qui sont conclus entre les deux sujets de l'obligation (créancier et débiteur). Il n'est pas étonnant que de tels contrats soient possibles ni qu'ils soient nécessaires pour éteindre l'obligation, ou la modifier: l'obligation est la chose du créancier et du débiteur, ceux-ci peuvent s'entendre pour agir sur elle, et leur accord est indispensable pour ce faire, surtout si l'obligation est contractuelle.

Mais il y a des contrats plus surprenants auxquels un seul des sujets de l'obligation est partie; le créancier ou le débiteur traite avec un tiers; dans le premier cas le débiteur n'est pas partie, dans le second c'est le créancier qui est absent du contrat. Ces contrats tendent à introduire un tiers (le cocontractant) dans le rapport obligatoirement, en qualité de créancier ou de débiteur ou à lui confier un droit sur la créance comme le droit de gage.

- Est-il possible : si de tels contrats sont possibles. Le de conclure le : créancier peut-il sans l'accord du débiteur sans le : biter se substituer un nouveau créancier ou mettre la créance en gage ? concours de l'un: Le débiteur peut-il, sans l'accord du des sujets de : créancier, disposer de la créance de l'obligation ? : celui-ci ou lui attribuer un nouveau débiteur ?

De tels contrats se heurtent au principe que la créance est un lien de droit entre deux personnes d'où paraît résulter la nécessité d'associer ces deux personnes aux opérations juridiques ayant cette obligation pour objet.

En outre, il est normal qu'un contrat portant sur une obligation ait des conséquences pour l'un et l'autre de ses sujets. Ainsi la cession de créance a des effets pour le créancier qui y consent mais aussi pour le débiteur cédé. Admettre que le créancier peut conclure ce contrat sans l'accord du débiteur, n'est-ce pas méconnaître le principe de la relativité des conventions ?

Et pourtant de tels contrats sont possibles, mais précisément pas tous; nous verrons dans la Section II que pour certains contrats trois parties sont nécessaires et dans la troisième que la question est discutée pour d'autres de savoir si le consentement de deux parties suffit ou s'il ne faut pas exiger celui de trois.

Les contrats à deux parties que nous avons à retenir ici sont conclus soit entre le créancier et un tiers (§ 1), soit entre le débiteur et un tiers (§ 2).

- +++++
- +++++
- § 1 - Les contrats entre le créancier et un tiers

Quatre contrats peuvent être relevés qui sont conclus entre le créancier et un tiers.

Deux d'entre eux ont pour objet un changement de créancier. Il s'agit de la cession de créance et de la subrogation consentie par le créancier.

Le troisième tend au contraire à un changement de débiteur: c'est la novation par changement de débiteur appelée encore expromissio.

Enfin, le quatrième tend à l'attribution à un tiers d'un droit sur la créance qui en fait l'objet: c'est le

Les contrats : contrat de gage, plus communément qualifié de nantissement.

conclus sans : Dans aucun de ces contrats le débiteur de l'obligation qui en fait l'objet n'est véritablement partie; son consentement est inutile pour la formation du contrat. Mais il est nécessaire de s'interroger sur son rôle, de se demander s'il en joue un et, dans l'affirmative, lequel.

Il faudra donc, après avoir précisé les parties, se demander quel est le rôle du débiteur.

+++++ I - Les parties au contrat

Nous avons regroupé dans ce paragraphe les contrats conclus par le créancier avec un tiers.

Le créancier : Donc pour tous une des parties est le créancier. Celui-ci peut d'ailleurs être représenté notamment par un mandataire, encore que la question ait été discutée au début du siècle dernier quant aux conditions dans lesquelles un huissier pouvait recevoir pouvoir de subroger le débiteur dont il recevait le paiement dans les droits du créancier (V. J. Mestre, op. cit. n° 41 et s.).

L'autre partie est un tiers à l'obligation. De qui s'agit-il ?

Le cocontractant : créancier peut être une personne quelconque. En principe, le cocontractant du créancier peut être une personne quelconque.

dant (le créancier) peut traiter avec n'importe quel créancier. Dans la cession de créance, le cocontractant (le créancier) peut traiter avec n'importe quel créancier.

Il en est de même dans la novation par changement de débiteur (expromissio) que permet l'art. 1274 :

En principe le : Il en est de même aussi en principe dans le nantissement. Le créancier peut : crier peut donner sa créance en gage à contracter avec : un quelconque de ses créanciers. Il une personne : faut et il suffit que son cocontractant quelconque : soit son créancier, car le gage garantit une créance et il suppose évidemment une créance à garantir.

Mais cette condition remplie, il n'y en a pas d'autre et c'est ainsi que la Cour de cassation a admis que le contrat pouvait être conclu avec le débiteur même de la créance donnée en gage (qui était créancier à un autre titre du constituant du gage) (Civ. 23 mai 1973, D. 1973. 760). A vrai dire, il s'agissait des statuts d'une Société civile immobilière qui contenaient une clause d'après laquelle les créances de la Société contre ses associés étaient garanties par un nantissement sur les parts de ceux-ci. Ainsi le gage avait été consenti par le créancier du droit donné en gage au débiteur même de ce droit et non à un tiers. La Cour de cassation a admis qu'il importait peu que le débiteur des droits sociaux (la société) fût également le bénéficiaire du nantissement.

La question est plus complexe

La question se : pour la subrogation personnelle conpose pour la : sentie par le créancier, car le bënësubrogation : fice de la subrogation ne peut être consentie par le : accordé à n'importe qui. La subrogacréancier : tion personnelle suppose un paiement, elle est accordée au tiers qui désintéresse le créancier; aux termes de l'art. 1250. § 1°, relatif à la subrogation consentie par le créancier, qui nous occupe présentement, il y a subrogation conventionnelle "lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur" et le texte ajoute : "cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement".

C'est dire que le créancier ne peut accorder la subrogation qu'à un tiers solvens. Le cocontractant du créancier doit donc remplir deux conditions : être étranger à la dette, payer cette dette.

1. - D'abord le subrogé doit être

Le créancier ne : un tiers à la dette, on ne peut accorder la subrogation à celui qui paie sa dette. Le créancier ne peut subroger : der la subrogation à celui qui paie sa dette. Le créancier ne peut subroger : propre dette. Cette règle a suscité des difficultés à propos de la subrogation la dette : difficultés à propos de la subrogation légale dans certains cas où on se demande si le solvens paie sa dette ou la dette d'autrui, notamment lorsqu'un assureur de dommages indemnise la victime. Elle s'applique à la subrogation conventionnelle qui nous intéresse seule.

Un arrêt de la Cour de Toulouse du 9 novembre 1954 (Gaz. Pal. 1955.1.48) a fait application de ce principe dans l'espèce suivante. Un agent de la S.N.C.F. avait reçu de celle-ci diverses prestations à raison d'un accident dont il avait été victime et auxquelles il avait droit en vertu de son statut. La Cour a estimé que la S.N.C.F. n'avait pu être subrogée dans les droits de la victime contre l'auteur du dommage car elle n'avait pas payé la dette de celui-ci mais "sa dette propre résultant du statut du personnel".

La Cour de cassation a également fait jouer la règle dans un arrêt de la Chambre Commerciale du 4 novembre 1963 (D.1969.505, note Danièle Alexandre). Un importateur d'automobiles allemandes avait chargé une commissionnaire en douane des formalités douanières et pour cette raison lui avait avancé des fonds qui étaient notamment destinés à acquitter les droits de douane. La commissionnaire ayant détourné ces fonds, l'Administration des Douanes exerça son droit de rétention sur les voitures, et, pour obtenir leur livraison, l'importateur paya les droits de douane et obtint de l'Administration une quittance subrogative qui le subrogeait dans le privilège de cette Administration. L'importateur prétendait donc exercer ce privilège contre la commissionnaire qui avait entre-temps déposé son bilan et était en règlement judiciaire et contre laquelle il se retournait pour obtenir le remboursement de ses avances.

La Cour de cassation a jugé que la subrogation n'avait pu avoir lieu parce que, en acquittant les droits de douane, l'importateur n'avait pas payé la dette du commissionnaire mais n'avait fait qu'acquitter sa propre dette.

On pouvait hériter à raison des relations juridiques existant entre les intéressés. L'importateur et le commissionnaire en douanes sont liés par le contrat commercial de commission, c'est-à-dire par un mandat en vertu duquel le commissionnaire agit pour le compte du commettant mais en son propre nom. L'Administration des Douanes ne connaît pas le commettant et, à ses yeux, le commissionnaire est réputé propriétaire des marchandises et seul tenu du paiement des droits (art. 396 C. des Douanes); pour le recouvrement de ses droits, elle bénéficie d'un privilège.

L'importateur avait donc soutenu qu'il avait en réalité payé la dette personnelle du commissionnaire et

qu'il avait donc pu bénéficier de la subrogation. Mais la Cour de cassation a répondu en approuvant l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar pour avoir "décidé à juste titre" que si le commissionnaire en douane agréé est réputé, pour les opérations de douane effectuées par ses soins, seul débiteur des droits, "il n'empêche" que si l'importateur paie lui-même directement les droits de douane, il ne fait en définitive que payer pour son propre compte des droits portant sur une marchandise dont il est seul propriétaire".

Ainsi la subrogation n'était pas possible parce que le subrogé n'était pas étranger à la dette. La subrogation suppose une tierce personne, c'est-à-dire une personne étrangère à la dette.

Mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit totalement étrangère à cette dette; celui qui paie en même temps sa propre dette et la dette d'autrui peut être subrogé dans les droits du créancier d'autrui. C'est le cas du codébiteur solidaire qui paie la totalité de la dette et qui peut être subrogé dans les droits du créancier pour le recouvrement de la part incombant à ses codébiteurs. (V. J. Mestre, op. cit. n° 43 et s.).

Le subrogeant ne peut donc traiter qu'avec un tiers. Il faut en outre que celui-ci paie la dette.

2. - Le subrogé ne peut être que le solvens

C'est ce qui résulte de l'art.

Le subrogé ne	:	1250-1 : "lorsque le créancier recevant
peut être que	:	son paiement d'une tierce personne...".
le solvens	:	La convention de subrogation ne peut donc être conclue qu'au profit de celui qui paie lui-même ou par son mandataire.

La jurisprudence:	On aurait pu interpréter cette règle de façon libérale et admettre la
n'admet pas la :	possibilité d'accorder la subrogation
subrogation au :	non seulement à celui qui effectue le
profit du pré- :	tiellement le paiement mais encore à
teur des fonds :	celui qui a fourni les fonds nécessai-
ayant servi au :	res à ce paiement, notamment en consen-
paiement ... :	tant un prêt au solvens. Mais la juris-

prudence a adopté une interprétation restrictive d'ailleurs très contestée par les auteurs; elle n'admet pas que la subrogation soit valable si le solvens

indique qu'il paie avec des deniers empruntés ni qu'elle puisse être consentie à celui qui prête au solvens les fonds qui serviront au paiement. (V. not. Paris 7 déc. 1907, S.1908.2.125 note Wahl).

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 13 juin 1914 (D.1916.1.41 note Planiol, S.1914.1.428) est caractéristique à cet égard.

Un père est hors d'état de payer une de ses dettes garantie par une hypothèque; son fils veut lui venir en aide mais, n'ayant pas lui-même les fonds suffisants, il les emprunte à son oncle (le frère de son père) en s'engageant à les lui restituer et, pour garantir cette restitution, il est convenu entre les trois intéressés que le fils qui sera subrogé dans l'hypothèque garantissant la dette du père, cédera cette hypothèque à son oncle. Pour simplifier, le notaire établit un acte par lequel le créancier désintéressé par le fils subroge directement l'oncle prêteur dans sa créance hypothécaire.

Normalement il aurait fallu deux subrogations successives : le créancier aurait d'abord subrogé le fils solvens, ensuite celui-ci aurait subrogé son oncle prêteur. Mais les juges du fond avaient cru valable l'opération réalisée qui était contestée par un autre créancier du père. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour de Montpellier qui avait validé l'opération : "attendu que la subrogation, qu'elle soit légale ou conventionnelle, ne peut avoir lieu en dehors des cas limitativement spécifiés par la loi et des conditions qu'elle impose; que, suivant l'art. 1250 § 1 susvisé, la subrogation conventionnelle ne peut être consentie par le créancier qu'au profit des tiers dont il reçoit son paiement; qu'elle ne peut, dès lors, être effectuée au profit d'un autre tiers qui prête à celui qui le paie les fonds dont ce dernier se sert pour le désintéresser sans mandat de son prêteur.

La même solution a été admise pour la subrogation légale (Civ. 23 février 1939, D.1940.1.24, note Maguet, Rev. trim. de droit civil 1939, p. 771, observ. H. et L. Mazeaud, 1940-41, p. 101 observ. R. Savatier).

Cette jurisprudence a été, à bon droit, discutée, notamment par Planiol dans sa note sous l'arrêt de 1914. Cet auteur a reproché à la Cour de cassation d'ajouter une troisième condition à celles qu'impose l'art. 1250-1°. Ce texte exige seulement que la subrogation soit expresse et consentie au moment du paiement, il ne dit pas qu'elle

ne peut être accordée qu'au solvens lui-même. Certes, le texte parle du paiement par une tierce personne et il suppose que la subrogation est accordée au tiers solvens, mais si cette situation est l'hypothèse normale, elle n'est pas nécessaire et on ne voit pas pourquoi la subrogation serait interdite lorsque l'opération se complique et qu'une personne paie alors que c'est une autre qui fournit les fonds. D'ailleurs on peut dire que dans ce cas le créancier a reçu paiement du prêteur, donc d'une tierce personne au sens de l'art. 1250 et qu'il peut subroger cette personne. Et Planiol invoquait l'analogie de l'art. 2103 C. civ. qui accorde un privilège à ceux qui ont fourni des deniers pour l'acquisition d'un immeuble (art. 2103-2°) et à ceux qui ont prêté des deniers pour payer des ouvriers (art. 2103-5°). On voyait dans ces textes deux applications de la subrogation, dans un cas subrogation au privilège du vendeur, dans l'autre subrogation au privilège des entrepreneurs.

Le dernier argument a perdu sa valeur depuis la loi du 16 juillet 1971 qui a fait du privilège de ceux qui ont fourni des deniers pour l'acquisition d'un immeuble un privilège autonome et donc distinct du privilège du vendeur, dont on peut penser qu'elle implique qu'il en est de même du privilège de ceux qui ont fourni des deniers pour payer les ouvriers; mais les critiques de Planiol demeurent fondées pour l'essentiel, car la jurisprudence de 1914 aboutissait à restreindre l'utilité de la subrogation sans qu'on voit des raisons sérieuses à cette limitation.

D'ailleurs on a pu remarquer que
 ... à moins que : la critique de Planiol n'avait pas le solvens n'ait : laissé la Cour de cassation insensiblement si l'on en juge par un arrêt de de mandataire : la Chambre des Requêtes du 3 février 1936 (S.1936.I.128, Rev. trim. de droit civil 1936, p. 692, observ. De-

mogue) rendu dans des circonstances analogues et qui, de prime abord, paraît consacrer une solution contraire à celle de 1914. En effet cet arrêt a admis qu'une banque pouvait être subrogée dans les créances privilégiées des ouvriers d'un employeur auquel elle avait prêté les fonds nécessaires au paiement des salaires de ces ouvriers. La Cour de cassation a admis que l'employeur solvens avait agi comme mandataire de la banque : " Attendu que pour

admettre la subrogation conventionnelle de la banque dans la créance privilégiée des ouvriers de la Société L..., l'arrêt déclare que si les fonds nécessaires au paiement ont été remis aux ouvriers des mains de L..., ils prouvaient de la Banque elle-même qui, pour acquitter la dette de L..., l'avait chargé d'effectuer le paiement aux ayants droit et qu'en agissant ainsi, L... ne se comportait que comme le mandataire de la Banque, ladite qualité étant établie par diverses circonstances de fait souverainement relevées par la Cour.

Cet arrêt n'est pas en contradiction directe avec celui de 1914 car la Chambre civile, en refusant la subrogation au prêteur, avait réservé le cas où celui-ci aurait donné mandat au solvens : la subrogation ne peut être effectuée "au profit d'un tiers qui prête à celui qui le paie les fonds dont ce dernier se sert pour le désintéresser sans mandat de son prêteur". Si dans l'espèce de 1936 le prêteur avait donné mandat au solvens, la situation était différente et on pouvait considérer que c'était bien le prêteur qui avait payé, puisque le paiement avait été fait par son représentant.

Mais on peut se demander si ce mandat n'avait pas été imaginé pour les besoins de la cause. En outre on a pu remarquer la singularité de la situation; s'il est normal d'admettre que le paiement, condition essentielle de la subrogation, peut être effectué par un mandataire du solvens, il est curieux de constater qu'en l'espèce ce mandataire était le débiteur lui-même. La condition posée par la jurisprudence que le paiement soit effectué par le subrogé lui-même perd ainsi beaucoup de sa consistance (V. J. Mestre, op. cit. n° 57 et s.).

Quoi qu'il en soit, nous constatons que dans les divers contrats que nous examinons, le débiteur de la créance qui en fait l'objet n'est pas partie. C'est le créancier qui a traité avec un tiers. Mais il apparaît tout de suite que cette situation est curieuse et on peut s'étonner de voir que le débiteur n'a rien à dire. Cela signifie-t-il qu'il n'a aucun rôle à jouer? C'est la question qu'il faut maintenant examiner.

***** II - Le rôle du débiteur

Le débiteur ne joue aucun rôle dans la novation par changement de débiteur, encore qu'on puisse s'en étonner. L'art. 1274 est très net : "la novation par la substitu-

tion d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur". On explique cette règle comme une application de celle de l'art. 1236 par changement : en vertu duquel "une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée". Un tiers peut libérer le débiteur en payant pour celui-ci sans son concours et même à son insu. De même un tiers peut s'engager à la place du débiteur en vue de le libérer.

Il faut reconnaître que cette règle atténue celle qui n'admet d'autre remise de dette que conventionnelle. Sa portée pratique est d'ailleurs réduite car la novation par changement de débiteur est rarement réalisée à l'état isolé, le plus souvent elle s'intègre dans une opération plus complexe qui est la délégation par changement de débiteur et qui suppose l'accord du débiteur.

Le débiteur n'intervient pas non plus dans la subrogation personnelle consentie par le créancier. La volonté du débiteur n'a aucun rôle à jouer dans cette subrogation et on l'explique en disant que la subrogation qui lui attribue un autre créancier n'aggrave en rien sa situation.

La loi n'exige même aucune formalité de signification à ce débiteur et c'est un des points sur lesquels la subrogation se distingue de la cession de créance pour laquelle l'art. 1690 prévoit la signification au débiteur qui peut être remplacée par l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique.

La doctrine avait hésité au siècle dernier, certains auteurs pensant que l'art. 1690 devait être étendu à la subrogation, mais finalement l'opinion contraire a prévalu et la jurisprudence s'est prononcée contre l'application de l'art. 1690 en matière de subrogation (Amiens 9 déc. 1872, S. 1872.2.262 ; Com. 13 juillet 1954, D. 1954.681).

On a fait valoir à l'appui de cette solution que les formalités de l'art. 1690 avaient pour objet de protéger les ayants cause du cédant, c'est-à-dire ses cré-

anciers et les autres cessionnaires de la créance en les informant de la cession qui pourrait leur nuire, alors qu'en cas de subrogation, par hypothèse le créancier subrogeant est payé et la subrogation est limitée à la mesure de ce paiement, les ayants cause du créancier cédant ne sauraient donc s'en plaindre (V. Mestre, *op. cit.* n° 45 et 46).

Mais précisément l'art. 1690 prévoyant des formalités à l'égard du débiteur cédé, en cas de cession de créance, il convient de s'arrêter à celles-ci un instant pour préciser le rôle que joue le débiteur cédé, sauf à revenir plus tard sur elles quand nous examinerons les formalités de la cession en elles-mêmes et ensuite les effets de cette cession. La question se pose aussi pour la constitution d'un gage sur une créance.

Pour la cession de créance. L'art. 1690 prévoit deux formalités : la signification au débiteur ou l'acceptation faite par celui-ci dans un acte authentique.

Pour la mise en gage des créances, l'art. 2075 ne prévoit que la signification au débiteur de la créance donnée en gage. Mais on admet que l'acceptation de celui-ci joue le même rôle. Cette acceptation dispense de la signification. (Civ. 29 janv. 1909. D. 1910.1.52, S. 1910.1.537, note Naquet ; Com. 23 mai 1973, D. 1973.760).

Ainsi donc, en cas de cession de

L'acceptation	: créance ou de mise en gage d'une cré-
du débiteur	: ance, il peut y avoir acceptation du
n'est pas une	: débiteur. Mais cette acceptation n'est
condition de la	: pas un élément de la cession ni de la
cession ni du	: constitution de gage qui sont parfaites
nantissement	: par le seul accord du créancier avec le
	cessionnaire ou le bénéficiaire du nan-

tissement.

Cela est évident puisque l'acceptation du débiteur n'est jamais nécessaire; elle dispense de la signification mais lorsque celle-ci a eu lieu, l'acceptation du débiteur est absolument inutile et d'ailleurs nous venons de remarquer que pour la mise en gage de la créance, l'art. 2075 n'en fait même pas mention.

Mais quand elle a eu lieu, ne peut-on pas dire que le débiteur est devenu partie à la cession ou à la constitution du gage et que, du moins dans ce cas, le contrat a comporté trois parties : le créancier, le tiers (cessionnaire, créancier nanti) et le débiteur ? Ne doit-on

pas dire que la volonté du débiteur concourt alors à la perfection du contrat ?

Les termes de l'art. 1690 pour-
raient le faire croire : "le cession-
naire n'est saisi à l'égard des tiers...
lorsqu'elle a eu : le cessionnaire peut être saisi à l'égard des tiers...
lieu ? : le cessionnaire peut être saisi à l'égard des tiers...
transport faite par le débiteur dans
un acte authentique". Ces termes évoquent le système de
l'Ancien Droit français dans lequel la signification au
débiteur était une formalité d'enseinsinement nécessaire
pour faire naître les droits du cessionnaire contre le
cédé, formalité analogue à celle qui était requise pour
le transfert de la propriété dans un système juridique
n'admettant pas le transfert solo consensu et où la pro-
priété n'était transmise que par la tradition ou une for-
malité équivalente. Seule la dénonciation au débiteur
investissait le cessionnaire à l'égard du cédé. Et, du
moins dans l'opinion de certains auteurs, cette formalité
était nécessaire même si le débiteur cédé était au cou-
rant de la cession.

Cette conception, qui était encore
de l'enseinsinement : celle de certains auteurs du siècle
de l'Ancien : dernier et qui était encore admise par
Droit : Planiol (Traité élémentaire, T.II, n°
1614), est aujourd'hui abandonnée car
en contradiction avec celle du Code civil qui admet le
transfert de la propriété solo consensu.

D'ailleurs même dans cette analyse, le débiteur cédé
n'était pas partie à la convention de cession puisqu'on
ne lui demandait pas son avis et qu'il suffisait de lui
signifier la cession.

Son rôle est encore plus réduit
L'acceptation : dans la conception actuelle où on voit
du débiteur joue : généralement dans l'acceptation du dé-
le rôle d'une : biteur, comme dans la signification de
mesure de publi- : la cession à ce débiteur, une simple
cité ... : mesure de publicité destinée à rendre
la cession opposable aux tiers.

A vrai dire, cette conception que l'on peut considé-
rer comme classique a été vivement contestée par M. Lar-
roumet. Pour lui, l'acceptation du débiteur (comme d'ail-

leurs la signification dont elle dispense) est une mesure de publicité à l'égard des tiers mais non à l'égard du débiteur cédé.

C'est une mesure de publicité à l'égard des ayants cause à titre par-

... du moins à : titulier du cédant : créanciers ou
l'égard des : autres cessionnaires de la créance,
tiers sinon à : elle leur rend la cession opposable
l'égard du : et elle règle le conflit entre ceux
débiteur : qui avaient acquis successivement des

droits sur la même créance, de même que la publicité des aliénations immobilières.

Mais, pour M. Larroumet, la signification au débiteur (et donc son acceptation) a un autre effet à l'égard du débiteur. Elle démontre que celui-ci a eu connaissance de la cession, c'est un moyen d'information; mais le débiteur pourrait être informé par d'autres procédés que ceux de l'art. 1690, dès l'instant qu'il aurait, en fait, connaissance de la cession.

Cette connaissance n'est pas nécessaire à la formation du contrat de cession qui se conclut entre le cédant et le cessionnaire, dès ce moment le cédé est tenu de payer le cessionnaire, mais il pourrait payer le cédant s'il ignorait de bonne foi la cession, la signification de celle-ci ou son acceptation lui interdiraient de se prévaloir de cette bonne foi (Larroumet op. cit. n° 32 et s.).

Nous aurons à revenir sur ces

Le débiteur : questions quand nous étudierons les
n'est pas partie : formalités et les effets de la cession
au contrat de : sion de créance. Pour l'instant il
cession de : faut retenir cette constatation : le
créance : débiteur n'est pas partie au contrat
de cession de créance qui est parfait

par l'accord du créancier cédant et du cessionnaire. Le contrat est un contrat à deux personnes auquel le débiteur n'a pas à intervenir. Le rôle du débiteur n'est pas négligeable quant à l'efficacité de la cession mais il se situe sur un autre plan.

+++++

§ 2 - Les contrats entre le débiteur et un tiers

Dans tous les contrats que nous avons rencontrés jusqu'ici le créancier était partie, soit qu'il traite avec le débiteur, soit qu'il traite avec un tiers, et il en est évidemment de même dans les contrats que nous retrouverons plus loin et qui supposent trois parties : le créancier, le débiteur et un tiers. Y a-t-il place pour des contrats ayant pour objet une obligation auxquels le créancier serait étranger et donc qui seraient conclus entre le seul débiteur et un tiers ?

En principe, il faut répondre

Le principe : par la négative. Le débiteur ne peut le débiteur ne : sans l'accord du créancier disposer peut disposer : de la créance. Nous verrons que la de la créance : cession de dettes n'est pas possible sans l'accord : sans l'accord du créancier et que pas du créancier : davantage un débiteur ne pourrait donner par une délégation si celle-ci n'était acceptée par le créancier. L'obligation est la propriété du créancier, celui-ci ne saurait souffrir d'une expropriation ou d'une modification de son droit par l'effet d'une convention à laquelle il serait étranger.

Mais ce principe comporte une dérogation notable dont l'anomalie a été souvent soulignée; c'est la subrogation consentie par le débiteur, (subrogatio ex parte debitoris) qui est la seconde forme de subrogation conventionnelle prévue par l'art. 1250, et nous aurons à nous demander s'il n'y en a pas d'autres à propos de la cession de dettes.

+++++ I - La subrogation consentie par le débiteur

L'article 1250 dispose dans son 2° qu'il y a subrogation conventionnelle :

"2° - Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l'acte d'emprunt il

soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier".

Nous avons vu que le créancier ne pourrait pas accorder la subrogation à subroger celui : celui qui a prêté des fonds au débiteur qui lui a prêté : pour permettre à ce dernier de payer, des fonds pour : du moins d'après une jurisprudence dis- le paiement, : cutée; voici que l'art. 1250 2° permet sans l'accord : au débiteur lui-même qui emprunte des du créancier : fonds pour se libérer d'accorder cette subrogation et de disposer ainsi du droit du créancier sans le concours de la volonté de ce- lui-ci.

Ce paradoxe s'explique par l'histoire et par les con- sidérations de l'intérêt général qui a été jugé plus fort que celui du créancier dans la mesure où celui-ci pour- rait souffrir de l'opération.

La subrogation consentie par le L'origine histo- : débiteur a été admise par un édit sou- rrique de la su- : vent cité d'Henri IV de mai 1609 et brogation par le : qui s'expliquait par la volonté de pra- débiteur : tiquer une politique de soutien à l'ac- tivité économique par un abaissement du taux de l'intérêt.

En 1575 un édit de Charles IX avait au contraire élevé le taux des rentes en le portant au denier douze, c'est-à-dire à un denier pour 12 par an, soit 8,33 %. Henri IV avait jugé opportun d'abaisser ce taux en le ramenant au denier seize, soit : 6,25 %. Ce fut l'objet d'un édit de 1601.

Mais les rentes antérieurement constituées restaient au taux du denier douze et il y avait un intérêt économi- que à les convertir pour diminuer le montant des inté- rêts. Cette conversion était de l'intérêt général en même temps que de l'intérêt des débiteurs qui souhaitaient rembourser leur créancier pour contracter une nouvelle ren- te à un intérêt moins onéreux. Encore fallait-il qu'ils puissent se procurer des fonds c'est-à-dire qu'ils puis- sent emprunter en offrant des garanties. La solution était

dans la subrogation du prêteur dans les garanties appar- tenant au créancier qu'il permettrait de désinté- resser. Mais la seule subrogation jusque-là possible de- vait être consentie par le créancier et celui-ci n'était pas du tout disposé à l'accorder, car il ne tenait pas à être remboursé et privé du bénéfice d'une rente plus avantageuse que celle que permettait la nouvelle légis- lation. Le seul moyen de fléchir cette résistance était d'imposer la subrogation au créancier en permettant au débiteur de l'accorder lui-même. Tel fut l'objet de l'é- dit de 1609 :

"Ceux qui fournissent leurs deniers aux débi- teurs de rentes constituées au denier douze, avec stipulation expresse de succéder aux hy- pothèques des créanciers, qui seront acquit- tées de leurs deniers, et desquels les deniers se trouveront employés à l'acquit des dites rentes et arrérages d'icelles, par déclaration qui sera faite par les débiteurs, lors de l'ac- quit et rachat, seront et demeureront subrogés aux droits et hypothèques des anciens créanciers sans autre cession ni transport".

Ainsi le débiteur de la rente pouvait subroger son prêteur dans les droits du créancier, dès l'instant que ce prêteur avait fourni les fonds nécessaires au rem- boursement de celui-ci.

Ce texte ne visait que les rentes constituées, mais un arrêt de règlement du Parlement de Paris rendu en 1690 et dit "arrêt des subrogations" en avait fait une inter- prétation extensive en décidant "qu'en attendant que le Roi en eût autrement ordonné, la Cour appliquera, dans toutes les occasions l'Edit de 1609". En même temps l'ar- rêt définissait les formalités à accomplir pour cette nouvelle forme de subrogation.

L'édit de 1609, l'arrêt de 1690 sont à l'origine de l'art. 1250 2°.

Nous retrouverons plus tard les formalités particu- lières qui sont imposées à ce mode de subrogation pour éviter les abus auxquelles elle pourrait donner lieu. Pour l'instant, il suffit de s'en tenir aux conditions auxquelles elle est soumise quant au consentement. Pour cela il y a lieu de préciser les parties au contrat et de souligner que le consentement du créancier n'est pas

nécessaire.

A - Les parties au contrat de subrogation ex parte debitoris

La subrogation résulte d'un accord entre le débiteur et un prêteur ayant fourni des fonds pour le paiement de la dette. Comme toute subrogation, la subrogation ex parte debitoris suppose un paiement. Mais, à la différence de la subrogation consentie par le créancier, ce n'est pas le créancier mais c'est le débiteur qui subroge et le subrogé n'est pas le solvens mais le prêteur des fonds servant au paiement.

1° - Le débiteur subrogeant

La subrogation est accordée par

La subrogation : le débiteur. Cette règle est comprise est accordée par: de manière très simple. Aubry et Rau

Le débiteur : remarquaient que la faculté de subrogation "appartient non seulement au

débiteur proprement dit, mais à toute personne qui emprunte pour effectuer un paiement auquel se trouve attachée une subrogation légale, en ce sens que cette personne peut conventionnellement subroger le prêteur dans l'effet de la subrogation légale qui résultera à son profit du paiement effectué au moyen des deniers empruntés".

On peut illustrer cette formule en distinguant deux aspects de la règle, c'est-à-dire les deux conditions qui sont nécessaires du côté du subrogeant et qui ont été, l'une et l'autre, largement entendues.

a) Le subrogeant doit être débiteur

Tout débiteur empruntant des fonds pour payer sa dette peut accorder la subrogation dans les droits et garanties du créancier.

La notion de débiteur a été com-

La notion de dé-: prise de manière assez large puisque biteur est com- : la possibilité de consentir la subro-

prise largement : gation est reconnue au débiteur accés-

soire, comme la caution (Toulouse 27

déc. 1911, D.1913.2.65, note H. Donnedieu de Vabres, Gar. Pal. 1912.1.417, Rev. trim. de droit civil 1912 p.509 etc.

Demogue), ou encore au codébiteur solidaire qui paie au-delà de sa part (Civ. 28 avril 1942, J.C.P. 1942.II.1958, note Roger Houin).

A la vérité, l'arrêt du 28 avril 1942 ne consacre pas très nettement cette solution. Il a été rendu dans une hypothèse assez complexe.

Les consorts de Rochefort étaient débiteurs solidaires d'un syndicat agricole d'une Caisse de Crédit agricole et ceux-ci avaient pris inscription d'une hypothèque judiciaire sur le château de Larroque qui était la propriété indivise de leurs débiteurs. Ceux-ci étaient cinq et quatre d'entre eux avaient emprunté à Madame de Lestapis la somme nécessaire pour éteindre la dette solidaire en accordant à leur prêteuse la subrogation dans la créance et dans ses garanties, c'est-à-dire dans l'hypothèque du château de Larroque. Une des débitrices, Mme de Piolan, n'avait pas participé à l'opération.

Par la suite, Mme de Lestapis avait l'arrêt du : été remboursée par MM. Beaumartin et

28 avril 1942 : leur avait consenti une subrogation (de la part du créancier) dans ses droits.

M. Beaumartin se prévalant de ces deux subrogations successives, voulaient saisir le château de Larroque. Mais les consorts de Rochefort s'y opposaient en faisant valoir que la subrogation consentie à Mme de Lestapis n'était pas valable, faute de participation de Mme de Piolan. Celle-ci ne pouvait pas être considérée comme ayant été représentée par ses codébiteurs car l'emprunt comportait des intérêts supérieurs au taux légal et si les codébiteurs solidaires se représentent pour conserver l'obligation ils ne se représentent pas pour l'augmenter.

Il s'agissait donc de savoir si un codébiteur qui emporte pour payer la dette solidaire peut subroger le prêteur dans les droits du créancier contre un autre codébiteur, en l'espèce dans les droits du créancier sur la part indivise de Mme de Piolan dans la propriété saisie.

La Cour de cassation l'a admis par un détournement. Elle a fait la raisonnablement suivant : les consorts de Rochefort qui avaient participé à l'opération avaient, en payant la dette solidaire, bénéficié de la subrogation légale (art. 1251, 3°) ils pouvaient donc, sans avoir besoin de mandat de Mme de Piolan, transférer le bénéfice de cette subrogation à Mme de Lestapis.

Cette analyse a été contestée par M. Houin qui l'a

trouvée à la fois compliquée, divinatoire et inexacte et M. Houin a soutenu que la solution était un effet normal de la subrogation consentie par le débiteur, qu'il a expliquée par l'idée que le débiteur subrogant agit en qualité de représentant légal et forcé du créancier. Le prêteur avait été subrogé dans les droits du créancier désintéressé comme s'il avait été subrogé directement par le créancier.

Nous reviendrons sur cette explication et sur les critiques qu'elle a elle-même encourues. Il suffit de constater que la solution est équitable. La situation de Mme de Piolan n'était pas aggravée car il est bien certain, comme le souligne M. Houin, qu'elle n'était en aucune manière tenue par les engagements de ses consorts découlant du contrat de prêt auquel elle était étrangère. Elle n'était tenue qu'en qualité de codébiteur solidaire; à cet égard le paiement effectué par ses coobligés l'avait libérée à l'égard du créancier primitif mais elle était toujours débitrice de sa part envers ceux qui avaient payé pour elle et il était normal que les garanties du créancier primitif soient transmises à celui qui avait fourni les moyens de paiement. Le fait des codébiteurs ayant accordé la subrogation n'avait en rien aggravé sa situation, bien au contraire et l'objection tirée des limites à la représentation des codébiteurs solidaires était sans valeur.

On peut arriver ainsi à une conception large de la notion de débiteur ayant qualité pour accorder la subrogation.

Cette conception large a encore et les autres : été consacrée par un arrêt de la Cour d'applications : de Dijon du 30 mars 1911 (D. 1913.2.97, note Faye, S. 1912.2.113, note Desserteaux, Rev. trim. de droit civil 1912, p. 714 observ. Demogue) qui a admis que le tiers saisi tenu de payer purement et simplement le créancier saisissant pour le montant de la créance cause de la saisie, faute d'avoir fait la déclaration et donné les justifications exigées par la loi, pouvait accorder la subrogation dans les droits du créancier à celui qui lui avait prêté les fonds nécessaires à ce paiement.

Dans tous ces cas il s'agit de débiteurs qui sont tenus avec d'autres ou pour d'autres; quand ils paient, ils bénéficient de la subrogation légale, il est normal

qu'ils fassent profiter directement de cette subrogation ceux qui leur ont procuré les moyens du paiement, car c'est grâce à elle qu'ils ont obtenu ces moyens et donc que le créancier a pu être désintéressé.

La situation et la solution sont les mêmes lorsqu'un créancier emprunte pour payer un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges et hypothèques. Il bénéficie de la subrogation légale et il peut accorder la subrogation à son prêteur (Civ. 7 nov. 1854, S. 1854.1.715).

Mais il en est ainsi parce que celui qui accorde ainsi la subrogation (caution, codébiteur solidaire, tiers saisi condamné comme débiteur des causes de la saisie) était tenu envers le créancier. Cette condition mérite d'être précisée.

b) Le subrogeant doit être débiteur de celui qu'il paye

Cette condition est remplie, nous venons de le constater, dans les cas qui viennent d'être relevés. Il est une autre hypothèse où elle avait été mise en doute et où une discussion s'était engagée, d'ailleurs aujourd'hui terminée.

C'est le cas de l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué qui veut désintéresser les créanciers inscrits et meuble hypothéqué qui emprunte à cet effet. On sait que qu'il emprunte : l'acquéreur qui emploie le prix de son pour payer les : acquisition au paiement des créanciers créanciers : hypothécaires est légalement subrogé hypothécaires : dans les droits de ces créanciers (art. 1251, 2°). Cet acquéreur s'il a dû emprunter pour pouvoir ainsi payer, peut-il accorder la subrogation à son bailleur de fonds ? La jurisprudence a répondu affirmativement depuis longtemps (Req. 28 avril 1863, D. 1863.1.332) mais elle a dû pour cela répondre à une objection formulée déjà dans l'Ancien Droit et reprise par des auteurs du début du siècle dernier.

Ils soutenaient que l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué n'était débiteur que de son vendeur, il ne pouvait donc pas subroger le prêteur dans les droits du créancier hypothécaire. S'il payait ce créancier, celui-ci recevait paiement en qualité de mandataire du vendeur, il ne pou-

vaît accorder à son prêteur des droits préférables à celui du vendeur; à supposer que celui-ci demeure créancier d'une partie du prix de vente, la subrogation dans une partie de ses droits ne saurait lui nuire (nemo censetur subrogasse contra se), elle ne saurait d'ailleurs nuire à ses créanciers et notamment à ceux qui seraient postérieurs en rang au créancier désintéressé.

Mais on avait pu répondre que l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué est bien débiteur du créancier hypothécaire envers lequel il est tenu prêter rem. C'est donc bien son propre créancier qu'il désintéresse quand il paie un créancier hypothécaire avec les fonds empruntés.

La Cour de cassation a donc pu réfuter l'objection en ces termes :

"Attendu que les demandeurs opposent à la validité de la subrogation que l'adjudicataire n'est débiteur du prix de l'adjudication qu'envers le vendeur; que les créanciers inscrits, qui reçoivent leur paiement, ne sont que les mandataires de ce dernier; que l'adjudicataire, en désintéressant les créanciers, ne se libère qu'à l'égard du vendeur; qu'il ne peut subroger son bailleur de fonds qu'au privilège du vendeur, et que celui-ci, n'ayant été payé qu'en partie, conserve son droit de préférence pour la portion du prix non encore payée (art. 1252); attendu que ce système pêche par son principe; qu'on ne peut sérieusement soutenir que le prix appartient exclusivement au vendeur; que les créanciers inscrits et porteurs de bordereaux de collocation ont incontestablement, sur le prix de l'immeuble, un droit supérieur à celui du vendeur ou du saisi; que si l'acquéreur est tenu personnellement envers le précédent propriétaire, sa qualité de tiers détenteur l'oblige à payer les créanciers inscrits en capital et intérêts jusqu'à concurrence de son prix d'acquisition (art. 2166, 2167, 2168 et 2169); attendu que l'acquéreur étant débiteur du prix envers les créanciers inscrits peut, par cela même, emprunter avec subrogation aux droits des créanciers payés, aux termes et suivant les conditions prescrites par l'art. 1250 n° 2".

On a pu faire valoir en faveur de cette solution que

le bailleur de fonds aurait pu obtenir le bénéfice d'une subrogation conventionnelle de la part du créancier s'il avait payé directement celui-ci; la subrogation de la part du débiteur aboutit au même résultat dans le cas où c'est indirectement qu'il a payé le créancier hypothécaire. Les créanciers postérieurs en rang n'ont donc pas à se plaindre, leur situation n'est pas aggravée car, de toute manière, ils étaient primés par hypothèse et peu leur importe que ce soit par le créancier antérieur ou par celui qui lui est subrogé.

On peut ajouter que l'art. 2151-2° accorde le bénéfice de la subrogation légale dans les droits des créanciers hypothécaires à l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué qui emploie le prix de son acquisition au paiement de ces créanciers. Il est normal qu'au cas où il a emprunté le montant de ce prix, cet acquéreur puisse faire bénéficier le prêteur de la même subrogation (Sur la question : Aubry et Rau, 6ème éd. T. IV, § 321 texte et note 32, J. Mestre, op. cit. n° 68 et s.).

Il s'agit d'un paiement auquel, suivant la formule d'Aubry et Rau, "se trouve attachée une subrogation légale". Celui qui emprunte en vue de ce paiement peut comme le débiteur proprement dit consentir une subrogation ex parte debitoris. Encore faut-il que le subrogé soit un prêteur.

2° - Le prêteur subrogé

L'art. 1250-2° ne permet la subrogation par le débiteur qu'au profit du prêteur.

La notion de : Il est d'ailleurs curieux de constater que la jurisprudence que nous tater que la jurisprudence que nous prêteur est en- : avons rencontrée et discutée interdit tendue largement : la subrogation du prêteur par le créancier alors que la loi réserve à ce prêteur le bénéfice de la subrogation par le débiteur.

Mais sur ce point encore les conditions de la subrogation ont été interprétées avec souplesse. Cette subrogation peut être accordée à celui qui a fourni au débiteur des fonds pour le paiement, même si ce n'est pas à titre de prêt. C'est ainsi que les Anciens auteurs avaient déjà admis que les fonds pouvaient avoir été remis au titre d'une constitution de dot : les parents qui constataient une dot en propre à leur fille étaient

invités à stipuler que si la dot était utilisée pour payer les dettes du mari il y aurait subrogation au profit de cette fille.

L'efficacité de : le du prêt et il faudrait logiquement la subrogation : conclure que ce prêt étant une condition n'est pas subor-: tion de la subrogation, celle-ci ne donnée à la va-: peut avoir lieu si le contrat de prêt l'idité du prêt : est nul. La question s'était posée dans une espèce jugée par la Chambre des Requêtes le 25 novembre 1940 (J.C.P. 1941. II. 1618, note E. Becqué). L'emprunt avec subrogation avait été contracté par un père au nom de ses enfants mineurs sans qu'il ait obtenu les autorisations requises, la Chambre des requêtes a admis qu'il y avait eu subrogation et elle a jugé que s'il était porté atteinte aux effets de cette subrogation alors que les fonds fournis avaient servi à éteindre une créance hypothécaire il en aurait résulté un enrichissement injuste pour les débiteurs.

Mais, comme l'avait remarqué le Doyen Becqué, ce n'était pas suffisant pour justifier la subrogation. Les prêteurs avaient certainement un recours contre les emprunteurs mais ce recours n'était pas nécessairement garanti par la subrogation. Pour admettre celle-ci il fallait admettre qu'elle était valable malgré la nullité du contrat de prêt et le Doyen Becqué a soutenu qu'il n'y avait aucune raison de subordonner l'efficacité de la subrogation consentie par le débiteur à la validité de l'emprunt contracté par celui-ci. Si le prêteur avait directement payé le créancier il aurait pu obtenir de celui-ci la subrogation (de la part du créancier). Pourquoi ne pas admettre la subrogation de la part du débiteur ? Celle-ci était possible dès l'instant que de toute manière le subrogé avait fourni les fonds ayant servi au paiement, que ce soit en vertu d'un prêt régulier ou pour toute autre cause.

Le contrat de subrogation est donc conclu entre le débiteur et celui qui lui procure les fonds pour le paiement; nous précisons plus tard les conditions de forme auxquelles ce contrat est soumis. L'originalité de cette convention tient au fait qu'elle est valablement conclue sans l'intervention du créancier.

B - L'inutilité de l'accord du créancier

1. - La règle

La règle est nette : "cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier". La Cour de cassation a admis que cette procédure et donc la subrogation étaient possibles même si le créancier (en l'espèce le vendeur créancier du prix et plus précisément un ayant droit de ce vendeur ayant bénéficié d'une subrogation de la part du créancier) avait déjà intenté une action en résolution du contrat (en l'espèce de la vente ayant engendré la créance). Le paiement demeurerait possible tant que la résolution n'avait pas été prononcée, le débiteur pouvait faire des offres réelles et accorder la subrogation à celui qui lui avait prêté les fonds nécessaires pour l'effectuer (Req. 11 juillet 1843, S. 1844. 1. 379).

Le concours de la volonté du créancier est donc inutile et si le créancier donnait son accord il ne modifierait ni la nature ni les conditions de la subrogation. On peut imaginer que le créancier accorde la subrogation lui-même en même temps que le débiteur; il semblerait qu'il y ait alors deux subrogations (de la part

du créancier et de la part du débiteur) ce qui permettrait de valider l'opération au cas où une des conditions de validité de la subrogation de la part du débiteur ferait défaut. Mais il n'en est rien, la subrogation reste une subrogation ex parte debitoris et doit donc respecter les conditions de forme que nous retrouverons (Mmes 29 janvier 1861, D. 1863. 2. 21, Lyon 24 nov. 1896, D. 1899. 1. 345).

C'est la conséquence de la solution admise par la jurisprudence en matière de subrogation de la part du créancier, d'après laquelle cette subrogation ne peut être accordée au prêteur du débiteur. L'intervention du créancier n'ajoute donc rien puisqu'elle est sans valeur.

Par hypothèse le créancier est payé, car il n'y a pas de subrogation sans paiement; il ne perd donc rien et la subrogation ne pouvant lui nuire, il n'est pas be-

soin de son accord pour la réaliser.

Cependant il peut arriver que le créancier n'ait pas intérêt à être immédiatement payé. C'était le cas dans la situation qui a été l'origine de la subrogation de la part du débiteur, où le créancier d'une rente pouvait prétendre à des intérêts très supérieurs à ceux que lui procurait une nouvelle constitution de rente après rachat de la première et la subrogation de la part du débiteur a été précisément imaginée pour vaincre en pareil cas la résistance du créancier.

Mais il n'y a pas tout de suite rappeler que cette subrogation n'est possible que si le paiement est lui-même possible et le créancier est : s'il a lieu à l'aide des fonds empruntés. Si donc le créancier est en droit de refuser le paiement, il peut le faire, c'est le cas essentiellement d'une créance affectée d'un terme convenu dans l'intérêt du créancier. Si, par exemple, celui-ci a fait un placement particulièrement avantageux, il pourra en pareil cas refuser d'être remboursé avant l'échéance; en empêchant le paiement, il empêchera la subrogation.

Mais dans le cas contraire où le paiement est dû et ne peut être refusé le créancier ne peut faire obstacle à la subrogation consentie par le débiteur. Celui-ci peut faire des offres réelles suivies de consignation et la subrogation sera possible si ses conditions de forme sont remplies.

La règle qui permet ainsi au débiteur de disposer d'une créance qui ne lui appartient pas demeure cependant exceptionnelle et difficile à expliquer.

2°. - L'explication de la règle

La règle est généralement considérée comme anormale, paradoxale, on a pu dire de la subrogation par le débiteur que, comme la subrogation légale, elle opère une cession forcée et "apparaît comme un mécanisme d'expropriation des créances pour cause d'utilité privée". (Carbonnier. Les obligations, n° 131 in fine). Comment justifier juridiquement cette expropriation ?

Une tentative intéressante d'explication est celle

que nous avons déjà rencontrée et qui a été proposée par M. Houin (note précitée, J.C.P. 1942.II.1988). M. Houin entend rapprocher la subrogation par le débiteur de la justification de celle-ci. Le faire bénéficier de la justification pour la subrogation par le créancier comme s'il avait payé directement le créancier et avait été subrogé par lui. "Le débiteur n'est qu'un intermédiaire qui, d'une part, transmet au créancier les deniers affectés par le prêteur à ce paiement et qui, en retour, subroge le prêteur comme le créancier l'aurait fait". Mais cet intermédiaire n'est pas le mandataire du prêteur, "il apparaît plutôt comme le représentant forcé du créancier. La subrogation par le fait du débiteur s'analyse donc en réalité en une subrogation par le créancier représenté légalement et nécessairement par le débiteur. Ainsi se justifie l'unité profonde de ces deux modes de subrogation".

Cette explication est difficilement acceptable. Si le débiteur agissait comme représentant du créancier, il faudrait supposer qu'il agisse dans l'intérêt de celui-ci et non dans le sien propre et c'est plutôt le contraire qui est vrai, surtout si on en juge par les circonstances historiques qui ont motivé l'introduction de cette institution dans notre droit.

Plus précisément, comment expliquer que le débiteur puisse consentir une subrogation au nom du créancier à quelqu'un auquel le créancier lui-même ne pourrait pas accorder cette subrogation ? Nous avons vu, en effet, que la jurisprudence n'admettait pas que le créancier puisse subroger le bailleur de fonds. Cette jurisprudence est contestable mais elle contredit l'analyse de M. Houin qui s'accorde mal, pour la même raison, avec la solution déjà relevée que l'intervention personnelle du créancier ne modifie ni la nature ni les conditions de la subrogation par le débiteur.

En outre, et à supposer que le débiteur puisse ainsi imposer la subrogation au créancier en l'accordant en son nom, il resterait à justifier cette faculté et la justification proposée pourrait être appliquée directement à la subrogation par le débiteur sans qu'il soit utile de recourir à une hypothétique représentation.

A ce propos deux idées peuvent être invoquées. La première, considérant surtout l'origine historique de cette subrogation, l'explique par l'intérêt public et

L'explication : l'utilité générale, on a pu parler
 par l'intérêt : d'"expropriation des créances privées pour cause d'utilité publique".
 Cette formule, qui est le contre-pied
 de celle du doyen Carbonnier, est de
 M. Jacques Mestre (op. cit. p. 106).

Cette explication n'est pas inexacte : te mais elle n'est pas contradictoire
 par l'utilité : avec une seconde qui insiste sur les
 pratique et par : considérations pratiques et d'équité
 l'équité : qui expliquent cette subrogation. Imaginée par la pratique elle a l'avantage de faciliter la libération du débiteur sans nuire au créancier et cette libération est souhaitable à la fois dans l'intérêt privé parfaitement légitime du débiteur et dans l'intérêt public (V. Terré, Obligations, n° 1037 in fine). Nous verrons d'ailleurs que la loi a voulu éviter qu'elle ne soit un moyen de fraude, en la soumettant à des conditions particulières de forme.

Elle n'en demeure pas moins exceptionnelle; cependant il faut se demander si elle est la seule opération pouvant transférer les droits du créancier sans son accord.

Il faut en effet considérer aussi un autre contrat entre le débiteur et un tiers et qui peut affecter la créance sans l'intervention du créancier. Il ne s'agit pas de la véritable cession de dette car nous verrons que celle-ci ne peut être parfaite sans un accord à trois. Mais, à côté de la cession de dette parfaite, il y a peut-être place pour une cession de dette imparfaite.

***** II - La cession de dette imparfaite

Nous avons dit, dans l'Introduction, les difficultés auxquelles on se heurte pour admettre une véritable cession de dette qui, si elle existait, entraînerait l'expropriation du créancier. Le débiteur ne peut céder la charge de la dette sans l'accord du créancier qui accepte son nouveau débiteur. Nous retrouverons la cession de dette dans les contrats à trois parties.

Mais à côté de cette cession de dette parfaite, il y a des opérations moins complètes et qui sont permises au débiteur traitant avec un tiers sans l'accord du créancier précisément parce qu'elles n'altèrent pas les

droits de celui-ci. On parle alors de cession imparfaite, celle-ci pouvant d'ailleurs relever de deux types plus ou moins imparfaits.

1.- Le débiteur peut d'abord
 La promesse : conclure avec un tiers un contrat com-
 d'exécution : portant une simple promesse d'exécution. Un tiers s'engage à payer à l'échéance pour le compte du débiteur et il pourra le faire en application des art. 1236 et 1237, le créancier ne pouvant refuser ce paiement à moins qu'il ne s'agisse d'une dette qui, par sa nature ou ses caractères, ne peut être exécutée que personnellement par le débiteur.

Cette convention est parfaitement valable, sans l'accord du créancier car elle n'affecte en aucune manière les droits de celui-ci. Elle n'a d'effet qu'entre les parties et on ne peut pas dire qu'elle concerne l'obligation en elle-même. Il n'y a même pas de cession de dette imparfaite, encore qu'on parle parfois à son sujet de cession interne (Larroumet op. cit. n° 99).

2.- Le contrat conclu par le
 La cession : débiteur avec un tiers peut avoir
 cumulative : pour objet d'obliger un tiers envers le débiteur primitif. Alors le créancier a deux débiteurs au lieu d'un. C'est ce que Gaudement appelait la cession cumulative.

On peut obtenir ce résultat au moyen d'une stipulation pour autrui ou d'une délégation imparfaite. Mais cette dernière opération suppose la participation du créancier et donc trois parties et la stipulation pour autrui fait naître un droit nouveau, elle n'est pas une cession de dette.

Or précisément, il apparaît qu'il y a peut-être place pour une véritable cession de dette, imparfaite parce que cumulative, mais réalisant une transmission de la dette sans l'accord du créancier. L'opération ne libère pas le débiteur mais elle fait naître pour le créancier cédé le droit de s'adresser au cessionnaire aussi bien qu'au cédant.

Un jugement du tribunal de grande instance de Strasbourg du 24 mars 1971 (D.1973.16 note Larroumet, Rev. trim. de droit civil 1972 p. 777 observ. Louscouarn) mérite d'être relevé.

Une société avait obtenu un prêt et elle avait conclu un contrat avec un ancien Président Directeur Général Strasbourg du : par lequel celui-ci avait pris en charge le service des intérêts et le remboursement de l'emprunt. Cet accord avait été porté à la connaissance de ce dernier et il avait été partiellement exécuté. En vue d'obtenir l'exécution totale, le prêteur avait assigné à la fois la Société débitrice et celui qui avait pris en charge le remboursement, c'est-à-dire le débiteur cédant et le débiteur cessionnaire. Le tribunal les a condamnés individuellement et, accueillant l'action en garantie exercée par le cédant contre le cessionnaire, il a condamné celui-ci à indemniser la Société (cédant) de la condamnation qu'elle pourrait avoir exécutée.

Pour motiver sa décision, le tribunal a fait une analyse très précise de la situation et formulé les règles juridiques qui lui paraissaient applicables.

Il s'agissait de savoir si et dans quelle mesure le contrat conclu entre la Société débitrice et son ancien P.D.G., qui était un contrat de reprise de dette, avait opéré cession de dette. Le tribunal admet l'existence d'un tel contrat en l'espèce. Il le rapproche et le distingue de la novation et de la stipulation pour autrui. A ses yeux deux traits la caractérisent : il ne transforme pas la dette primitive dans laquelle il substitue un nouveau débiteur et le contrat "devient efficace dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, par le seul accord des contractants", c'est-à-dire des débiteurs successifs et le tribunal précise "que dans ces mêmes rapports il entraîne la libération immédiate du cédant; que cet effet libératoire du débiteur cédant ne se produit cependant pas dans les rapports entre le cédant d'une part et le créancier cédé d'autre part, car on ne peut enlever son débiteur à un créancier, ni lui en attribuer un autre à la place, sans son consentement, la personnalité de débiteur jouant un rôle essentiel pour le créancier et la fongibilité n'existant pas entre ces personnes".

Ainsi, le contrat était efficace dans les rapports des parties (cession interne), il avait à cet égard transmis la dette au cessionnaire, ce qui justifie l'appel en

garantie du cédant contre le cessionnaire.

Quant aux rapports des parties avec le créancier cédé, le tribunal remarque que la cession n'avait pas libéré le débiteur cédant; il n'y avait pas cession de dette parfaite parce que cette dernière est impossible sans l'accord du créancier; celui-ci pouvait donc toujours poursuivre son débiteur primitif.

Mais le tribunal admet que le créancier cédé avait acquis le droit de poursuivre aussi le débiteur cessionnaire. C'est ce que celui-ci contestait en invoquant le principe de la relativité des conventions : le contrat auquel le créancier était étranger n'avait pas pu faire naître au profit de ce créancier un droit contre le cessionnaire. Le tribunal consacre cependant cette action directe en se fondant sur la distinction de l'effet du contrat et de son opposabilité : "certes le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes, mais dans la mesure où le contrat crée une situation juridique nouvelle, cette situation peut être opposable aux tiers qui n'étaient pas partie au contrat". Le tribunal estime que la situation créée par le contrat de cession de dette était "opposable au créancier cédé dans la mesure où elle ne portait pas atteinte à son droit acquis de pouvoir continuer à poursuivre son ancien débiteur". En vertu de cette situation nouvelle un nouveau débiteur était venu s'ajouter à l'ancien et le créancier pouvait désormais s'adresser à lui pour obtenir paiement.

Le tribunal ajoute que cet effet pouvait se produire sans que le créancier ait à donner son consentement, car si ce créancier avait ratifié la cession il aurait perdu ses droits contre le débiteur cédant; en d'autres termes il y aurait eu cession de dette parfaite.

Le tribunal admet donc une cession imparfaite, une cession cumulative qui ne libère pas le cédant mais accorde au créancier un droit contre le cessionnaire.

Commentant cette décision, M.

L'explication : Larroumet a approuvé la solution mais de la solution : repoussé la justification. Certes la distinction de l'effet du contrat et de son opposabilité est actuellement admise mais l'application qui en a été faite en l'espèce est incorrecte.

L'opposabilité du contrat aux tiers permet à un tiers de se prévaloir d'un contrat ou de se le voir opposer sans devenir personnellement créancier ni débiteur en

vertu du contrat. Si on admet que le contrat rend un tiers créancier ou débiteur on admet que ce contrat produit effet à l'égard de ce tiers contrairement au principe de la relativité des conventions.

Pour M. Larroumet la cession de dette ainsi consacrée constitue une exception au principe de la relativité des conventions et il ne s'en étonne pas car, pour lui, la cession de créance est aussi une dérogation au principe de l'effet relatif à côté de la stipulation pour autrui et de certaines actions directes.

La dérogation est moins voyante si on admet avec d'autres auteurs, comme M. Goutal (op. cit. p.173) que la solution du tribunal de Strasbourg s'explique par la stipulation pour autrui, alors que le tribunal a formellement écarté ce fondement.

La stipulation pour autrui est en effet un contrat entre deux parties produisant effet à l'égard d'un tiers bénéficiaire. Mais cette stipulation n'a pas pour objet une créance préexistante, puisqu'elle en fait naître une nouvelle et c'est pourquoi nous ne l'avons pas incluse dans cette étude.

L'opération consacrée par le tribunal de Strasbourg paraît bien au contraire comme un contrat entre le débiteur et un tiers et donc sans la participation du créancier, qui a pour objet une obligation préexistante. Comme il assure la cession imparfaite.

D'ailleurs la solution consacrée par ce jugement n'est pas isolée. La cession : jurisprudence admet dans d'autres cas de contrat : le droit du créancier contre un tiers qui reprend la dette par un contrat auquel ce créancier n'était pas partie (V. not. à propos de la cession de bail : Civ. 7 janv. 1947, J.C.P. 1947. II.3510, note Jacques Becqué).

La question s'est trouvée posée à propos de la cession de contrat synallagmatique et nous la retrouverons avec cette institution dans la Section III.

On peut d'ailleurs se demander si la question de l'accord du créancier n'est pas un faux problème. Peut-on dire vraiment que cette jurisprudence admet la cession de dette imparfaite sans l'accord du créancier ? Dans l'espèce jugée par le tribunal de Strasbourg on peut considérer que le créancier avait donné au moins un accord tacite du seul fait qu'il poursuivait le nouveau débiteur.

D'ailleurs il avait même accepté de celui-ci un premier paiement.

On peut ajouter que cette question est voisine de celle de savoir si la cession de la propriété d'un bien n'entraîne pas celle des créances et des dettes en rapport avec ce bien, qui est généralement présentée comme celle de savoir si l'ayant cause particulier doit être traité comme un tiers au contrat conclu par son auteur quant à l'application du principe de l'effet relatif du contrat. La jurisprudence admet assez largement le transfert à l'ayant cause des droits relatifs à la chose transmise mais elle refuse au contraire d'admettre la transmission des dettes en rapport avec le bien transmis, à moins de disposition légale contraire et sauf le cas de la cession de contrat sur laquelle nous aurons à revenir.

Ainsi le principe que le débiteur ne peut disposer de la dette sans l'accord du créancier n'est peut-être pas sans exceptions. Mais il persiste et c'est pourquoi il est des contrats relatifs à une obligation qui ne peuvent être conclus qu'à trois parties.

Section II

Les contrats à trois parties

+++++
+++++
+++++
+++++

A côté des contrats relatifs à une obligation qui peuvent naître de l'accord de deux parties, il en est d'autres qui, au contraire, requièrent trois parties : le créancier, le débiteur et un tiers à l'obligation; le créancier et le débiteur doivent tous deux intervenir à l'acte qui aura pour objet l'obligation dont ils sont les sujets.

Ces contrats sont : la cession de dettes parfaite, la novation par changement de créancier et la délégation.

+++++ § 1 - Les parties à la cession de dette parfaite
+++++

La cession de dette parfaite est l'acte qui aurait pour effet de réaliser une transmission de la dette à un nouveau débiteur, c'est-à-dire une véritable succession

particulière à la dette (à la différence de la stipulation pour autrui qui engendre un droit nouveau) en libérant le premier débiteur.

Pour Eugène Gaudement il faudrait en outre, pour que cette cession soit parfaite, qu'elle puisse se faire par un accord entre les deux débiteurs successifs sans participation du créancier, tout en respectant les droits de ce créancier. Une telle opération est impossible en droit français actuel.

Certes, un premier obstacle historique a aujourd'hui disparu. L'idée d'une succession à titre particulier à la dette, d'une transmission passive, est admissible à partir du moment où on se libère de la conception purement personaliste de l'obligation. Dès l'instant que l'on admet la cession de créance c'est-à-dire la survivance de la créance à sa transmission à un nouveau cessionnaire, on peut concevoir cette survivance en cas de transmission passive de l'obligation. L'idée de transmission passive est aussi concevable que celle de transmission active.

Mais est-elle acceptable ? La cession de dettes, avons-nous dit, se heurte à un obstacle que certains tiennent pour infranchissable. La substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien peut être préjudiciable au créancier car la valeur de la créance dépend de la personne du débiteur et des garanties que celui-ci peut offrir par sa personne et par son patrimoine. C'est pourquoi il est souvent dit qu'il n'y a pas de cession de dettes en droit français. Et il est exact que le Code civil n'en parle pas.

Il faut mettre à part les obligations de caractère personnel très marquées du côté du débiteur et qui ne peuvent être exécutées que par le débiteur lui-même. De telles obligations sont évidemment insusceptibles de cession passive. Mais les autres doivent pouvoir faire l'objet d'une cession de dette en vertu du principe de la liberté des conventions. Certains le contestent ou du moins ne l'admettent qu'à titre exceptionnel en pensant que seule la stipulation pour autrui ou la novation par changement de débiteur sont normalement possibles pour atteindre un résultat équivalent à celui de la cession de dettes. Mais à partir du moment où on voit dans l'obligation une valeur,

cette valeur doit pouvoir être transmise sans novation aussi bien du côté passif que du côté actif (V. Gaudement. Théorie générale des obligations, p. 476. Larroumet op. cit. n° 87).

D'ailleurs la cession de dette est pratiquée dans des cas de plus en plus nombreux, encore qu'elle soit rarement contractée à titre isolé car on ne verrait pas l'intérêt pour le cessionnaire d'accepter d'assumer la dette d'autrui s'il n'y avait pas intérêt. Elle est surtout pratiquée avec la cession du contrat qui a engendré la dette; nous pourrions notamment relever la reprise de rente et la reprise de prêt, et nous aurons à revenir sur le lien entre la cession de contrat et la cession de dette.

Celle-ci est donc possible parce que l'obligation est une valeur. Mais il ne faut pas oublier que l'obligation n'est pas un bien comme les autres; elle est aussi un rapport interpersonnel et il en découle le particularisme de la transmission des obligations.

Ce particularisme qui existe déjà... mais elle : ja dans la cession de créance, s'ac-
nécessaire l'ac- : cuse dans la cession de dette pré-
cord du créan- : sèment parce que celle-ci doit respec-
cier : ter l'intérêt du créancier auquel on
ne saurait imposer un changement de
débiteur qui risquerait de porter atteinte à ses garanties. Si la cession de créance peut résulter d'un accord des deux créanciers successifs auquel le débiteur cédé est étranger, la cession de dette ne peut résulter d'un accord entre les deux débiteurs successifs auquel le créancier ne serait pas partie et ce pour la raison que nous avons dite : on ne peut pas imposer au créancier un changement de débiteur car il n'est pas certain que le nouveau débiteur présente les mêmes garanties que l'ancien. La cession de dettes parfaite ne peut avoir lieu sans l'accord du créancier.

Nous avons vu que cet accord était peut-être inutile pour la cession interne ou pour la cession cumulative parce que ni l'une ni l'autre ne libèrent le débiteur primitif à l'égard du créancier. La cession cumulative engage le nouveau débiteur envers le créancier mais elle ne libère pas le débiteur primitif. Nous avons rencontré le jugement du tribunal de grande instance de Strasbourg du 24 mars 1971 qui a consacré cette solution à propos

de la reprise de prêt. Mais la cession parfaite, c'est-à-dire libérant le premier débiteur, n'est pas possible sans l'accord du créancier pour l'accepter. On peut relever dans la jurisprudence l'affirmation de la nécessité de l'acceptation du créancier. Le jugement du tribunal de Strasbourg en est un exemple.

C'est aussi le cas notamment de la jurisprudence : la reprise de rente. Celle-ci peut se sur la reprise : réaliser lors de la revente d'un immeuble que le revendeur avait acquis moyennant une rente viagère, lorsqu'il est convenu entre le revendeur et le sous-acquéreur que celui-ci assumera désormais la charge de la rente. Pour que le revendeur soit libéré de cette charge il faudrait que le créancier ait donné son consentement à une substitution de débiteur.

Statuant dans une espèce où ce créancier avait opposé un refus formel, la Cour de Paris a appliqué ce principe pour en conclure que seul le premier acquéreur était tenu de payer les majorations d'arrérages prévues par la loi sur la revalorisation des rentes viagères (Paris 16 février 1965, Gaz. Pal. 1965.1.386, Rev. trim. de droit civil 1965.828 observ. Cornu).

Dans une espèce analogue où le créancier n'avait pas été consulté, elle a jugé que l'action en révision de la rente pouvait être dirigée contre le débiteur primitif, sauf à mettre en cause le sous-acquéreur (Paris 6 février 1967, D.1967.402).

On peut lire dans cet arrêt le motif suivant :

"Considérant que le fait d'aliéner un immeuble précédemment acquis moyennant la constitution d'une rente viagère, ne suffit pas à libérer l'acquéreur du service de cette rente, pas plus d'ailleurs que de toute autre obligation personnellement assumée par lui envers son vendeur, eut-il même, en aliénant l'immeuble, imposé au nouveau propriétaire l'obligation de servir la rente et d'acquiescer à sa place les autres obligations personnellement contractées par lui; qu'il faudrait encore pour qu'il en soit ainsi que le vendeur primitif, créancier de ces obligations, ait consenti à ce que son débiteur s'en substituât un autre et ait accepté de tenir cette substitution comme libératoire".

La pratique applique les mêmes principes pour la reprise de prêt. Bien souvent le contrat de prêt exclut cette reprise. Lorsque le prêt a été consenti pour financer la construction ou l'acquisition d'un appartement, le contrat contient une disposition rendant immédiatement exigible le remboursement en cas d'aliénation. Sinon, lors de cette aliénation, les parties peuvent convenir d'une cession interne et la question se posera de savoir si cette cession fait naître un droit direct au profit du créancier contre le nouveau débiteur. Nous avons rencontré la question.

Les parties peuvent aussi demander l'accord du créancier et, suivant les cas, cet accord aboutira soit à une cession cumulative, soit à une cession parfaite.

C'est ainsi qu'en cas de vente d'un immeuble hypothéqué en garantie d'un prêt conclu en vue d'en financer la construction ou l'acquisition, il est convenu entre les parties que l'acquéreur accepte d'assumer la charge du prêt; le prêteur, c'est-à-dire habituellement une banque ou un organisme de prêt, est informé et il répond en donnant son accord, mais sans préciser qu'il entend libérer le nouvel acquéreur. Cet accord implique la renonciation du prêteur à l'exigibilité immédiate du remboursement du prêt et, quant à la transmission de la dette, il réalise une cession cumulative, c'est-à-dire que le créancier a un droit à la fois contre les deux débiteurs, celui auquel il avait consenti le prêt et l'acquéreur du bien qui garantit celui-ci.

Pour réaliser une reprise de dette parfaite, il faut aller plus loin et que le créancier, le prêteur dans l'exemple choisi, intervienne à l'acte de vente qui contient alors deux dispositions : l'engagement pris par l'acquéreur envers le vendeur de payer les annuités d'emprunt et la clause par laquelle le prêteur accepte le nouveau débiteur et décharge l'emprunteur initial de ses obligations.

Dans les deux cas et réserve faite de l'hypothèse où s'applique le décret du 20 mai 1955 dont nous allons parler, la cession de dette a été réalisée par l'accord des trois intéressés. Cet accord est nécessaire.

Pour la cession parfaite on doit exiger un accord du créancier suffisamment net et explicite. Peut-être un accord tacite serait-il suffisant pour une cession im-

parfaite parce que cumulative et c'est ainsi que si on n'admet pas que cette cession puisse résulter du seul contrat entre les deux débiteurs successifs, on peut se demander si le seul fait que le créancier engage des poursuites contre le nouveau débiteur, comme dans l'espèce ayant donné lieu au jugement du tribunal de Strasbourg du 24 mars 1971, n'implique pas de la part du créancier qui les exerce une acceptation tacite du nouveau débiteur sans libération du premier, auquel cas la cession, même imparfaite, impliquerait elle aussi le consentement des trois intéressés.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas de cession de dette parfaite sans l'accord du créancier. Les législations qui ont organisé la cession de dette exigent cet accord. La divergence porte sur le moment où cette adhésion prend effet.

En effet il n'est pas nécessaire
Le moment où : que l'adhésion du créancier soit donnée
l'adhésion du : née au moment même où se réalise l'adhésion du
créancier pro- : cord entre les deux débiteurs (cédant et cessionnaire). Il peut intervenir plus tard et il s'agit alors de savoir à quel moment se produisent les effets de l'opération, plus précisément il s'agit de savoir si les deux effets de la cession parfaite de dette se produisent en même temps.

On peut concevoir que les deux effets de la cession de dette se produisent au même moment : au jour de l'adhésion du créancier, comme le veut le droit italien, ou au jour de l'accord du cédant et du cessionnaire, l'adhésion ultérieure du créancier ayant un effet rétroactif, comme il en est en droit allemand. Dans cette conception, il n'y a pas place pour une cession imparfaite.

En droit français, si l'on admet avec la jurisprudence que nous avons citée la possibilité d'une telle cession imparfaite, il y a une opération en deux temps : l'accord cédant-cessionnaire qui suffit à conférer au créancier un droit contre le cessionnaire, puis l'adhésion du créancier qui libère le cédant et il semble que les deux opérations se produisent successivement.

Reste le principe qui paraît indiscutable qu'il n'y a pas de cession de dette parfaite sans un contrat à trois parties. Mais il faut remarquer qu'il en est parfois autrement au cas de cession légale.

Il en est ainsi d'abord, lorsque la loi impose à l'acquéreur d'un bien la charge des dettes relatives à ce bien.

L'acquéreur d'un immeuble loué est tenu de respecter le bail conclu par son auteur (art. 1793 C. civ.); l'acquéreur de la chose assurée est lié par une faculté de résiliation. (art. L. 121-10, C. des assurances).

Il faut relever aussi des dispositions plus récentes et de portée plus particulière. C'est d'abord le décret du 20 mai 1955 (art. 9 al. 1 modifié par le décret du 23 mars 1967). Ce texte est relatif aux prêts spéciaux à la construction consentis par le Crédit Foncier de France.

Lorsque le propriétaire d'un appartement est débiteur du Crédit Foncier de France ou du Sous-Comptoir des Entrepreneurs à raison d'un prêt consenti pour sa construction et qu'il veut vendre cet appartement, il a intérêt à transmettre la charge du remboursement et des intérêts à son acquéreur. En principe il faudrait d'une part que le nouvel acquéreur accepte et, pour que la cession soit parfaite, que le créancier, c'est-à-dire le Crédit Foncier, donne son accord à ce changement de débiteur pour décharger son débiteur primitif. Pratiquement le Crédit Foncier était toujours d'accord parce que le prêt est garanti par une hypothèque de premier rang, mais encore fallait-il qu'il exprime cet accord. Pour éviter cette formalité et simplifier les opérations, l'art. 9 du décret du 20 mai 1955 dispose qu'en cas de mutation à titre particulier ou d'attribution par voie de partage d'une société portant sur un bien grevé d'une hypothèque au profit du Crédit Foncier ou du Sous-Comptoir des Entrepreneurs pour sûreté d'un prêt spécial à la construction "le débiteur originaire ou, en cas de mutations ultérieures, le dernier débiteur", est déchargé de plein droit de ses obligations à l'égard des établissements prêteurs, obligations dans lesquelles l'acquéreur ou l'attributaire est substitué, également de plein droit, par l'effet de l'acte opérant mutation ou partage, l'hypothèque conservant, sans autre formalité, tous ses effets sur le bien acquis ou attribué".

Ce texte consacre donc une véritable cession de dette important libération du premier débiteur et substitution du nouveau sans que l'accord du créancier soit nécessaire. R. Malaurie a pu parler de "cession plus que parfaite" (Cours précité 1975-76 p. 35). Mais il s'agit surtout d'une cession légale qui découle de plein droit de la vente ou de l'attribution par voie de partage du bien grevé de l'hypothèque du Crédit Foncier. La volonté des deux débiteurs successifs n'est même pas exigée; on peut penser que cette volonté est implicite, comme l'ailleurs celle du créancier.

De ces dispositions qui jouent en cas de transfert de la propriété d'un bien, il faut rapprocher celles qui contiennent des dispositions analogues au cas de cession d'un contrat.

... ou de la	On peut citer une cession légale
cession d'un	: cumulative. C'est celle de l'art.
contrat	: 1831-3 du C. civ. que aux lois des
	: 16 juillet 1971 et 11 juillet 1972

loisque le maître de l'ouvrage cède le contrat de promotion immobilière, le cessionnaire est substitué au cédant activement et passivement, mais le cédant est garant des obligations nées à la charge du maître de l'ouvrage par le contrat cédé.

Il est encore un autre texte qui organise une cession de dette jouant de plein droit. C'est l'art. 1601-4 du C. civ. dû à la loi du 4 juillet 1967 sur le vente d'immeuble à construire. Le cessionnaire d'un tel contrat est substitué de plein droit dans les obligations de l'acquéreur. Mais le texte ne dit pas s'il s'agit d'une cession cumulative ou d'une cession parfaite, c'est-à-dire si le cédant est toujours tenu ou non des obligations nées du contrat cédé.

Malgré ces dispositions ne sont pas de véritables exceptions à la règle qu'il n'y a pas de cession de dette parfaite sans accord du créancier puisqu'elles sont relatives à des cessions légales et non conventionnelles et qu'elles n'organisent pas toutes une cession parfaite. S'agirait-il de dérogations qu'elles confirmeraient la règle.

Nous allons retrouver celle-ci avec la novation par changement de créancier.

§ 2 - Les parties à la novation par changement de créancier

La novation par changement de créancier est aujourd'hui très rare. Elle changeant de : a servi jadis à réaliser à peu près le créancier ne se : transfert actif de la créance quand la forme que par : cession de créance n'existait pas. Elle l'accord des : le se distingue de la cession de créancier trois intéressés : ce précisément parce qu'elle n'opère pas une transmission de la créance mais parce qu'elle éteint la créance pour lui en substituer une autre au profit d'un nouveau créancier. On la voit habituellement dans le cadre d'une opération plus complexe que nous allons voir qui est la délégation parfaite.

Mais la novation par changement de créancier se caractérise quant à sa formation par la nécessité de l'accord des trois parties intéressées : les deux créanciers successifs et le débiteur.

Sur ce point elle se distingue encore de la cession de créance et des deux autres sortes de novation.

... à la différence : souligné de créance, avons-nous rence de la cession : créanciers successifs : cédant et cession de créance : s'opère. Il ne suffirait pas d'un tel accord pour réaliser une novation par changement de créancier car celle-ci a pour effet de libérer le débiteur de sa dette envers son premier créancier; pour faire autre à sa charge une dette nouvelle au profit d'un nouveau créancier, l'opération ne peut se faire sans le débiteur (Christian Faget, op. cit. n° 25 et 43).

Pratiquement d'ailleurs la convention est conclue entre le créancier et le débiteur qui accepte son nouveau créancier et sans l'accord de celui-ci qui doit s'ajouter car il ne peut devenir créancier malgré lui. D'ailleurs, le plus souvent, ce nouveau créancier était créancier du premier et s'il acquiert une nouvelle créance c'est en perdant celle qu'il avait déjà et qui était peut-être avantageuse.

De toute manière l'intention de novar doit être constatée. L'art. 1277 al. 2 le précise quant à l'intention

du premier créancier, il ne suffirait pas à celui-ci d'indiquer une personne devant recevoir pour lui pour que se réalise un changement de créancier.

Ainsi la novation par changement de créancier se distingue des autres novations quant aux parties au contrat :

... et des autres novations : La novation objective (par changement d'objet) est conclue entre le créancier et le débiteur.

La novation subjective par changement de débiteur est conclue entre le créancier et le nouveau débiteur (art. 1274).

La novation subjective par changement de créancier est conclue entre le créancier primitif et le débiteur avec l'accord du nouveau créancier.

Mais la novation par changement de créancier est généralement présentée comme se situant dans une opération plus complexe qui est la délégation.

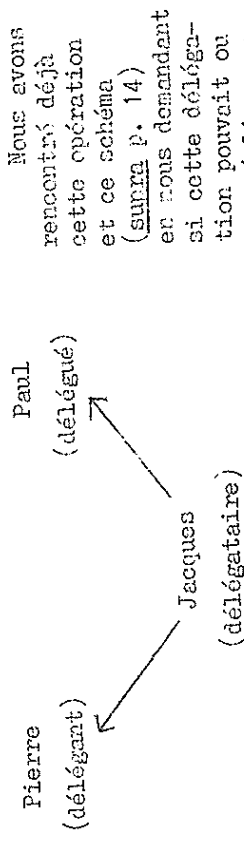
§ 3 - Les parties à la délégation

Le Code civil traite de la délégation à propos de la novation dans la Section II consacrée à cette institution, aux art. 1275 et 1276, parce que longtemps et jusqu'à Pothier la délégation était considérée comme une espèce de novation.

Mais l'art. 1275 distingue la délégation, du moins une forme de celle-ci, de la novation : "La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation". A vrai dire il résulte de ce texte que la délégation peut avoir ou non un effet novatoire.

Dans tous les cas elle suppose trois personnages : le délégant, le délégué et le délégataire puisque c'est aux termes de l'art. 1275, un acte par lequel un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers celui-ci.

Le débiteur c'est le délégant, il donne à son créancier (le délégataire) un autre débiteur (le délégué). Ainsi Pierre, débiteur de Jacques, donne à celui-ci un nouveau créancier : Paul.



et nous avons distingué la délégation parfaite de la délégation imparfaite.

A.- La délégation parfaite a pour effet de décharger "le débiteur qui a fait la délégation" comme dit l'art. 1275, c'est-à-dire que, dans l'exemple du délégataire : choisi, Pierre délégant est libéré de sa dette envers Jacques le délégataire qui est en revanche devenu créancier du délégué (Paul).

Alors l'opération est présentée comme une novation par changement de débiteur pour le délégataire et l'art. 1277 précise que pour qu'il en soit ainsi il faut que le créancier, c'est-à-dire le délégataire (Jacques), ait expressément déclaré qu'il entendait décharger "son débiteur qui a fait la délégation" (Pierre). L'opération résulte donc d'un contrat entre le délégant (débiteur) et le délégué auquel le délégataire (créancier) donne non seulement son accord, mais son accord exprès. C'est bien un contrat à trois parties.

Nous avons dit que la novation par changement de débiteur pouvait se faire à deux par un accord du créancier et du nouveau débiteur sans le concours du premier débiteur dans le cas de l'expressio (art. 1274, supra p. 45). Mais si c'est le premier débiteur qui a pris l'initiative de l'opération, comme c'est le cas dans la délégation, en trai-

tant avec le nouveau débiteur ce premier débiteur, qui ne joue aucun rôle dans l'expression, est, par hypothèse, partie à l'opération et l'accord du créancier est également nécessaire car on ne peut imposer à celui-ci un changement de débiteur. Dans cette hypothèse, il faut ainsi l'accord des trois intéressés.

La diffiçence s'explique mieux avec l'analyse que propose M. Larroumet de la délégation (op. cit. n° 227 et s.) qui est pour lui une opération différente de la novation même quand elle est parfaite, c'est-à-dire quand elle produit un effet novatoire.

M. Larroumet remarque que la novation a sa cause dans une obligation préexistante qu'elle se propose d'éteindre pour la remplacer par une autre; et si l'obligation ancienne est nulle l'obligation nouvelle ne peut pas naître. Au contraire, la délégation (et nous y reviendrons) est un acte abstrait c'est-à-dire ne révélant pas sa cause et valant indépendamment de cette cause.

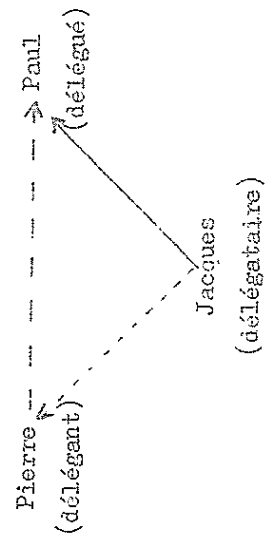
Pour M. Larroumet, la cause de la délégation n'est pas dans la dette du délégant envers le délégataire que la délégation aurait pour but d'éteindre. Si elle l'éteint et si elle produit ainsi le même effet que la novation, c'est par un mécanisme différent. La délégation serait valable même si la dette du délégant envers le délégataire était nulle; cette dette n'est pas la cause de la délégation, son absence n'entraînerait pas l'engagement du délégué, tandis que l'absence d'une dette à éteindre ferait obstacle à la novation.

M. Larroumet ajoute que la cause
... parce : de la délégation est ailleurs, elle qu'elle n'est : est dans les rapports du délégant et pas une vérité : du délégué; si le délégant a voulu la novation par : donner au délégataire un nouveau débiteur : débiteur c'est peut-être parce que le changement de : délégant était créancier du délégué débiteur : en même temps que débiteur du délégataire et qu'il a ainsi quelque titre et quelque raison d'obtenir de son débiteur (le délégué) un engagement envers son créancier (le délégataire) qui le libérera à l'égard de celui-ci.

En distinguant ainsi la délégation d'une novation par changement de débiteur on peut mieux comprendre que les parties à ce contrat soient différentes et essentiellement que la délégation suppose l'accord de trois parties,

alors que la véritable novation par changement de débiteur peut résulter d'un accord à deux.

D'ailleurs il y a aussi bien souvent dans la délégation parfaite une novation par changement de créancier ou du moins une opération qui s'en rapproche. Bien souvent, en effet, le délégant était créancier du délégué en même temps que débiteur du délégataire (1); en demandant au délégué de s'engager envers le délégataire, il remplace par une seule obligation (celle du délégué envers le délégataire) les deux obligations préexistantes (celle du délégué envers le délégant et celle du délégant envers le délégué).



envers le délégant et celle du délégant envers le délégataire). Normalement Paul (délégué) aurait dû payer Pierre (délégrant) et celui-ci aurait dû à son tour payer Jacques (déléguataire); on évitera ce circuit : Paul sera tenu directement envers Jacques; les deux obligations primitives seront remplacées par une seule. Pour le délégataire l'opération ressemble à un changement de débiteur, pour le délégué elle s'apparente à un changement de créancier. Il est normal que les trois intéressés doivent donner leur accord.

B. - La délégation imparfaite
La délégation : se caractérise par l'absence de tout imparfaite n'a : effet novatoire.
pas d'effet : Elle se réalise d'abord lorsqu'il n'y avait pas d'obligation préexistante entre le délégant et le délégué, que le délégant n'était pas débiteur du délégué.

(1) Les relations entre les parties antérieures à la délégation sont indiquées par les flèches en pointillé.

gué et qu'il n'y a donc aucune obligation à éteindre. Certes le Code civil n'envisage pas cette hypothèse et il définit la novation comme un acte du débiteur qui donne au créancier un autre débiteur, mais l'Ancien Droit connaissait une délégation sans rapport préexistant entre le délégant et le délégataire dite rescription et on ne voit pas pourquoi elle ne serait pas possible aujourd'hui encore, par exemple pour réaliser une donation indirecte ou un prêt en faveur du délégataire. On pourrait atteindre le même résultat par la stipulation pour autrui. Dans ce cas il n'y a évidemment pas de novation puisqu'il n'y a aucune dette à éteindre.

Mais surtout il y a délégation imparfaite lorsqu'en faisant naître un droit du délégataire envers le délégué l'opération laisse subsister les relations antérieures pouvant exister entre délégant et délégué d'une part et délégant et délégataire d'autre part.

Dans tous ces cas le mécanisme de l'opération est le même, imparfaite ou parfaite la délégation suppose l'accord des trois personnes concernées.

Si les effets des deux types de délégation sont différents les conditions de formation du contrat sont les mêmes, la loi ne fait à cet égard aucune distinction et envisage toujours la délégation comme une opération à trois personnages quant à sa formation. Elle se distingue ainsi de la stipulation pour autrui.

La seule différence entre la délégation parfaite et la délégation imparfaite à cet égard c'est que seule la première suppose une déclaration expresse du délégataire par laquelle celui-ci entend décharger le délégant (art. 1275). Dans la délégation imparfaite qui laisse subsister la dette du délégant envers le délégataire cette déclaration n'a évidemment pas lieu mais cela ne veut pas dire que le délégataire n'ait pas à accepter la délégation qui lui donne un nouveau débiteur. Ce qui est vrai c'est que cette acceptation pourra être facilement supposée puisque, par l'effet de la délégation imparfaite, le délégataire acquiert un nouveau créancier sans perdre le premier s'il en avait un ou même acquiert un créancier alors qu'il n'en avait aucun. L'opération est toujours dans son intérêt et on voit mal pourquoi il

la refuserait, mais on peut toujours refuser une donation. Pour en finir avec cette classification des contrats ayant pour objet une obligation suivant les parties nécessaires à leur conclusion, il nous reste à nous interroger sur un contrat pouvant faire difficulté à cet égard : la cession de contrat.

Section III

Les parties à la cession de contrat

Nous n'étudierons pas dans son ensemble la cession de contrat qui a fait l'objet du Cours de doctorat de M. Malaurie en 1975-76, mais nous ne pouvons éviter de la rencontrer et nous y avons déjà fait allusion.

On peut définir la cession de contrat comme la transmission de la situation de partie à un contrat avec les droits et les obligations qu'elle comporte.

Cette cession résulte parfois de la loi elle-même qui l'impose dans certaines circonstances. Nous avons fait allusion déjà à la transmission obligatoire de contrat de bail imposée par l'art. 1743 en cas d'aliénation de l'immeuble loué, à la transmission du contrat d'assurance en cas d'aliénation du bien assuré et à la transmission du contrat de prêt conclu avec le Crédit Foncier en cas d'aliénation d'un bien grevé d'une hypothèque de cet organisme. On peut y ajouter la cession forcée des contrats de travail que le Code du travail impose au cas de cession d'une entreprise.

Ce qui nous intéresse ici c'est la cession conventionnelle. Elle résulte alors d'un contrat ayant pour objet un autre contrat qu'une partie, à celui-ci, le cédant, entend transmettre au cessionnaire, l'autre partie au contrat transmis est le cédé. L'opération est aujourd'hui assez fréquente. C'est ainsi que l'on cède un contrat de bail ou une promesse de

vente, nous avons rencontré la cession d'une vente d'immeuble à construire, la reprise de prêt, qui est la cession du contrat de prêt, la cession du contrat de promotion immobilière et il y en a bien d'autres. Dans une thèse récente Mme Saint-Alary-Houin a analysé l'exercice du droit de préemption comme une cession forcée du contrat de vente.

Cette convention a sa physionomie propre (V. not. Larroumet ; op. cit. la cession de : n° 86 et s.) ; elle se distingue notamment du sous-contrat (sur lequel, v. la thèse de M. Nérat, Paris II 1977).

Le sous-contrat est un contrat nouveau conclu par une partie à un contrat avec une tierce personne, ayant pour objet les prestations du premier contrat sans substituer un nouveau contractant au premier. C'est ainsi que la sous-location est différente de la cession de bail.

La cession de contrat se distingue aussi de la stipulation pour autrui et de la délégation, parce qu'elle réalise précisément une transmission de la qualité du contractant, alors que ces institutions créent des rapports nouveaux.

Il est plus difficile de distinguer la cession de contrat de la cession de créance et de la cession de dette, car la situation contractuelle qui en fait l'objet s'analyse en une situation de créancier ou de débiteur et parfois des deux et la cession de cette situation paraît bien se ramener à celle soit des créances, soit des dettes, soit des créances et des dettes.

Le contrat cédé peut être en effet unilatéral ou synallagmatique. Nous avons vu un exemple de cession de contrat unilatéral avec la reprise de prêt qui paraît bien se ramener à une cession de dettes : la dette de remboursement d'un prêt, et c'est à propos de la cession de dettes que nous en avons parlé.

La cession de bail est un exemple de cession de contrat synallagmatique. Le locataire qui cède son bail cède les droits que ce bail comportait mais aussi les obligations qu'il lui imposait et notamment celle de payer le loyer.

Il s'agit en outre de savoir si la cession de contrat entraîne aussi la transmission d'autres droits que l'on peut considérer comme accessoires, comme celui de résilier le contrat ou d'agir en annulation. Mais ce

n'est pas notre propos, du moins pour l'instant. Nous avons ici à préciser quelles sont les parties au contrat de cession de contrat et quel est leur rôle.

Ces parties sont évidemment le cédant et le cessionnaire. Ainsi la cession de bail suppose l'accord du locataire (cédant) et de la personne à laquelle il transmet son bail (cessionnaire) ; la reprise de prêt, l'accord de l'emprunteur (cédant) et de celui qui accepte d'assumer la charge des intérêts et du remboursement de l'emprunt (cessionnaire). Mais le cédé a-t-il un rôle à jouer et lequel ?

Dans le cas de la cession de bail, le bailleur, dans le cas de la reprise de prêt, le prêteur, sont-ils parties au contrat ?

En d'autres termes, la cession de contrat est-elle une opération à deux ou à trois parties ?

La réponse dépend peut-être de la conception que l'on adopte quant à la nature de la cession de contrat. On peut en effet hésiter entre deux théories : la théorie de la décomposition et la théorie unitaire.

La théorie de la décomposition voit dans la cession de contrat la cession des obligations nées de ce contrat ; la cession de contrat synallagmatique est donc une cession de créance à laquelle s'ajoute une cession de dette. (En ce sens, l'app. la cession de contrat, Thèse Strasbourg 1950, n° 16 et s., Galvaç Télès, la cession de contrat. Rev. int. de Droit comparé, 1951 p. 226 et s.).

Au contraire la théorie unitaire considère que la cession de contrat a pour objet le contrat lui-même, le rapport contractuel et non une addition de créances et de dettes. Le contrat est ainsi envisagé comme un bien susceptible de faire l'objet d'une cession et qui est cédé dans son ensemble par une opération unique, avec les avantages qu'il procure et corré-

lativement les obligations qui diminuent ces avantages, de même que la cession de la propriété d'un bien entraîne nécessairement celle de la charge des servitudes qui le grèvent. M. Malaurie cite un arrêt caractéristique de la Cour de cassation italienne du 26 février 1945 d'après lequel "la cession de contrat emporte transfert du contrat dans son ensemble unitaire de droits et obligations; elle est constituée par un acte complexe de transmission entre cédant, cessionnaire et cédé dont le but est la substitution d'une partie à une autre" (Malaurie, Cours précité p. 206). Et M. Malaurie a pu aussi relever dans la jurisprudence allemande des décisions présentant l'opération comme "une succession à titre particulier d'un contrat" (Malaurie p. 206).

On a pu remarquer que cette analyse est dans la ligne de la conception objective de l'obligation et on a pu lui reprocher d'exagérer cette conception en ignorant que l'obligation est aussi un lien de droit entre deux personnes, ce qui interdit de ramener purement et simplement la transmission de l'obligation à celle d'un droit ou d'une charge réelle (Larroumet op. cit. n° 103).

Mais la théorie unitaire a l'avantage de souligner que la cession d'un contrat est celle d'un ensemble. Si l'on rapproche le cédant d'un contrat synallagmatique cède ses obligations c'est parce qu'il cède ses droits et c'est déformer l'opération que de la soumettre aux règles prévues pour la cession isolée de créances et des dettes (Malaurie p. 205).

A vrai dire les deux conceptions ne sont pas nécessairement antinomiques pourvu qu'on ne les présente pas sous une forme trop absolue. C'est ainsi que des auteurs comme M. Larroumet qui repoussent la théorie unitaire soulignent que si la cession de contrat comporte bien une cession de créance et une cession de dette, il faut admettre que "les deux opérations sont inbriquées l'une dans l'autre au point qu'il est impossible de les dissocier", notamment quant aux conditions de leur réalisation (Larroumet op. cit. p. 246). De même M. Lapp reconnaît que l'objet de leur convention est concédée par les parties comme un tout et M. Téliès constate que les deux formes de transfert se compénètrent et parle des "effets conjugués d'un accord mixte de caractère unique".

Les deux conceptions ne sont donc pas si éloignées

l'une de l'autre et il s'agit de savoir si elles conduisent à des conclusions différentes quant aux questions que nous avons à résoudre ici et qui sont relatives au rôle de la volonté du cédé. Peut-être faudra-t-il à cet égard ajouter des distinctions différentes.

Deux questions doivent être examinées : la volonté du cédé est-elle nécessaire à la réalisation de la cession de contrat ? Si oui, dans quelle mesure, c'est-à-dire quel est son rôle ?

A - La volonté du cédé est-elle nécessaire ?

La réponse à cette première question est certainement positive.

On pourrait peut-être en douter. La nécessité de : si on conduisait jusqu'à ses extrêmes l'accord du cédé : conséquences logiques la théorie unitaire est unanimement : taire. On pourrait penser, en effet, admettre : que le contrat étant envisagé comme un bien il suffit de l'accord du cédant et du cessionnaire pour le transmettre même s'il comporte des obligations à la charge du cédant, de même que la vente d'un immeuble transfère à l'acquéreur non seulement la propriété du bien mais la charge des servitudes qui limitent cette propriété et cela sans que l'accord de celui qui profite de la servitude soit nécessaire.

Cette conclusion serait difficilement acceptable et elle a été critiquée (Larroumet n° 103) car elle assimile le contrat à une chose corporelle alors qu'il est non seulement une valeur mais un lien entre deux personnes et que sa transmission a pour objet de substituer la personne du cédé à celle du cédant; il est difficile d'admettre que le cédé n'ait pas son mot à dire.

Mais les défenseurs de la théorie unitaire ne vont pas jusque-là et ils sont d'accord pour exiger la participation du cédé à la cession de contrat, du moins si celui-ci est synallagmatique.

Dans la théorie de la décomposition on est nécessairement conduit à exiger aussi l'accord des trois intéressés pour la cession d'un contrat synallagmatique parce que cette cession contient une cession de dette et une plus forte raison pour la cession du contrat unilatéral par le débiteur, comme la reprise de prêt, puisque ce contrat est assimilable à une cession de dettes.

La jurisprudence exige cette acceptation, V. not. à propos de la cession d'un contrat de vente de matériaux à extraire : Civ. 12 mars 1946, D. 1946.268).

Mais si l'unanimité est faite quant à la nécessité du consentement du cédé, les divergences apparaissent sur le second point, c'est-à-dire quant au rôle et à la portée que l'on attribue à ce consentement.

B - Le rôle et la portée de l'acceptation du cédé

Sur ce point on rencontre encore deux conceptions du rôle de la volonté du cédé, l'une qui fait de cette volonté une condition substantielle de la cession de contrat, nécessaire à la formation de

Deux conceptions : celui-ci, l'autre qui voit en elle s'opposent : une simple confirmation d'un contrat formé sans elle. La première subordonne à l'acceptation du cédé la cession tout entière, la seconde lui subordonne seulement la libération du cédant (Sur ce débat, V. Larroumet n° 105 et s.).

1° - La première conception fait de l'accord du cédé une condition substantielle de formation de la cession de contrat, et, à supposer que le cédé n'intervienne pas à l'accord conclu entre le cédant et le cessionnaire, il faudra attendre son accord pour que la cession soit réalisée. Il conviendrait alors de distinguer deux phases dans l'opération.

a) Avant l'adhésion du cédé il n'y a pas encore cession de contrat mais simplement un accord du cédant et du cessionnaire qui peut avoir pour seule portée, à supposer que les parties le veulent, et sous réserve de l'incident du rôle du cédé dont nous parlerons plus loin, la cession des obligations nées du contrat cédé et, quant aux dettes découlant de ce contrat, une simple promesse d'exécution. En effet la cession de créance peut avoir lieu sans l'accord du débiteur cédé et la promesse d'exécution peut être conclue sans l'accord du créancier.

Mais avant l'adhésion du cédé aucun droit n'a été transmis à celui-ci contre le cessionnaire et le cédé

n'est tenu d'aucune obligation envers ce dernier. Il n'y a encore aucune cession de contrat.

Avant l'adhésion du cédé il n'y a pas cession : Ainsi la loi du 1er septembre 1948 sur les loyers réglemente l'échange des locaux loués (art. 79). Cet échange, qui est une forme de cession de contrat (échange de contrats) est subordonné à l'accord du bailleur, avec possibilité de recours au juge au cas de refus injustifié, le tribunal pouvant imposer l'accord du bailleur dans ce cas. De toute manière, il n'y a pas d'échange des contrats tant que cet accord, volontaire ou forcé, n'a pas eu lieu.

b) L'adhésion du cédé a pour résultat de forcer le contrat de cession fait par le cédant et de lui permettre de produire à le cessionnaire son double effet translatif, c'est-à-dire un double effet : d'une part, il établit un lien de droit entre le cessionnaire et le cédé et la libération du cédant de ses obligations envers le cédé.

La cession est réalisée à ce moment.

Une question demeure posée : le second effet de la cession, la libération du cédant, est-il subordonné à une déclaration expresse du cédé ; à défaut de volonté expresse, ne doit-on pas dire qu'il y a cession de contrat, c'est-à-dire cession de dette, imparfaite, le cédé ayant acquis un droit contre le cessionnaire sans avoir perdu son droit contre le cédant ?

Ainsi dans le cas de l'échange de locaux loués et soumis à la loi du 1er septembre 1948 chacun des coéchangeurs, c'est-à-dire chacun des cessionnaires, est garant pendant cinq ans de l'exécution des obligations de celui qui lui est attribué dans les lieux (c'est-à-dire du cessionnaire). L'acceptation du bailleur (du cédé) ne libère donc pas tout à fait le cédant. Il semble d'ailleurs qu'une renonciation expresse pourrait avoir cet effet libératoire (Larroumet, n° 115).

Mais il n'y a pas toujours de solution légale, car la loi française ne contient aucune réglementation générale de la cession de contrat. Certains auteurs, comme

M. Larroumet, pensent que si le cédé est informé de la volonté du cédant et du cessionnaire de libérer le cédant, une acceptation expresse de cette libération par le cédé n'est pas nécessaire (Larroumet, n° 109). Il paraît plus sûr d'exiger cependant que la volonté du cédé soit suffisamment nette.

(Quoi qu'il en soit, cette première conception fait de l'acceptation du cédé un élément substantiel du contrat de cession et situe au jour de cette acceptation la formation de ce contrat.)

2° - La deuxième conception fait de l'adhésion du cédé une simple conception fait : firmation d'un contrat de cession le- de l'adhésion : quel résultat de l'accord du cédant du cédé une : et du cessionnaire. Elle est inspi- simple confir- : née de la conception qu'avaient de mation du con- : la cession de dette Saleilles et Eu- trat de cession : Gène Gaudemet et elle est adoptée par des auteurs plus récents comme MM. Lapp et Larroumet. Pour la décrire on peut, comme nous l'avons fait pour la première conception, distin- guer les situations successives qui peuvent se réaliser.

a) Avant l'adhésion du cédé, il
Avant l'adhésion : il y a déjà un contrat entre le cédant
du cédé, il y a : et le cessionnaire et ce contrat a
cession des cré- : prohibé effet entre les parties.
ances et cession : la cession a transmis les créan-
imparfaite des : ceci au cédant contre le cédé et elle
déttes : a même au effet quant à la transmis-
sion des dettes du cédant envers le cédé.

A cet égard l'accord du cédant et du cessionnaire a produit à l'égard du cédé, qui n'y a pas adhéré enco- re, un des effets de la cession de contrat, il a établi un lien entre les parties et le cédé et c'est ainsi que celui-ci, qui était créancier du cédant, est déjà deve- nu créancier du cessionnaire.

Saleilles et Gaudemet expliquaient cette consé- quence par l'impossibilité du contrat aux tiers et le tri- bunal de Strasbourg s'est inspiré de cette explication; M. Larroumet pense qu'il s'agit bien d'un effet du con- trat à l'égard du tiers (le cédé), c'est-à-dire d'une véritable exception à la relativité des conventions qui s'explique par la nature des droits transmis : ces droits

sont en effet des obligations à l'encontre et au profit du cédé, la cession de contrat concerne trois personnes, elle a nécessairement effet pour la troisième (Larroumet, op. cit. p. 110).

M. Larroumet voit une application de cette conception dans l'art. 1995 sur la substitution de mandataire, qui est la cession de mandat par le mandataire. Dans tous les cas, que le mandataire ait eu ou non la faculté de substitution, "le mandant (c'est-à-dire le cédé) peut agir directement contre la personne que le mandataire (c'est-à-dire le cédant) s'est substituée (c'est-à-dire le cessionnaire)" (art. 1995, al. 2).

Et le même auteur peut invoquer la jurisprudence : une jurisprudence que nous avons déjà parait favorable : rencontrée à propos de la cession de dette. On peut en effet relever en ce sens un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de cassation du 7 janvier 1947 (J.C.P. 1947. II. 3510 note Jacques Becqué) déjà cité.

A vrai dire, cet arrêt n'avait pas à résoudre di- rectement la question mais il la règle implicitement. Il s'agissait de savoir si, en cas de cessions succes- sives d'un bail, le bailleur (cédé) avait un droit con- tre les cessionnaires intermédiaires; la jurisprudence ne l'avait pas admis jusque-là et l'arrêt du 7 janvier 1947 a marqué un revirement en jugeant que "en l'absence de toute convention particulière et de circonstances spé- ciales, les cessionnaires successifs d'un droit au bail deviennent, par l'effet même de la cession du contrat sy- nallagmatique de louage, débiteurs du bailleur originai- re, qu'ils demeurent à ce titre et malgré la rétroces- sion de leurs droits, tenus envers lui jusqu'à l'expir- ation du bail, des obligations qui en dérivent". Par là, la Cour de cassation consacrait le principe du droit direct du cédé (le bailleur) contre l'acquéreur du droit au bail (le cessionnaire) par l'effet de la cession du contrat synallagmatique de louage et cela sans qu'il soit question de l'acceptation de ce bailleur.

Cette solution n'était pas nouvelle puisqu'elle ré- sultait déjà d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 23 mai 1870 (D. 1872. I. 90, S. 1870. I. 283) et nous avons vu qu'elle a été appliquée par la suite au contrat de reprise de rente (Trib. de gr. inst. Strasbourg 24 mars 1971 précité).

Les auteurs se sont interrogés sur sa justification et ils ont invoqué les uns la délégation imparfaite, les autres la stipulation pour autrui. Mais ces institutions ne réalisent pas une cession de contrat puisqu'elles font naître un droit nouveau, or la Cour de cassation parle nettement de "cession du contrat synallagmatique de louage".

Force est donc d'admettre, avec M. Larroumet, qu'il s'agit d'une exception à la relativité des conventions et que cette jurisprudence consacre la thèse qui fait profiter du cédé avant même que celui-ci n'ait accepté, à moins que l'on ne voit dans les faits de la cause, et notamment dans le fait pour le cédé de poursuivre le cessionnaire, la preuve de son acceptation de la cession dans son effet positif, c'est-à-dire l'introduction du cessionnaire dans le rapport contractuel.

b) L'adhésion du cédé a, dans la thèse que nous analysons, pour effet de libérer le cédant de ses obligations envers le cédé, ces obligations incombent désormais au cessionnaire. Elle confirme l'acte conclu entre le cédant et le cessionnaire et ses effets rétroagissent au jour de cet acte qui est le véritable contrat de cession de contrat.

C'est dire que l'adhésion du cédé est tout de même importante. L'atteinte à la relativité des conventions est ainsi atténuée en ce sens que l'on ne peut imposer au cédé une cession de dette parfaite qui, en lui faisant acquiescer un nouveau débiteur, lui ferait perdre le premier. Nous avons vu qu'il n'y a pas de cession de dette parfaite sans l'accord du créancier. On peut donc faire naître un droit pour le cédé sans son acceptation, on ne peut lui faire perdre son droit contre le cédant. Saleilles disait que si le cédé peut se prévaloir de la cession en poursuivant le cessionnaire on ne peut la lui imposer quand elle lui nuit, c'est-à-dire quand elle lui supprime un débiteur.

Les conséquences: son accord. En cas de refus il s'agit du refus du cédé: encore de savoir les conséquences de celui-ci.

Le cédé peut donc refuser de donner

Si l'on admet la première conception de l'acceptation du cédé qui fait d'elle une condition substantielle de la cession, à défaut d'un tel accord il n'y a pas de cession du tout. Au contraire dans la deuxième conception qui fait de l'acceptation du cédé la condition du seul effet libératoire de la cession, deux solutions sont possibles :

La première est, qu'à défaut d'adhésion du cédé, la cession subsiste telle qu'elle était avant cette acceptation, les effets de l'accord du cédant et du cédé subsistent, le cédant a transmis ses créances et même ses dettes en ce sens que le cédé a déjà un droit direct contre le cessionnaire, mais le cédant n'est pas libéré envers le cédé : c'est une cession de créance et une cession cumulative de dettes.

Mais il y a une deuxième solution : le refus d'adhésion du cédé rend la cession tout entière caduque. Cette deuxième solution peut s'expliquer par l'idée que le cédant n'a accepté de céder sa créance que parce qu'il sera libéré de sa dette. Elle est conforme à la théorie unitaire de la cession de contrat, mais elle n'est pas incompatible avec la théorie de la décomposition avec laquelle on peut admettre que la cession de créance et la cession de dette que réalise la cession de contrat synallagmatique sont étroitement liées.

Le Code civil allemand dispose expressément, à propos de la reprise de dette, que si l'approbation est refusée la reprise de dette est considérée comme non avenue. Est-ce à dire que la cession de créance est maintenue ?

La jurisprudence italienne paraît admettre la caducité de la cession de contrat non acceptée par le cédé (V. Cass. Italie 12 juillet 1957 cité par H. Malaurie. Cours précité p. 209) tandis que la jurisprudence portaise paraît en sens contraire (V. Jurisprudence citée par H. de Mota-Pinto cité lui-même par H. Malaurie ibid.). En droit français il semble que tout dépende de l'intention des parties, c'est-à-dire du cédant et du cessionnaire.

La question ne se pose évidemment pas si on admet la première conception de l'adhésion du cédé qui fait de celle-ci une condition substantielle de la cession de contrat.

Quelle est des deux conceptions qui s'affrontent celle du droit positif français ? Il est difficile de répon-

L'incertitude : gale de la cession de réglementation légale de la cession de contrat en général et nous avons vu que les dispositions légales régissant certaines cessions de contrat ne sont pas concordantes sur ce point.
Quant à la jurisprudence, les décisions relevées paraissent favorables à la deuxième conception. Mais les auteurs qui l'approuvent, comme M. Larroumet, réservent la liberté des parties de faire de l'adhésion du cédé une condition substantielle de la formation du contrat de cession de contrat.

C'est dire qu'en l'état actuel de notre droit positif la question de la détermination des parties à la cession de contrat et de leur rôle ne comporte que des solutions incertaines et controversées.

Le second élément du contrat auquel il convient maintenant de s'arrêter est la cause.

Chapitre II

LA CAUSE

Section préliminaire

Rappel des principes de la théorie de la cause

+++++
+++++
+++++
+++++
+++++
+++++
+++++
+++++
+++++
+++++

L'art. 1108 du C. civ. fait de la cause une condition essentielle de validité d'une convention; celle-ci suppose "une cause licite dans l'obligation" et l'art. 1131 ajoute "l'obligation sans cause, ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet".

Nous n'allons pas entreprendre ici l'étude de la théorie de la cause qui a fait couler beaucoup d'encre et donné lieu à des constructions doctrinales brillantes et diverses, je renverrai pour cette présentation générale à ce que j'ai dit dans le Traité de Marty et Raynaud (T. II Les obligations n° 170 et s.) non pas parce que je prétende avoir ainsi épuisé la question, mais parce que celle-ci débordait le cadre de ce Cours si elle devait être reprise dans toute son ampleur.

Mais il faut rechercher si les contrats qui nous occupent, c'est-à-dire les contrats ayant pour objet une obligation préexistante pour l'éteindre, la modifier ou la transmettre, obéissent à la théorie générale de la cause et dans quelle mesure ils présentent à cet égard un particularisme et lequel. Cette recherche suppose un rappel des grandes lignes de la théorie de la cause.

La question se pose à un double point de vue. Celui du rôle de la cause et celui de la notion même de cause.

1. - Quant au rôle de la cause, Le rôle de la : il est en droit français important.

cause : Il résulte des textes que nous venons de rappeler que le droit français fait de la cause un élément essentiel du contrat,

celui-ci est un acte causé par opposition à l'acte abstrait qui commencent certaines législations étrangères. Cette opposition n'est pas celle des actes ayant une cause et des actes n'en ayant pas, il n'y a pas d'acte sans cause, mais elle traduit la distinction entre les actes qui ne peuvent être détachés de leur cause quant à leur validité et de ceux qui peuvent être valides et invalides indépendamment de la considération de leur cause; les premiers peuvent être dits causés, les autres sont des actes abstraits.

Ainsi en droit français la validité d'un engagement de payer suppose que celui qui le prend avait une raison de le prendre et que cette raison était licite, elle dépend de sa cause, tandis que le droit romain reconnaissait des actes abstraits comme la stipulation qui faisait naître une obligation dès l'instant qu'une promesse avait été faite avec des paroles solennelles. De même le droit allemand admet la validité de la promesse de payer une somme d'argent sans qu'il y ait lieu de rechercher sa raison ou sa moralité et il consacre d'autres hypothèses d'acte abstrait.

Ce n'est pas à dire que les législations admettant l'acte abstrait renoncent à atteindre les objectifs que poursuit chez nous la théorie de la cause, mais ils le font par des moyens extérieurs au contrat. Celui-ci est valable même s'il manque de cause ou si sa cause est immorale, mais l'absence de cause ou l'immoralité de la cause pourront faire obstacle à son exécution. C'est ainsi que le droit romain permettait au débiteur lié par une stipulation d'empêcher le créancier de réclamer paiement, au moyen d'une action en justice dite condictio au cas d'absence de cause (condictio sine causa) ou au cas d'illicéité de la promesse (condictio ob turpem vel inipsum causam).

De même le droit allemand permet d'éviter l'exécution ou d'obtenir la restitution d'une obligation sans cause ou dont la cause est illicite, en vertu des principes de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injuste.

La différence entre les deux systèmes est donc plus technique que pratique.

Il reste le principe que le droit français a adopté le système causaliste, il assigne à la cause un rôle dans la formation même du contrat et ce rôle est triple.

a) D'abord l'existence de la cause est une condition de formation du contrat. Un contrat ne peut pas faire naître une obligation qui n'aurait pas de cause, comme celle d'un vendeur qui se serait engagé en l'absence de prix réel, ou dont la cause serait fautive, comme d'un acquéreur qui a cru à l'existence de la chose qu'il voulait acquérir alors qu'elle n'existait pas : "l'obligation sans cause ou sur fautive cause... ne peut avoir aucun effet" (art. 1131); la validité du contrat dépend d'une cause dans l'obligation (art. 1108). On dit alors que la cause est protectrice de la volonté, qu'elle joue un rôle de protection individuelle, suivant la formule du doyen Maury; elle permet de dégager un contractant d'un engagement qu'il a pris en vue d'atteindre un objectif qui apparaît inaccessible. C'est un instrument d'équité.

b) Les art. 1108 et 1131 exigent non seulement une cause mais une cause condition de : licite, la cause illicite ou immorale validité du : vicie le contrat comme l'absence de contrat : cause. Cette fois on ne veut pas protéger le contractant dont la volonté ne peut pas atteindre son but mais on veut, au contraire, l'empêcher de réaliser ses intentions parce qu'elles sont contraires à l'intérêt général. L'annulation du contrat sera prononcée pour atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. La cause est un instrument de moralisation du contrat.

c) Enfin la cause sert aussi à caractériser, à qualifier un contrat; elle permet de situer un contrat dans une catégorie, on parle alors de cause qualification : catégorique. Ainsi la cautionnement est un contrat tendant à garantir une obligation, il n'y a pas de cautionnement possible sans obligation à garantir. L'absence de cette obligation principale n'a pas nécessairement pour conséquences la nullité du contrat mais elle empêche de conclure un contrat de cautionnement, le contrat devra être autrement qualifié, il sera soumis à un autre régime. La cause est un moyen de qualification.

Il s'agit de savoir si nous allons retrouver cette conception dans les contrats qui font l'objet de ce cours. La cause y joue-t-elle un rôle et lequel ?

Mais encore faut-il s'entendre sur la notion de cause qui est une de celles qui ont été les plus discutées.

2° -- Quant à la notion de cause, la notion de : le débat reste en effet ouvert et nous cause : ne saurions le reprendre ici dans son ensemble sans être entraîné à des développements qui nous éloigneraient trop longtemps de notre sujet.

Bornons-nous à l'essentiel, pour constater que l'opposition des doctrines porte principalement sur deux points. La cause est-elle la cause efficiente ou la cause finale ? La cause doit-elle être comprise comme un élément subjectif ou comme un élément objectif ?

a) La cause de l'obligation est- Cause efficiente: elle la cause efficiente ou la cause et cause finale: finale ?

Généralement on dit que la cause qui nous intéresse n'est pas la cause efficiente. Ce n'est pas le fait qui a engendré l'obligation; la cause efficiente de l'obligation contractuelle c'est le contrat qui l'a fait naître. Or, la cause de l'obligation au sens des art. 1108 et 1131 ce n'est pas cela, c'est le but poursuivi par les parties au contrat, c'est la raison pour laquelle le débiteur s'est engagé, la cause de l'obligation d'un acquéreur c'est l'obtention de la propriété d'un bien; la cause de l'obligation n'est pas dans le passé, comme la cause efficiente, elle est dans l'avenir: c'est la cause finale.

Mais on a pu remarquer, notamment dans la jeune doctrine, qu'il n'est pas possible de se débarrasser si aisément de la cause efficiente et ceci apparaît notamment quand on considère la cause catégorique. Quand on dit par exemple que la cause du cautionnement c'est l'intention de garantir une obligation, on dit par la même que le cautionnement suppose une obligation préexistante à garantir. De même si la cause de l'obligation de l'acquéreur c'est précisément le désir d'acquérir un bien, il faut que ce bien existe, l'existence du bien vendu prive de cause l'obligation de payer le prix, or l'existence de ce bien est normalement antérieure à l'acte, la cause est dans le passé.

La considération du résultat à atteindre apparaît davantage dans les motifs c'est-à-dire dans les raisons subjectives qui ont décidé un contractant à contracter, par exemple dans la considération de l'usage que l'acquéreur veut faire du bien acquis, comme construire une maison sur un terrain à acquérir, affecter une maison que l'on veut acheter à un usage d'habitation ou à une destination commerciale. Or il s'agit précisément de savoir si ces motifs peuvent ou non être considérés comme cause. C'est la deuxième divergence.

b) La cause est-elle subjective Cause subjective: ou objective ? et cause : On oppose la cause considérée objective : comme un élément objectif et les motifs qui sont des éléments subjectifs. La distinction de la cause et des motifs est présentée par M. Mazeaud comme celle de la cause de l'obligation et de la cause du contrat. Il y a donc deux causes ou du moins deux aspects de la cause.

La première, la cause tout court pour les uns, la cause de l'obligation pour M. Mazeaud, a un caractère objectif. Elle est toujours la même pour les contrats d'une certaine catégorie; c'est par exemple la considération d'une contreprestation dans tous les contrats synallagmatiques, l'acquisition de la propriété dans tous les contrats de vente etc... On peut y rattacher la cause catégorique (que M. Louis Boyer appelle précisément cause du contrat parce qu'elle permet de qualifier un contrat déterminé; alors que ce terme est utilisé par M. Mazeaud pour désigner l'autre aspect de la cause).

En effet, à côté de la cause objective, on peut envisager la cause subjective propre à une partie déterminée, on parle alors pour les uns de motifs, pour d'autres de cause du contrat (Mazeaud), pour d'autres de cause casuelle (L. Boyer). Elle varie avec chaque contrat et chaque contractant. Ainsi les raisons que l'on peut avoir de devenir propriétaire d'un bien varient à l'infini. Ces motifs individuels et contingents doivent-ils, nevent-ils être inclus dans la cause ? Les opinions sont très divergentes.

D'une façon générale il faut répondre non lorsqu'il s'agit de rechercher l'existence de la cause comme condition de formation du contrat ou comme élément de qualification, à moins que les motifs n'aient été introduits

dans le champ contractuel c'est-à-dire aient été connus du contractant; on ne peut exposer la validité du contrat à la satisfaction de motivations très personnelles à une partie et que l'autre aurait ignorées.

Mais la considération des motifs individuels et subjectifs est retenue lorsqu'il y a lieu d'apprécier la licéité ou la moralité du contrat. C'est dans les motifs individuels qui ont animé un des contractants ou les deux que peut se révéler l'atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Ce rapport sommaire et approximatif étant fait, il nous sera maintenant possible de rechercher les solutions admises sur tous ces points à propos des contrats auxquels ce cours est consacré.

Les contrats ayant pour objet une obligation sont en principe soumis au système causaliste du droit français et nous pouvons d'abord essayer d'illustrer l'application de ce principe à ces contrats.

Mais il y a lieu de se demander si tous les contrats qui nous intéressent obéissent à ce principe, car c'est précisément pour certains contrats relatifs à une ou des obligations préexistantes qu'on doit se demander si on ne peut admettre exceptionnellement l'existence de contrats abstraits.

C'est pourquoi nous considérerons successivement : les contrats causés et les contrats abstraits.

***** Section I

***** Les contrats causés *****

En principe les contrats que nous avons choisis d'étudier sont soumis aux principes qui viennent d'être rappelés : leur validité dépend de l'existence d'une cause et d'une cause licite; c'est par leur cause qu'ils peuvent être qualifiés.

Il n'y a rien de très particulier à dire de la cause illicite ou immorale. Il est bien évident que l'illicéité de la cause pourrait justifier l'annulation d'une cession de créance ou d'une novation par exemple comme de tout

autre contrat. Mais, comme nous venons de le rappeler, le caractère illicite ou immoral d'un contrat n'est dans les motifs individuels ou contingents qui ont pu animer une partie ou les deux, motifs qui varient avec chaque contrat et ne sont pas propres à tel type de contrat donné. Les contrats que nous étudierons sont soumis au droit commun.

En revanche, la cause plus objective dont l'existence conditionne la validité d'un contrat déterminé ou permet de le qualifier joue un rôle qui mérite d'être précisé pour ceux qui font l'objet de nos recherches et on peut se demander si son rôle n'est pas plus important encore.

Essayons d'abord de rechercher cette cause avant de préciser son rôle.

***** § 1 - La détermination de la cause dans les contrats ayant pour objet une obligation

La cause de ces contrats est dans l'obligation préexistante qu'ils ont pour but d'éteindre, de modifier ou de transmettre; il faut y ajouter pour la subrogation le paiement de cette obligation. Pour certains d'entre eux la cause réside dans un contrat antérieur qu'ils ont pour but de modifier ou de transmettre.

A - L'obligation préexistante cause de l'obligation contractuelle

Les contrats ayant pour objet une obligation supposent une obligation de la cause et : préexistante qui constitue la cause de l'objet : des obligations qu'ils engendrent. Il n'y a pas de cession de créance sans créance à céder, de même qu'il n'y a pas vente sans chose à vendre.

Il faut, à cet égard, préciser en quoi cette affirmation n'exprime pas une confusion entre la cause et l'objet.

Nous qualifions les contrats que nous étudions comme des contrats ayant pour objet une obligation et nous avons dit (supra p. 4) qu'un contrat pouvait en effet avoir pour objet une créance, une obligation; la cession de créance a pour objet la créance cédée. Peut-on dire

que cette créance, objet du contrat, en est aussi la cause sans confusion ou contradiction ?

Pour répondre à l'objection, il faut préciser. La cause dont l'art. 1108 fait une condition de validité du contrat, c'est la cause de l'obligation que ce contrat va engendrer. Si nous prenons l'exemple simple du contrat de vente, il s'agit de justifier par une cause l'obligation du vendeur et celle de l'acquéreur. L'obligation du vendeur a pour cause l'obtention d'un prix, l'obligation de l'acquéreur a pour cause l'obtention de la propriété d'une chose, plus simplement la chose à acquérir. Cette chose est donc d'une part l'objet de l'obligation du vendeur et la cause de l'obligation de l'acheteur. Du point de vue de l'acheteur, la chose vendue n'est pas l'objet de son obligation, cet objet étant la somme d'argent à verser en paiement du prix, elle est la cause de son obligation de payer le prix. Si la chose n'existe pas l'obligation du vendeur manque d'objet, l'obligation de l'acquéreur manque de cause.

On pourrait penser que cette deuxième constatation est sans intérêt puisque la première suffit à faire annuler le contrat; mais il n'en est pas toujours ainsi car la notion de cause peut se colorer plus ou moins d'éléments subjectifs. Par exemple la vente d'un terrain suppose l'existence de ce terrain, cette existence suffit à donner au contrat et à l'obligation du vendeur un objet; mais si l'acquéreur voulait acquérir un terrain en vue d'y édifier une construction et que le terrain vendu soit inconstruable ou pourra soutenir que son obligation manque de cause.

De même quand on dit que l'obligation préexistante est l'objet des contrats que nous définissons précisément comme des contrats ayant pour objet une obligation, on ne s'interdit pas de voir dans cette obligation préexistante la cause de certaines des obligations que ces contrats vont faire naître.

Essayons de préciser comment l'obligation préexistante apparaît comme la cause de certains contrats ayant pour objet une obligation.

1° - La cause de la cession de créance

La cause de l'obligation du cessionnaire qui est de payer le prix de la cession, réside dans l'existence d'une créance à transmettre. Le cédant ne peut transmettre

une créance qui n'existait pas dans son patrimoine et il n'y a de cession de créance que dans la mesure où il y a une créance à céder. Ceci conduit à retenir dans la recherche de la cause à l'acte générateur de la créance cédée.

Ainsi celui qui a obtenu un jugement de condamnation en réparation du dommage qu'il a subi à la suite d'un accident cède sa créance. Si par la suite ce jugement est infirmé en appel par un arrêt décidant que le débiteur de la créance cédée n'était pas responsable, il n'y a pas cession de créance. De même si la créance cédée est née d'un contrat qui est par la suite annulé ou résolu, il n'y a pas cession de créance, faute de cause.

Il en est de même si la créance cédée est réduite pour une raison quelconque, par exemple parce que le débiteur a obtenu une réduction du prix ou une remise partielle de dette; il n'y a cession de créance que dans la mesure où la créance subsiste.

Enfin, si la créance cédée a elle-même une cause immorale ou illicite, par exp. parce que c'est une dette de jeu, l'illicéité se répercute sur la cession en entachant la cause de celle-ci.

Toutes ces solutions sont une application du principe de l'opposabilité des exceptions sur laquelle nous allons revenir en examinant le rôle de la cause. Si le débiteur de la créance cédée peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant, c'est, dans une certaine mesure, que la créance était la cause de la cession.

2° - La cause de la novation

La novation a un double objet et un double effet: elle éteint une obligation ancienne pour faire naître et lui substituer une obligation nouvelle.

L'opération a donc une double cause: l'extinction de l'obligation ancienne a pour cause la naissance de l'obligation nouvelle; la naissance de l'obligation nouvelle a pour cause l'extinction de l'obligation ancienne. Il n'y a donc pas novation, si d'une part il n'y a pas d'obligation ancienne et si d'autre part, il ne naît pas une obligation nouvelle. Dans le premier cas l'obligation nouvelle ne pourrait pas naître faute de cause, dans le deuxième

l'obligation ancienne ne pourrait pas s'éteindre faute de cause. (Larroumet, op. cit. n° 227 ; Christiane Pactet, op. cit. n° 12 et s.). Rt cela est vrai qu'il s'agit d'une novation objective ou d'une novation subjective.

La question se pose notamment lorsque l'une ou l'autre de ces obligations est nulle. La nullité de l'obligation primitive entraîne la nullité de la novation puisqu'elle a empêché l'obligation nouvelle de se former (V. not. Civ. 1ère 20 oct. 1937 Fall. Civ. 1937. I n° 403, p. 524). Inversement si l'obligation nouvelle est annulée, "la novation est tenue pour non avenue et l'ancienne créance doit être traitée comme n'ayant jamais été éteinte" (Civ. 14 mars 1939, S. 1939. I 190, D.C. 1942. I 31). Il en est ainsi à moins que l'obligation nouvelle n'ait été annulée pour dol d'une des parties; en pareil cas l'obligation nouvelle disparaîtrait sans faire renaître l'obligation ancienne, du moins à l'égard de la partie coupable de dol (Civ. 3-5 mai 1970, Bull. Civ. 1970. III, n° 331, p. 227).

Tout le monde est d'accord sur ces principes. Leur portée peut cependant être atténuée pour deux raisons.

D'abord, si une obligation résulte d'un acte qui est entaché d'une nullité naturelle peut-elle être la cause de la novation ?

Une obligation : d'un acte qui est entaché d'une nullité naturelle peut-elle être la cause de la novation ?

Elle le peut : qui pourrait seule agir en annulation de la novation ?

Non, si la nullité n'a pas été demandée l'obligation demeure et elle peut servir de cause à la novation. Celle-ci sera cependant fragile tant qu'elle sera exposée à l'annulation. Mais cette menace disparaît en cas de confirmation de l'obligation nulle et on pourra se demander si le fait de consentir à la novation d'une obligation annulable ne vaut pas confirmation de l'obligation et ne couvre pas l'irrégularité qui l'affecte.

En outre on a pu soutenir qu'une obligation naturelle pouvait servir de cause à une novation, celle-ci consistant précisément à changer cette obligation naturelle en obligation civile. Un exemple particulièrement caractéristique est fourni par la jurisprudence, abondante au temps où la loi ne reconnaissait aucun droit alimentaire aux enfants adultérins, relative à la promesse par un père adultérin de fournir des aliments à son enfant; cette promesse est valable parce que dit-on, elle crée une obligation

naturelle d'entretien en une obligation civile (V. not. Civ. 9 juillet 1932, Car. Pal. 1935.2.555, Civ. 1ère 9 déc. 1952, D. 1953.128).

Cette explication de la validité de l'engagement du père naturel a été, à bon droit, contestée d'abord parce qu'elle est inutile. On peut valider la promesse en tant que telle sans qu'il soit nécessaire de trouver une obligation naturelle antérieure. On a pu aussi remarquer que la prétendue novation n'apporte pas de changement suffisamment caractérisés de l'obligation ancienne, l'une et l'autre ayant le même créancier, le même débiteur, la même cause, le même objet; l'*aliud novi*, élément essentiel de la novation, fait défaut (Christiane Pactet op. cit. n° 21).

La promesse d'exécuter une obligation naturelle porte donc très mal la qualification de novation que lui a donnée la jurisprudence. Ce n'est pas à dire que cette promesse ne soit pas valable, car elle peut avoir une cause licite mais elle ne peut pas être qualifiée de novation, la cause de la novation (la cause catégorique) faisant défaut.

Un arrêt de la Cour de Paris du 30 avril 1958 (D. 1958, 553, note Malaurie, J.C.P. 1959. II. 1105, note de Mme Petot) a pourtant fait référence semble-t-il à une novation de ce genre dans des circonstances qui rendaient particulièrement contestable ce recours.

Un contrat de prêt avait été conclu entre deux frères, il était entaché de nullité comme affecté d'une clause-or. Après la mort de l'emprunteur un de ses fils avait pris l'engagement envers son oncle de le rémunérer "en tenant compte dans une large mesure de la dépréciation du franc" et de le rembourser en dollars. La Cour de Paris a jugé que l'engagement du fils était nul comme celui du père mais qu'il transformait une obligation naturelle justifiée "par des considérations légitimes de probité entre parents" en une "obligation civile susceptible de recevoir comme telle sa pleine et entière exécution".

Cet arrêt est demeuré isolé et il a été à bon droit critiqué par H. Malaurie qui a contesté, d'une part, l'idée qu'une obligation naturelle puisse survivre à une obligation entachée d'une nullité d'ordre public, d'autre part et surtout, qu'une promesse elle-même nulle puisse réaliser une novation.

Il vaut donc mieux ne pas parler en l'occurrence de novation. D'ailleurs l'arrêt de la Cour de Paris s'abstient

très prudemment d'employer ce mot, il parle simplement de "transformation" : la novation suppose une véritable obligation à éteindre. En outre s'agirait-il d'une novation il faudrait qu'elle ait non seulement une cause mais une cause licite et la promesse d'exécuter une obligation illicite a une cause illicite.

C'est ainsi que la cause de la novation doit être prise en considération et nous reviendrons sur les intérêts qui s'attachent à sa considération quand nous en examinerons le rôle.

Au préalable un mot de la cause de la remise de dette.

3° - La cause de la remise de dette

La remise de dette ayant pour but l'extinction d'une dette suppose évidemment une dette à éteindre. On peut dire que cette dette est la cause de la remise qui ne saurait exister sans elle.

On pourrait croire que cette constatation est sans grande importance. S'il n'y a pas de dette à éteindre la remise de dette n'a pas lieu, mais la situation est la même et de toute manière la dette n'existe pas, soit qu'elle n'ait pas existé avant la prétendue remise, soit qu'elle ait été éteinte par l'effet de celle-ci. Mais ce n'est pas tout à fait vrai.

La remise de dette peut avoir lieu à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans la premier cas elle constitue une libéralité, mais pour qu'il y ait libéralité il faut qu'il y ait un avantage pour le gratifié. Si donc la dette remise n'existait pas il n'y a pas libéralité parce qu'il n'y a pas remise de dette et cette constatation peut entraîner des conséquences.

Si la remise de dette a été consentie à titre onéreux c'est que le créancier a remis sa dette à son débiteur dans l'espoir d'une contrepartie, en vue d'un avantage corrélatif. Si la dette n'existait pas le débiteur pourrait soutenir que l'engagement qu'il avait pris en contrepartie manque de cause.

L'existence d'une créance antérieure constitue encore la cause d'une autre opération qui est la subrogation, mais pour celle-ci la cause est plus complexe. Elle inclut aussi le paiement.

B - Le paiement cause de la subrogation

La subrogation, comme la cession de créance, suppose une créance susceptible d'être transférée au subrogé. A défaut, la subrogation ne pourrait avoir lieu et les engagements qu'aurait pu prendre le subrogé dans l'espoir de ce transfert seraient dépourvus de cause.

Mais si la subrogation doit être la cause de la : mise à part c'est précisément qu'elle subrogation est : a une physionomie particulière qui la dans le paiement : distingue de la cession de créance.

La subrogation suppose un paiement qui est la condition et la mesure du transfert de la créance qu'elle entend réaliser. Et la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer ce principe à propos de la subrogation légale et notamment de celle dont bénéficient les Caisses de Sécurité Sociale ou les Assurances à raison des prestations que ces organismes fournissent à la victime d'un accident (V. sur ces questions : J. Mestre. La subrogation personnelle, Thèse précitée, n° 320 et s.).

Pour la subrogation personnelle, on peut dire que le paiement est la cause de la subrogation; celle-ci n'est accordée par le subrogeant que parce que le subrogé va éteindre ou a éteint sa dette par un paiement. Si l'obligation du subrogé a pour cause la créance qu'il va acquiescer, l'obligation du subrogeant a pour cause le paiement qu'il espère obtenir par ce moyen. Les vices qui pourraient altérer ce paiement devraient entacher aussi dans sa cause la subrogation.

Dans tous les cas que nous venons d'examiner, il apparaît donc que l'obligation préexistante est la cause de certaines des obligations découlant des contrats de cession de créance, de novation, de remise de dette et même de subrogation. On pourrait en dire autant du contrat de cession de dette, mais celle-ci à supposer qu'elle soit possible, se ramène souvent à une cession de contrat et il apparaît alors que la cause de l'opération est non seulement dans une ou des obligations préexistantes mais dans un contrat préexistant.

C - Le contrat préexistant cause de l'obligation contractuelle

Les obligations nées d'un contrat relatif à une

obligation ont parfois leur cause dans le contrat préexistant qui a donné naissance à cette obligation. Il en est ainsi au cas de cession de contrat ou de modification du contrat.

1° - La cause de la cession de contrat

L'absence de réglementation générale de la cession de contrat rend assez difficile la recherche de la cause de cet acte ou plus exactement des obligations qu'il engendre. On peut cependant l'entreprendre en appliquant les principes généraux déjà rencontrés.

On peut dire que l'existence d'un

La cause de la : contrat à céder est l'objet de l'obligation de con- cession du cédant et la cause de l'obligation dans le : cessionnaire, de même que
contrat à céder : l'existence d'une obligation à céder
 est l'objet et la cause de la cession de créance. Les principes appliqués à celle-ci doivent normalement jouer pour celle-là.

Si donc le contrat cédé est nul, il n'y aura pas cession de contrat. Celle-ci s'analyse en la cession de la situation contractuelle du cédant et sa portée dépendra de cette situation : le cessionnaire aura les droits et les obligations du cédant, mais il n'en aura pas plus que lui. C'est ainsi que quant aux dettes du cédant elles deviennent celles du cessionnaire et on admet que celui-ci pourrait opposer au cédé devenu son créancier les exceptions que le cédant aurait pu opposer au cédé (V. n° 153 ; à de la cession du contrat. Larroumet op. cit. n° 153 ; à propos de la cession de dette : Eugène Gaudenent Thèse précitée p. 519 et s.). Or une telle opposabilité des exceptions a pu être expliquée, nous l'avons indiqué et nous y reviendrons, par la théorie de la cause.

Parmi ces exceptions il peut y avoir celle qui est fondée sur la nullité du contrat cédé. Ainsi le cessionnaire pourra refuser de payer le cédé si le contrat transmis était nul. Mais en revanche, le cédé pourrait se prévaloir de la même exception pour refuser d'exécuter les obligations qu'il aurait pu avoir envers le cédant si le contrat cédé eût été valable. Ainsi le cessionnaire d'un contrat de bail nul pourra refuser de payer le loyer au bailleur cédé, mais celui-ci sera sans obligation envers lui. On peut dire à cet égard que la cession de contrat n'a

produit aucun effet, qu'elle n'a établi aucun lien entre le cessionnaire et le cédé.

Mais cette conclusion pourrait être tirée de la simple constatation de l'absence d'objet. Quand on dit que le contrat cédé était la cause de la cession on veut dire aussi autre chose.

D'abord que le contrat ne peut être une cession de contrat faute de cause permettant de donner cette qualification.

En outre et surtout que l'existence du contrat cédé était la cause de l'obligation contractée par le cessionnaire envers le cédant. Il faut se placer dans les relations entre eux : le cessionnaire s'était engagé à payer le prix de la cession, l'absence de contrat à céder prive cet engagement de sa cause. Il faudra en tirer les conséquences.

2° - La cause de la modification du contrat

On peut poser pour la modification

La contrat à : d'un contrat le même principe que pour
modifier est la : la cession : il n'y a pas de modifica-
cause de la : tion sans contrat à modifier, les obli-
modification : gations résultant d'une convention mo-
 dificative ne peuvent naître faute de

cause s'il n'y avait pas d'acte à modifier (Ghozi. La modification de l'obligation par la volonté des parties, Thèse précitée, p. 190 et s.).

Ces principes doivent s'appliquer notamment si le contrat faisant l'objet d'une convention modificative est annulé. Mais il faut considérer plus particulièrement la situation, d'une part, avant le jugement d'annulation et, d'autre part, au cas d'annulation partielle.

a) Avant l'annulation de l'acte à modifier, celui-ci est seulement annulable, et il produit donc effet tant que son annulation n'a pas été prononcée ; il se peut qu'elles ne le soit jamais et l'acte peut donc faire l'objet d'une convention modificative malgré l'irrégularité qui l'entâche.

Mais il faut aller plus loin et on peut dire que cette irrégularité peut être elle-même la cause de la modification, celle-ci pouvant avoir précisément pour but de régulariser l'acte en faisant disparaître le vice qui l'infestait. Par exemple, un contrat contient une clause d'indexa-

tion nulle parce que l'indice est illicite, les parties conviennent de substituer un indice valable à celui qui l'était pas.

La validité de l'opération est généralement admise même lorsque la nullité est d'ordre public parce qu'il s'agit non pas d'une renonciation à agir en nullité qui en principe ne serait pas possible, mais d'une modification de l'acte qui le met alors à l'abri de la critique. La réparation du vice est admise notamment en matière d'ordre public économique où elle paraît généralement préférable à l'annulation pure et simple, notamment en cas d'infraction aux règles limitatives de l'indexation, encore que la jurisprudence adopte une solution contraire en cas d'infraction à une taxation (V. P. Raynaud. L'ordre public économique. Doctorat 1965-66 p. 338 et s. Ghazi, op. cit.).

Sans entrer dans la discussion approfondie de cette question nous pouvons constater que la volonté de réparer l'irrégularité d'un acte peut être la cause d'une convention de modification. Cette irrégularité, loin de supprimer la cause de celle-ci, constitue cette cause et elle permet de donner la qualification de modification à l'acte qu'elle justifie.

b) En cas d'annulation partielle la situation est analogue. Supposons qu'une clause d'un acte soit annulée alors que l'acte subsiste pour le surplus parce qu'il contenait une condition illicite qui n'en était pas la cause impulsive et déterminante, les parties peuvent valablement convenir de substituer une nouvelle clause valable à celle qui a été annulée. C'est le cas déjà évoqué du prêt assorti d'une clause d'indexation prohibée; cette clause a été annulée, les parties peuvent convenir de lui en substituer une autre qui sera valable.

La modification n'a pas pour but alors de sauver l'acte de l'annulation, celle-ci a été prononcée, mais de compléter un acte mutilé par son annulation partielle. La cause de la modification est à la fois dans l'acte à modifier et dans son annulation partielle. Cette cause permet de qualifier l'acte d'acte de modification et de la distinguer de celui qui consisterait en une réfection de l'acte initial. Dans ce dernier cas il ne s'agirait pas seulement d'un nouvel aménagement de l'acte initial mais de la formation d'un acte nouveau et absolument autonome

par rapport au premier (Ghazi, op. cit. p. 195). Là encore nous voyons l'intérêt de rechercher la cause dont dépend non seulement la validité du contrat mais sa qualification.

C'est ce qu'il convient de préciser pour tous les contrats qui nous intéressent par l'étude du rôle de la cause dans ces contrats.

+++++

+++++ § 2 - Le rôle de la cause dans les contrats ayant pour objet une obligation

La cause joue en la matière le même rôle que dans tous les contrats, il convient d'abord de le rappeler. Pour les contrats ayant pour objet une obligation ou du moins pour certains d'entre eux elle remplit, en outre, une fonction particulière; elle explique l'opposabilité de certaines exceptions, il faudra voir comment.

A - La cause joue son rôle habituel

Nous l'avons constaté chemin faisant
Le rôle habituel: tant en essayant de définir la cause, de la cause: il suffira de le rappeler.

1° - La cause condition de validité du contrat

Comme tous contrats les contrats ayant pour objet une obligation doivent avoir une cause et une cause licite.

a) L'existence de la cause conditionne la validité du contrat.

Nous l'avons déjà constaté: il n'y a pas de cession de créance sans créance à céder, il n'y a pas de novation sans créance à éteindre, il n'y a pas de cession de contrat sans contrat à céder... etc...

b) La licéité de la cause est aussi une condition de validité du contrat. Si on entendait céder une créance ou la modifier en vue d'une opération contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, l'acte serait nul; il en serait de même si on consentait à une remise de dette en vue de réaliser une libéralité contraire aux bonnes moeurs. C'est l'application du droit commun.

2° - La cause moyen de qualification du contrat

Nous avons encore remarqué cette fonction de la cause pour les contrats qui nous intéressent. Un contrat ne peut être qualifié cession de créance que s'il y a une créance à céder, un contrat ne peut être qualifié de novation que s'il y a une créance à novier; nous avons remarqué que c'est par la cause qu'on peut distinguer la modification d'un acte de sa réfection.

Mais il est plus intéressant de s'arrêter à une application de la théorie de la cause particulière aux contrats ayant pour objet une obligation ou, plus précisément, à certains d'entre eux.

B - La cause explique l'opposabilité de certaines exceptions

Si la cause d'une obligation est dans une obligation préexistante ou dans un contrat préexistant, cette obligation ou ce contrat préexistants

La cause et : ont une incidence sur la situation l'opposabilité : engendrée par le contrat dont elles des exceptions : sont l'objet et essentiellement sur

l'obligation ou sur les obligations nées de ce contrat. Plus précisément cette ou ces obligations dépendent d'une obligation antérieure qui leur sert de cause, or cette dernière obligation pouvait être affectée de modalités ou de vices qui auraient permis à son débiteur d'opposer des exceptions au créancier; normalement ces exceptions sont opposables par le débiteur tenu en vertu du nouveau contrat et au créancier tenant son droit de celui-ci.

Cette incidence de la cause apparaît d'abord dans les contrats translatifs d'obligations. On peut la relever aussi dans les autres contrats ayant pour objet une obligation.

1° - L'opposabilité des exceptions dans les contrats translatifs d'une obligation

Dans les contrats translatifs

Le principe de : d'une obligation et spécialement d'une l'opposabilité : créance, le débiteur cédé est tenu envers le cessionnaire parce qu'il était tenu envers le cédant; l'obligation des exceptions :

cédée est la cause de la dette, on doit même dire qu'il s'agit de la même dette, puisqu'il y a eu cession. Il en résulte donc nécessairement que le cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant car le cessionnaire n'a pas plus de droits envers le cédé que ceux qu'avait le cédant, ce dernier n'ayant pu transmettre que les droits qu'il avait : nemo plus juris...

a) Cette situation est particulièrement nette en cas de cession de créance. (Sur ce point : Larroumet, op. cit. n° 71 et s.). Le principe est bien que toutes les exceptions qui étaient opposables au cédant sont opposables au cessionnaire.

Mais il faut préciser qu'il en est ainsi à condition que ces exceptions soient nées avant le moment où le cédé a eu connaissance de la cession, car à partir de ce moment le cédant a précisément cessé d'être créancier et aucune exception ne peut plus naître de son chef. Ainsi le cédé pourrait opposer au cessionnaire le paiement qu'il avait effectué entre les mains du cédant avant d'avoir été informé de la cession, mais non celui qu'il aurait fait au cédant après la publication de la cession de créance.

C'est ainsi encore que le cédé

L'opposabilité : pourra opposer les exceptions tenant des exceptions : à l'irrégularité de l'acte générateur dans la cession : de la créance cédée ou à l'absence de de créance : fait générateur de cette créance (nullité ou résolution du contrat générateur s'il s'agit d'une créance contractuelle; absence de responsabilité s'il s'agit d'une créance délictuelle). Il pourra ainsi opposer les exceptions résultant de sa libération, comme le paiement, la remise de dette, la prescription.

A ce principe l'art. 1295 apporte

Les effets de : une limitation quand il dispose que le l'acceptation : cédé ne peut opposer au cessionnaire du cédé sur l'op : la compensation qu'il aurait pu opposer posabilité des : au cédant au cas où il a accepté purement et simplement la cession de créance.

La règle paraît bien aller à l'encontre des principes de la cession de créance qui est une succession à la

créance; si le cédé ne peut opposer au cessionnaire sa libération envers le cédant, c'est qu'il est tenu d'une dette nouvelle, il s'agit d'une novation par changement de créancier et non d'une cession de créance; il faut donc limiter à la compensation la dérogation au principe de l'opposabilité des exceptions.

Dépendant certains auteurs admettent la généralisation de cette dérogation et pensent que lorsque le cédé accepte purement et simplement la cession il est censé avoir renoncé à toutes les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le cédant. C'est l'opinion à laquelle se rallie notamment M. Larroumet (op. cit. n° 75); elle est très contestable. L'opposabilité des exceptions est une règle essentielle de la cession de créance et M. Larroumet lui-même l'explique par l'idée que la créance cédée est la cause de l'obligation du cédé (Larroumet op. cit. n° 11).

Ces considérations permettent de définir les rapports du cédé et du cessionnaire, mais la théorie de la cause conduit à en tirer des conséquences quant aux rapports du cédant et du cessionnaire, c'est-à-dire quant au contrat de cession de créance lui-même. Si ce contrat a transmis une créance nulle ou éteinte, l'obligation du cessionnaire, c'est-à-dire l'obligation de payer le prix de la cession, manque de cause et la cession n'est pas valable.

b) Dans la cession de contrat

Nous avons constaté que la cause

L'opposabilité : des obligations nées de la cession de
des exceptions : contrat était dans le contrat cédé. Si
dans la cession : celui-ci n'existe pas ou s'il est atteint
de contrat : d'un vice les obligations du cessionnaire
seront dépourvues de cause.

Mais la cession de contrat implique aussi la cession des créances et des dettes découlant du contrat transmis; on doit donc retrouver les incidences de la cause que nous avons relevées dans la cession de créance et les mêmes constatations doivent être faites quant à la cession de dettes. Il en est ainsi à propos de l'opposabilité des exceptions.

Dans la mesure où la cession de contrat est une cession de créance, le cédé est un débiteur cédé et il doit pouvoir opposer au cessionnaire les exceptions dont nous avons dit qu'elles sont opposables par le cédé au cessionnaire en cas de cession de créance pure et simple.

Dans la mesure où la cession de contrat est une cession de dette, le cessionnaire est devenu débiteur du cédé et il s'agit de savoir s'il peut opposer au cédé les exceptions que le cédant aurait pu lui opposer. Par ex. Le cessionnaire d'un bail qui est devenu débiteur du loyer à l'égard du bailleur peut-il opposer à celui-ci les exceptions que le cédant (locataire primitif) aurait pu invoquer? Notamment peut-il se prévaloir de la nullité du bail, d'une remise de dette consentie par le bailleur au cédant?

L'idée même de cession de dette impose la réponse affirmative. Le cessionnaire a acquis la dette cédée telle qu'elle était au moment de la cession, avec les avantages qu'elle comportait pour le créancier mais aussi avec tous les vices ou toutes les limitations qui pouvaient l'affecter.

Pour justifier cette solution on n'a, semble-t-il, pas besoin de faire intervenir la théorie de la cause. Mais celle-ci pourrait, comme dans les hypothèses précédentes, avoir un intérêt, du point de vue de l'obligation du cédant qui est de transmettre au cessionnaire le contrat de bail avec les avantages qu'il comporte. La cause de cette obligation c'est la libération de ses dettes que le cédant en attend; c'est parce qu'il sera libéré des obligations du bail qu'il consent à transmettre les avantages de celui-ci; s'il apparaissait que ces obligations n'existaient pas son engagement manque de cause et la cession de bail n'est pas valablement formée.

c) Les mêmes principes doivent recevoir application à propos de la subrogation personnelle

Le débiteur peut opposer au subrogé
L'opposabilité : les exceptions relatives à la créance
des exceptions : transmises par l'effet de la subrogation.
dans la subro- : C'est la conséquence du caractère trans-
gation person- : latif de la subrogation personnelle qui
nelle : sur ce point ressemble à la cession de
créance. En cas de subrogation consentie par le créancier celui-ci ne peut transmettre au subrogé plus de droits qu'il n'en a lui-même; en cas de subrogation consentie par le débiteur celui-ci ne peut reconnaître au subrogé plus de droits que son créancier n'avait contre lui; s'il le faisait on sortirait du cadre de la subrogation.

Le principe de l'opposabilité des exceptions joue d'ailleurs aussi bien au cas de subrogation légale que de subrogation conventionnelle. La jurisprudence a eu l'occasion de l'appliquer notamment en matière d'assurance, particulièrement à propos du recours de l'assureur de la victime contre l'auteur du dommage ou encore à propos du recours de l'assureur d'un coresponsable qui a indemnisé la victime, contre le coauteur tenu *in solidum*, bien que cette jurisprudence ait parfois hésité dans l'intérêt du subrogé (V. J. Mestre, thèse précitée p. 573 et s.). Ainsi l'absence de faute du défendeur qui aurait été opposable à la victime l'est à son assureur subrogé (Soc. 4 mai 1951, Rev. gén. ass. ter. 1951, p. 293), la prescription extinctive de l'action opposable à la victime l'est à son assureur subrogé dans ses droits (Civ. 2ème, 6 janv. 1966, Rev. gén. ass. terr. 1966, p. 483).

Dans le cadre de la subrogation conventionnelle on applique le même principe. C'est ainsi qu'une société de "factoring" (ou affacturage) chargée de recouvrer les créances de son client auquel elle est subrogée peut se voir opposer les exceptions que le débiteur aurait pu opposer à ce client lui-même (Paris 25 juin 1968, J.C.P. 1968. II. 15637 note Gavalda). La Cour de cassation a posé le principe de l'opposabilité des exceptions en la matière en application des règles de la subrogation : l'acheteur peut exercer l'action en résolution de la vente contre le "factor" subrogé dans les droits du vendeur : Com. 9 mai 1977, J.C.P. 1977. II. 18744.

Dans les contrats translatifs d'une obligation, la règle de l'opposabilité des exceptions pourrait peut-être s'expliquer sans qu'il soit besoin de recourir à la cause, par la règle *nemo plus juris...* Mais s'il en était ainsi on devrait admettre une solution absolument inverse dans les contrats qui ne sont pas translatifs et il en est précisément ainsi, or nous allons constater l'incidence de la cause à propos de ces contrats non translatifs.

2° - L'opposabilité des exceptions dans les contrats non translatifs d'une obligation

La question se pose essentiellement pour la novation et le principe est l'inverse de celui qui s'applique aux contrats translatifs : ici c'est le principe de l'opposabilité des exceptions. Il est facile de comprendre pour-

quoi : la novation éteint l'obligation préexistante pour y substituer une nouvelle obligation, les exceptions opposables par le débiteur de l'obligation éteinte ne sont pas opposables par le débiteur de l'obligation nouvelle.

Mais précisément l'intervention de la considération de la cause de la novation a pour effet d'atténuer très sensiblement l'opposabilité des exceptions, comme l'a nettement montré M. Larroumet à la suite de Saleilles (Larroumet, op. cit. n° 228).

En effet nous avons dit que l'obligation initiale, l'obligation que l'on veut éteindre, était la cause de la novation. L'existence de cette obligation est indispensable à la formation du contrat de novation. Si cette obligation était nulle la novation n'a pas pu se former, donc le débiteur de l'obligation nouvelle pourrait opposer au créancier l'exception de nullité de la même manière qu'aurait pu le faire le débiteur de l'obligation initiale. On ne peut pas dire, comme en cas de cession de créance, que la dette est affectée des mêmes vices que la dette antérieure puisque, par hypothèse, il s'agit d'une nouvelle dette mais elle est affectée d'un vice propre tenant à l'irrégularité de la novation pour absence de cause ou erreur sur la cause.

M. Larroumet cite très heureusement cette phrase de Raymond Saleilles : "Le débiteur substitué à l'ancien pourra invoquer les exceptions, non plus comme paralysant sa propre dette, mais comme constituant un vice qui atteint son engagement à sa source, puisque son engagement a eu pour but d'éteindre la dette de l'ancien débiteur et que celle-ci se trouve inefficace ou nulle, il n'y a plus extinction et qu'alors l'engagement du nouveau débiteur manque de cause" (Saleilles, article précité aux Annales de Droit commercial n° 4).

M. Larroumet à son tour s'exprime ainsi : "... l'intervention de la notion de cause dans la novation vient limiter considérablement l'opposabilité des exceptions qui lui est normalement attachée, dans la mesure où elle procède à la création d'un rapport de droit nouveau, distinct l'un de l'autre, et les éléments qui affectent

l'un n'affecteront pas l'autre, mais ces deux rapports ne sont pas indépendants puisqu'ils sont unis par un lien de causalité" (op. cit. p. 538).

Pour préciser cette situation on peut comparer la novation par changement de créancier et la cession de créance. En cas de cession de créance le dol qui a entaché l'acte créateur de la créance cédée peut être invoqué par le débiteur contre le cessionnaire comme il pouvait l'être contre le cédant, il affecte directement son obligation qui est toujours la même bien qu'elle ait un nouveau créancier. Il en est autrement en cas de novation par changement de créancier puisque, par hypothèse, le débiteur est tenu d'une dette nouvelle, mais le vice de la première affecte indirectement la seconde, car il est de nature à altérer l'engagement contracté par le moyen de la novation parce qu'il affecte cette novation dans sa cause. Suivant l'expression de Saleilles, l'exception que peut invoquer le débiteur de la nouvelle obligation l'est "comme constituant un vice qui atteint son engagement dans sa source, puisque son engagement a eu pour but d'éteindre la dette de l'ancien débiteur et que celle-ci se trouve inefficace ou nulle".

L'absence de cause ou l'erreur

Encore faut-il : sur la cause a détruit l'engagement prouver l'erreur : du débiteur. Mais encore faut-il que sur la cause : ce soit prouvé. S'il s'agissait d'une

ne cession de créance, il suffirait au débiteur de prouver que la créance cédée était nulle, s'agissant d'une novation par changement de créancier, cela ne suffit pas, il faut que le débiteur prouve non seulement que la créance initiale était nulle mais encore qu'il a traité en croyant qu'elle était valable et en vue de l'éteindre, qu'il a été victime d'une erreur sur la cause de la novation.

C'est ainsi que l'application des principes de la théorie de la cause vient sensiblement altérer en matière de novation le principe de l'inopposabilité des exceptions.

Et c'est précisément parce que ce principe joue pleinement en matière de délégation qu'on doit se poser la question de savoir si celle-ci n'est pas un acte abstrait.

Section II

Les contrats abstraits

+++++
+++++
+++++
+++++

Les actes abstraits ne sont admis que très exceptionnellement en droit français et les auteurs ne sont pas toujours d'accord pour reconnaître le caractère abstrait de certains d'entre eux.

Il convient tout de suite de re-
La question de : marquer que la question n'a pu se po-
l'acte abstrait : ser que pour les opérations juridi-
se pose pour les : ques qui impliquent trois personnes,
opérations : soit quant à leurs conditions de for-
triangulaires : mation, soit quant à leurs effets. Il
s'agit en effet de savoir si en pareil
cas un débiteur peut opposer à son créancier les excep-
tions qu'il avait pu opposer au troisième personnage ou
qui auraient pu naître dans les rapports de ce troisiè-
me personnage avec le créancier, ou si, au contraire, le
droit naissant du contrat est indépendant des relations
juridiques préexistantes qui peuvent en être la cause,
c'est-à-dire s'il est ou non dépendant de celle-ci.

C'est ainsi qu'on s'est interrogé sur le caractè-
re abstrait ou non du cautionnement parce que celui-ci
suppose trois personnes : le créancier, le débiteur
principal, la caution (qui est un débiteur accessoire).
On s'est demandé si la caution poursuivie par le créan-
cier pouvait opposer une exception née de ses rapports
avec le débiteur principal ou des rapports de celui-ci
avec le créancier. Par exemple, la caution s'est engagée à
garantir la dette d'une société parce qu'elle était le
Président-directeur-général de cette Société ? La cau-
tion peut-elle prétendre qu'elle n'est plus tenue par-
ce qu'elle n'est plus P.D.G. ? Oui, si on admet que la
cause de son engagement était dans ses relations avec
la Société débitrice et qu'elle est déterminante, non
dans le cas contraire si on admet que le cautionnement
est un acte abstrait, valable sans considération de sa
cause.

De même la caution peut-elle refuser de payer en
soutenant que la dette du débiteur principal était nulle ?
Peut-elle opposer au créancier les exceptions que le
débiteur principal pourrait faire valoir lui-même ? Oui,

La question de : si on admet que la cause du cautionnement est dans la créance garantie et la cause du : si le cautionnement n'est pas abstrait. cautionnement : La question de la cause du cautionnement a été discutée et elle a donné lieu à des décisions de justice divergentes. Un arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation du 8 novembre 1972 (D.1973.753, note Malaurie Gaz. Pal. 1973. I.144, note D. Martin, Rev. trim. de droit comm. 1973. 294 observ. Houin) a fait application de la cause au cautionnement. Le gérant d'une Société s'était porté caution de celle-ci en garantie de la dette contractée par elle envers une banque qui lui avait accordé une ouverture de crédit. La caution prétendait être libérée parce qu'entre-temps la Société avait changé de forme (de société en commandite elle était devenue société par actions) et que la caution avait perdu le contrôle de la majorité; pour ces raisons le contrat de cautionnement aurait perdu sa cause.

Mais la Cour de cassation approuve l'arrêt qui lui avait donné tort en remarquant que la cause de l'obligation de la caution était dans l'ouverture de crédit consentie par la Banque (créancier) à la Société (débiteur principal) et que la perte par la caution de la direction de la Société "si elle pouvait influencer sur les mobiles qui avaient conduit celui-ci à se porter caution laissait inchangée la cause de son engagement fixée au moment de la formation du contrat...".

Cet arrêt n'était pas sans précédent (V. Com. 24 juin 1969, J.C.P.1970.16221, note Prieur). Il a été discuté car il aboutit au même résultat que si le cautionnement était un acte abstrait et on a pu se demander si la cause du cautionnement ne devait pas être recherchée plutôt dans les relations de la caution avec le débiteur principal. (V. l'article de Mme Remond-Gouilloud. L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement J.C.P.1977.5.2850, n° 21 et s.). M. Maury approuve cette solution mais seulement lorsque le cautionnement est à titre onéreux (J. Maury. Rép. Dalloz, v° Cause n° 175-176).

Nous n'avons pas à nous arrêter davantage à cet arrêt ni au cautionnement qui est hors du cadre de nos recherches encore qu'il soit à certains égards proche d'un des contrats que nous allons retrouver. Constatons seulement que la question de la cause peut se poser dans les

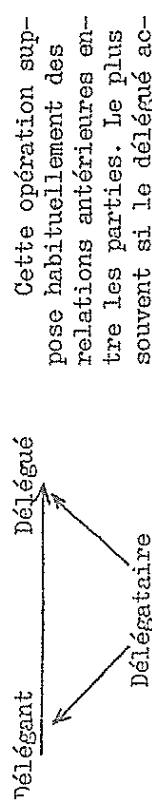
opérations triangulaires, qu'il est tenu compte de la cause dans le cautionnement alors qu'une partie importante de la doctrine soutient que c'est un acte abstrait (c'était notamment l'opinion de Capitant) et que l'on peut hésiter sur le point de savoir si la cause du cautionnement est dans les relations du débiteur principal et du créancier ou dans les relations du débiteur principal et de la caution.

Mais si la tendance est aujourd'hui à ne pas admettre le caractère abstrait du cautionnement, il reste d'autres opérations, qui entrent dans le cadre de ce cours pour lesquelles la question reste entière si elle n'est pas résolue dans le sens du caractère abstrait. Il s'agit de la délégation et de la transmission des titres négociables.

***** Sous-Section I

***** La délégation

Rappelons la définition de la délégation que nous avons rencontrée plusieurs fois (V. supra p. 84 et s.) : c'est un acte par lequel une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, un engagement envers une troisième : le délégataire.



Cette opération suppose habituellement des relations antérieures entre les parties. Le plus souvent si le délégué accepte de s'engager envers le délégataire c'est parce qu'il était débiteur du délégant, et si le délégant veut procurer un avantage au délégataire c'est parce qu'il était lui-même débiteur de celui-ci. Mais ce n'est pas nécessaire et, bien que le Code Civil ne paraisse voir que cette hypothèse, on peut concevoir une délégation en l'absence de toutes relations juridiques antérieures, ce qui permettrait notamment au délégant de faire une donation au profit du délégataire.

Rappelons aussi que si la délégation intervient entre personnes déjà liées par des obligations antérieures

elle est parfaite ou imparfaite suivant qu'elle éteint les relations antérieures ou suivant qu'elle les laisse subsister.

La délégation pose en termes particuliers la question de sa cause. Comme tout acte juridique elle a une cause, mais la complexité de la situation rend difficile la détermination de celle-ci. En outre on doit se demander si la cause joue un rôle dans la délégation ou si au contraire, celle-ci ne doit pas être considérée comme un acte abstrait, c'est-à-dire valable sans avoir égard à sa cause, détaché de sa cause.

+++++
 § 1 - Détermination de la cause de la délégation
 +++++

Il s'agit de savoir quelle est la cause de l'obligation engendrée par la délégation, c'est-à-dire de l'obligation du délégué envers le délégataire.

Si le délégué ne devait rien au délégant il s'est engagé soit gratuitement, en vue de gratifier le délégataire, soit parce qu'il a obtenu en contrepartie un avantage du délégant.

Mais cette situation est exceptionnelle et le plus souvent, comme nous venons de le rappeler, il y avait entre les trois parties à la délégation des rapports de droit antérieurs : le délégant était créancier du délégué et débiteur du délégataire. C'est parce qu'il était créancier du délégué qu'il a pu obtenir de celui-ci un engagement et c'est parce qu'il était débiteur du délégataire qu'il a voulu en procurer l'avantage à ce dernier.

Si la délégation est parfaite elle tend à remplacer les deux rapports de droit antérieurs par un rapport nouveau ; si la délégation est imparfaite elle laisse subsister les rapports antérieurs en y en ajoutant un troisième : le délégataire qui était créancier du délégué devient en outre créancier du délégué, la délégation équivaut pour lui à une sûreté personnelle.

C'est donc semble-t-il du côté de ces rapports de droit antérieurs qu'il faut rechercher la cause de l'obligation du délégué. Mais lequel des deux est-il la cause ?

Les auteurs sont divisés sur cette question et on peut relever trois tendances principales.

1.- Pour certains auteurs la délégation a une double cause. La cause de la délégation réside à la fois dans les rapports du délégant et du délégué

et dans les rapports du délégant et du délégataire et si ces deux rapports font défaut l'obligation du délégué manque de cause. C'est la thèse défendue notamment par Hubert (Essai d'une théorie de la délégation, Thèse Poitiers 1899, V. l'analyse et la critique de cette thèse in Larroumet, Thèse précitée n° 232 et s.).

Pour Hubert, il faut distinguer, dans les rapports du délégué et du délégataire, le droit du délégataire et la dette du délégué.

Le droit du délégataire contre le délégué a sa cause dans le droit qu'il avait contre le délégant ; la dette du délégué envers le délégataire a sa cause dans la dette qu'il avait envers le délégant. S'il n'y avait de rapports d'obligation ni entre le délégant, et le délégué ni entre le délégant et le délégataire, la délégation manquerait totalement de cause.

Mais pour que l'obligation du délégué envers le délégataire soit valable, il suffit d'une de ces deux causes. Si le délégué s'est engagé envers le délégataire parce qu'il croyait à tort qu'il était débiteur du délégant, cela importe peu au délégataire dès l'instant qu'il est lui-même vraiment créancier du délégant. Il suffit que l'obligation du délégué ait sa cause comme créance, il n'est pas nécessaire qu'elle ait aussi sa cause comme dette car "si la loi exige que, pour valoir, une obligation ait une cause, elle ne dit nulle part qu'il en faille deux". Mais il n'y a pas délégation si le délégué s'était engagé en croyant à tort être débiteur du délégant et si, en outre, le délégataire n'était pas tenu envers le délégant.

Cette analyse a été critiquée (V. Larroumet op. cit.) * par ceux qui n'admettent pas la dualité des causes de la délégation et qui pensent que ce qui importe c'est la justification de la dette du délégué envers le délégataire. Le délégué s'est engagé en considération de ses rapports envers le délégant, parce qu'il était ou se croyait débiteur de celui-ci ; il ignorait les relations entre le délégant et le délégataire, celles-ci sont différentes pour lui et elles ne sauraient constituer la cause de son engagement.

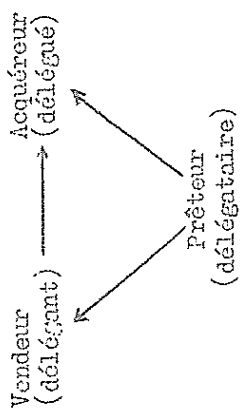
2.- Dans une seconde conception, il faudrait distinguer la délégation parfaite de la délégation imparfaite.

En cas de délégation parfaite, c'est-à-dire lorsque la délégation entraîne l'extinction de la créance du délégataire contre le délégant en faisant naître une créance du délégataire contre le délégué, la cause de l'obligation de celui-ci est dans cette extinction et s'il n'y avait pas dette à éteindre il n'y aurait pas délégation. La cause de l'obligation du délégué est donc bien dans les rapports délégant-délégataire. La considération des rapports entre délégué et délégant est sans importance; peu importe au délégataire créancier en vertu de la délégation qu'il y ait ou non une créance du délégué envers le délégué; peut-être celui-ci ne s'est-il engagé envers le délégataire que parce qu'il se croyait débiteur du délégant mais il ne s'agit là que d'un motif dont il n'y a pas à tenir compte et qui est sans influence sur l'engagement pris au profit du délégataire (V. not. H. et L. Mazeaud et de Juglart, Leçons, T. II n° 1246, J. Maury, Rep. Dalloz, Droit Civil V^e Cause n° 179).

Mais cette analyse ne vaut évidemment pas pour la délégation imparfaite puisque celle-ci n'a pas d'effet novatoire; on ne peut pas dire pour elle que la cause de l'engagement du délégué soit dans une obligation du délégant à éteindre. C'est ce qu'admettent MM. H. et L. Mazeaud (Leçons, n° 1248). Mais alors la cause ne peut être que dans les rapports entre le délégué et le délégant (op. cit. n° 179).

Prenons un exemple emprunté à un arrêt de la première Chambre Civile de la Cour de cassation du 2 avril 1968, J.C.P. 1968.IV.90, Bull. Civ.I. 1968.I. n° 115 p.91. Une personne avait accordé un prêt au vendeur d'un immeuble et il avait obtenu une délégation dans la créance du prix de vente.

Le vendeur était donc le délégant, l'acquéreur le délégué, le prêteur le délégataire. Or une partie du prix de vente avait été frauduleusement dissimulée, la Cour de cassation en a



conclu que la cause de l'engagement du délégué acquéreur était illicite : "les acquéreurs étaient en droit de se refuser à payer le montant du prix faisant l'objet d'une dissimulation, aucune créance ne pouvant naître de ce chef à leur encontre et être transmise au profit du demandeur" (c'est-à-dire du prêteur délégataire).

La Cour de cassation a donc vu la cause de la dette du délégué dans celle qu'il avait envers le délégant, donc dans les relations délégant-délégué. Le doyen Maury approuve cette solution du moins si la délégation est à titre gratuit (Maury, Rep. Dalloz, V^e Cause n° 179).

Dans l'opinion que nous présentons on distingue donc la délégation parfaite de la délégation imparfaite. Dans la première la cause de l'obligation du délégué est dans les rapports du délégant et du délégataire, dans la seconde elle ne peut être que dans les rapports du délégant et du délégué, encore que MM. Mazeaud et de Juglart ne le disent pas nettement.

Cette distinction des deux sortes de délégation quant à la cause a été vigoureusement contestée par M. Larroumet (op. cit. n° 233). Quand on dit que dans la délégation parfaite les rapports du délégant et du délégué ne sont pas la cause de l'obligation du délégué envers le délégataire c'est pour justifier l'inaopposabilité par le délégué des exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le délégant; mais alors il n'y aurait inopposabilité des exceptions que dans la délégation parfaite, or MM. Mazeaud admettent cette inopposabilité dans les deux délégations ce qui ne se comprend pas. En outre on ne peut pas admettre une dualité de nature entre les deux délégations qui ne sont au fond qu'une seule institution. D'où une troisième analyse à laquelle se rallie M. Larroumet.

- 3.- Dans une troisième opinion, qui est notamment celle de M. Larroumet, la cause de : met, la cause de l'obligation du délégué, que la délégation soit parfaite ou imparfaite, est toujours dans les rapports du délégué envers le délégant : "la cause de l'engagement du délégué envers le délégataire se trouve dans ses propres rapports avec le délégant. Les rapports entre le délégant et le délégataire lui sont normalement indifférents et il n'a pas à s'en préoccuper" (Larroumet, op. cit. n° 237).

La théorie qui :	voit la cause de :
la délégation :	la cause de l'obligation du délégué :
dans les rap- :	légé, que la délégation soit parfaite ou imparfaite, est toujours dans les
ports du délég- :	rapports du délégué envers le délégant :
gué et du :	la cause de l'engagement du délégué
délégrant :	envers le délégataire se trouve dans

A cet égard, M. Larroumet reprend l'analyse d'Hubert à la thèse duquel il se rallie ainsi particulièrement. Il distingue la cause de la dette du délégué de la cause du droit du délégataire. Les rapports du délégant et du délégué sont la cause du droit de celui-ci contre le légataire mais non la cause de la dette du délégué envers lui, or c'est de cette dette, de cette obligation, qu'il s'agit.

Pour illustrer l'analyse de M. Larroumet nous pouvons reprendre l'exemple de la délégation accordée à celui qui a prêté des fonds au vendeur et qui fait de lui le créancier de l'acquéreur. La cause du droit du prêteur (délégataire) contre l'acquéreur (délégué) c'est la créance née du prêt qu'il avait consenti au vendeur (délégant), mais la cause de la dette de l'acquéreur (délégué) envers le prêteur (délégataire) est dans les rapports de cet acquéreur envers son vendeur, c'est-à-dire dans son obligation de payer le prix. S'il s'engage à payer le délégataire (prêteur) c'est parce qu'il doit le prix de vente. Reste à savoir si cette cause peut ou doit jouer un rôle et c'est la question de savoir si la délégation est un acte abstrait ou un acte causé, à laquelle nous allons arriver. Mais, pour M. Larroumet, la cause de l'obligation du délégué est toujours dans les relations qu'il avait avec le délégant.

On peut souscrire à cette ana-

Qu'en est-il en : lyse qui paraît consacrée par la jurisprudence que nous avons citée, du moins en cas de cause illicite,

mais elle n'est valable que si la délégation intervient, comme c'est le cas le plus fréquent, entre personnes déjà liées entre elles par des rapports juridiques. Elle est inutilisable au cas de cette délégation, que les anciens auteurs appelaient rescription, qui intervient en l'absence de tout rapport antérieur, comme lorsque le délégué veut faire une libéralité en payant une dette du délégant. On ne peut pas voir la cause de cet engagement dans les rapports d'obligation entre le délégant et le délégué s'il n'y en a pas, par hypothèse. Il faut alors chercher la cause dans les circonstances de l'opération, le délégué s'engage soit parce qu'il a obtenu ou qu'il espère une contrepartie, soit parce qu'il est animé par une intention libérale.

Mais il s'agit encore de savoir si la détermination

de la cause a un intérêt en matière de délégation et elle n'en a pas si celle-ci est considérée comme un acte abstrait.

+++++

§ 2 - La délégation est-elle un acte causé ou un acte abstrait ?

+++++

La délégation est présentée par une partie de la doctrine comme un acte abstrait, un des rares admis par le droit français. C'est-à-dire que la délégation est considérée comme valable sans qu'il y ait à tenir compte de sa cause : le délégué est tenu envers le délégataire sans pouvoir prétendre échapper à son engagement au motif qu'il n'était pas véritablement débiteur du délégant (V. H. Capitant. De la cause des obligations, n° 176 et s. Marty et Raynaud. Les obligations, n° 842). Cette thèse a été reprise plus récemment par M. Larroumet, mais elle n'est pas unanimement acceptée et, après l'avoir présentée, il conviendra de s'interroger sur sa valeur.

A - La thèse du caractère abstrait de la délégation

1° - La thèse

La délégation est définie comme un acte abstrait de sa cause en ce sens que l'obligation du délégué envers le délégataire qu'elle engendre vaut indépendamment de sa cause qui est dans les relations antérieures du délégant et du délégué. A supposer que le délégué ne soit pas véritablement tenu envers le délégant, il n'en est pas moins engagé envers le délégataire.

On peut d'abord rappeler que l'existence de relations antérieures entre le délégant et le délégué n'est pas une condition de la délégation. Il est possible que le délégué s'engage pour rendre service au délégant, dans une intention libérale; il est vrai que dans ce cas on pourra dire que la cause de son engagement est dans l'animus donandi, dans l'intention libérale, mais si les motifs de cette générosité apparaissent mal fondés le caractère abstrait de la délégation interdirait d'en tenir compte, l'engagement envers le délégataire n'en serait pas

Le caractère : tence de relations antérieures entre
abstrait de : le délégant et le délégué n'est pas une
l'engagement du : condition de la délégation. Il est pos-
délégué : sible que le délégué s'engage pour ren-

dre service au délégant, dans une intention libérale; il est vrai que dans ce cas on pourra dire que la cause de son engagement est dans l'animus donandi, dans l'intention libérale, mais si les motifs de cette générosité apparaissent mal fondés le caractère abstrait de la délégation interdirait d'en tenir compte, l'engagement envers le délégataire n'en serait pas

moins valable.

Dans le cas plus fréquent où le délégué s'engage envers le délégataire parce qu'il était ou se croyait débiteur du délégant, cette dette ou la croyance en cette dette est la cause de l'obligation du délégué, mais cette obligation est valable indépendamment de sa cause : le délégué ne pourrait opposer au délégataire des exceptions tirées de ses relations antérieures avec le délégant. Le caractère abstrait de l'engagement du délégué explique l'inaoposabilité des exceptions.

Comment justifier cette situation qui est contraire au principe du droit français que l'obligation doit avoir une cause ?

M. Larroumet (n° 217 et s.) l'explique par l'histoire. La délégation historique de : était un acte abstrait en droit romain ce caractère : parce qu'elle se réalisait sous la forme d'une stipulatio dont nous avons dit qu'il s'agissait d'un acte formel, valable par sa seule forme et indépendamment de toute recherche de sa cause. Dès l'instant que le délégué avait prononcé les paroles solennelles de la stipulatio il était tenu envers le délégataire quelles que soient les raisons pour lesquelles il s'était engagé.

Cette conception avait été adoptée par l'ancien Droit français, au témoignage de Pothier dont M. Larroumet cite ce passage très net : "si la personne déléguée n'était pas débitrice du délégant, quoiqu'elle ne se fût obligée en sa place envers son créancier que dans la fausse persuasion qu'elle était débitrice du délégant, l'obligation qu'elle aurait contractée n'en serait pas moins valable et elle ne pourrait se défendre de la payer" (Pothier. Traité des obligations n° 566).

Logiquement cette conception aurait dû être abandonnée après la promulgation du Code Civil qui, dans l'art. 1131 condamne sans exception les actes abstraits, elle a cependant été maintenue et pour M. Larroumet il s'agit d'une méprise qui a fait de la règle du caractère abstrait de la délégation une règle coutumière.

Mais on peut donner au caractère abstrait de la délégation une explication et une justification en lui découvrant un fondement. Le caractère abstrait ne saurait être admis sans raison et il y en a une dans la délégation parce que celle-ci est une opération triangulaire.

Capitant a fait valoir que le Le fondement du : délégataire est un tiers eu égard aux caractère : rapports pouvant exister entre le délégataire de la : légué et le délégant et qu'il ignore, délégation : à moins qu'ils n'aient été portés à sa connaissance et introduits dans ses rapports avec le délégué. Les relations entre délégué et délégant peuvent constituer les motifs de l'engagement du délégué envers le délégataire, mais ces motifs sont sans influence sur la validité de cet engagement (H. Capitant, op. cit. n° 178).

Le délégataire est généralement créancier du délégant et il accepte pour cette raison le nouveau débiteur que lui offre le délégant, mais il n'a pas de raison d'accepter ce débiteur (surtout si la délégation est par faite et doit éteindre sa créance envers le délégant) si le paiement par le délégué est aléatoire et dépend des relations de celui-ci.

Le caractère abstrait de l'engagement du délégué se justifie encore si on remarque que la délégation est un instrument de crédit. Bien souvent le délégataire fait crédit au délégant et l'engagement du délégué constitue sa garantie, mais il ne consentira ce crédit que s'il est assuré de son paiement par le délégué, que si sa créance est à l'abri des exceptions nées des relations du délégué avec un tiers. Cette justification revêt une importance particulière surtout pour expliquer le caractère abstrait des titres de crédit que nous retrouverons.

Récemment, un auteur, M. Michel Vivant a proposé de pousser plus avant l'explication du caractère abstrait par la protection du tiers aux rapports délégant-délégué, c'est-à-dire du délégataire, en utilisant la théorie de l'apparence : le délégué en participant à l'opération a créé une apparence, peut-être trompeuse, le délégataire doit être protégé du moins s'il a commis une erreur légitime (Michel Vivant. Le fondement juridique des obligations abstraites. D. 1978, Chr. p. 39).

Mais ces analyses se heurtent à Une objection à : une objection que M. Larroumet soulève la théorie du : lui-même et à laquelle il apporte une caractère abs- : réponse : en matière de délégation par trait de la dé- : faite, comment concilier le principe légation par- : du caractère abstrait de la délégation faite ... : et celui en vertu duquel la délégation

parfaite suppose une obligation à éteindre pour la remplacer par une obligation nouvelle ? Ne doit-on pas dire que la validité de la délégation parfaite dépend de l'existence d'obligations antérieures à éteindre, c'est-à-dire qu'elle a une cause et qu'elle doit en avoir une ? (Larroumet, n° 226 et s. et surtout 227).

M. Larroumet répond à l'objection en développant son opinion, que nous avons déjà rencontrée, sur la nature de la délégation. L'objection serait valable si la délégation parfaite était une novation, en effet la novation a sa cause dans une obligation à éteindre, elle n'est pas possible s'il n'y a pas d'obligation préexistante à éteindre. Or, généralement, la délégation parfaite est présentée comme une novation si le paiement par le délégué est aléatoire et dépend des relations de celui-ci envers le délégant (Larroumet op. cit. n° 220).

Mais c'est ce que conteste M. Larroumet. Pour lui il est exact que la délégation parfaite a un effet novation mais elle n'est pas une novation. Nous avons déjà dit un mot de la thèse de M. Larroumet à propos de la cause de la novation et de l'innoposabilité des exceptions dans la novation. Pour M. Larroumet le principe de l'innoposabilité des exceptions dans la novation découle du caractère nouveau du rapport de droit créé et de son indépendance à l'égard des rapports antérieurs; mais précisément, parce que la novation est un acte causé, cette innoposabilité est limitée par l'incidence de la cause, l'obligation nouvelle ne pourra pas naître si l'obligation ancienne qui lui servait de cause n'existe pas ou n'existe plus. Or cette limitation au principe de l'innoposabilité des exceptions ne se retrouve pas en cas de délégation, le délégué est tenu de toute manière, quelles que soient les relations antérieures entre les parties, qu'elles s'analysent en obligations valables ou non. C'est dire que la délégation parfaite ne peut pas être assimilée à une novation même si elle en produit les effets. L'innoposabilité des exceptions n'a ni la même source, ni la même portée. Dans la novation, elle découle du caractère nouveau de la créance née de la novation et elle est limitée par les incidences de la cause; dans la délégation elle découle du caractère abstrait de l'opération et elle joue sans limites.

M. Larroumet peut alors tirer les conséquences du caractère abstrait de la délégation.

Les conséquences :
du caractère :
abstrait de la :
délégation :

a) Il entraîne l'innoposabilité des exceptions nées dans les rapports du délégué et du délégant ou du moins de certaines d'entre elles.

Certaines de ces exceptions sont innoposables par le délégué à raison du caractère direct du droit du délégataire. Si le délégué était antérieurement débiteur du délégant et si cette dette est maintenue par la délégation, le délégué a désormais deux créanciers (le délégant et le délégataire); ce n'est pas parce qu'il a payé le premier qu'il sera libéré envers le second : l'exception de libération opposable au délégant n'est pas opposable au délégataire. Il en est ainsi parce que le délégataire a un droit direct envers le délégué et la solution s'explique sans qu'il soit nécessaire d'invoquer le caractère abstrait de la délégation (Larroumet, n° 235).

Mais il est d'autres exceptions dont l'innoposabilité ne peut s'expliquer que par le caractère abstrait de l'engagement du délégué; ce sont toutes celles qui pourraient être tirées de l'absence de cause ou de l'erreur sur la cause. Rappelons que, pour M. Larroumet, la cause de l'engagement du délégué est dans les relations qui l'unissent au délégant; si la délégation était dépendante de cette cause les exceptions fondées sur la nullité ou la résolution de la dette du délégué envers le délégant pourraient être opposées au délégataire; elles ne le peuvent pas parce que la délégation est valable indépendamment de sa cause, est abstraite de sa cause.

b) Qu'en est-il des exceptions nées des rapports du délégant et du délégataire ? Pour M. Larroumet il est bien évident qu'elles ne peuvent être invoquées par le délégué contre le délégataire car la cause de la dette du délégué envers le délégataire n'est pas dans les rapports entre le délégant et le délégataire mais seulement dans les rapports du délégué avec le délégant; le

Qu'en est-il des exceptions nées des rapports du délégant et du délégataire ? Pour M. Larroumet il est bien évident qu'elles ne peuvent être invoquées par le délégué contre le délégataire car la cause de la dette du délégué envers le délégataire n'est pas dans les rapports entre le délégant et le délégataire mais seulement dans les rapports du délégué avec le délégant; le

caractère abstrait de la délégation n'a rien à voir avec la question.

En somme, la théorie de la délégation acte abstrait telle qu'exposée par M. Larroumet peut se résumer ainsi : la cause de la dette du délégué envers le délégataire est dans les rapports existant entre ce délégué et le délégant, mais cette cause n'est pas nécessaire à la validité de la délégation, celle-ci est valable même s'il n'y avait pas de dette du délégué envers le délégant ou si cette dette était nulle.

Mais cette analyse n'est pas unanimement admise.

2° - Les autres thèses

Tout le monde n'est pas d'accord sur le caractère abstrait de la délégation.

C'est ainsi que M. Mazeaud et de Juglart soutiennent qu'il est inutile de recourir à la théorie de l'acte abstrait pour expliquer la délégation.

Ils peuvent le faire parce qu'ils pensent que la cause de l'obligation du délégué est, du moins dans la délégation parfaite, dans la créance du délégataire contre le délégant que la délégation a pour but d'éteindre pour la remplacer par une obligation envers le délégué. L'impossibilité des exceptions nées des rapports entre le délégué et le délégant tient au fait que ces rapports ne sont pas la cause de la délégation, il n'est pas nécessaire d'invoquer un prétendu caractère abstrait de la délégation (Leçons, n° 1246).

En revanche ces auteurs situant la cause de l'obligation du délégué dans la créance primitive du délégataire contre le délégant et refusant d'admettre le caractère abstrait de la délégation, ils permettent au délégué d'opposer les exceptions de nature à altérer cette créance (Leçons, n° 1245) prenant sur ce point le contre-pied de l'analyse de M. Larroumet. Mais cette solution n'est évidemment valable que si la délégation est parfaite; en cas de délégation imparfaite M. Mazeaud et de Juglart admettent l'impossibilité par le délégué du délégataire des exceptions qu'aurait pu lui opposer le délégant en se fondant sur l'indépendance des deux obligations (Leçons, n° 1248). M. Larroumet reproche à cette conception d'établir une distinction illogique entre les

deux sortes de délégations quant à la nature de l'engagement du délégué.

Dans l'opinion, que nous avons rencontrée, du doyen Hubert qui attribuait à la délégation une double cause en ajoutant qu'une seule suffisait pour la validité de l'opération, il était admis que le délégué ne pouvait opposer les exceptions pouvant exister entre le délégant et le délégataire dès l'instant qu'il était lui-même obligé envers le délégant parce que, dans ce cas, il y avait une des deux causes et que cela suffisait. Il le pouvait dans le cas contraire car la première cause manquant il fallait vérifier l'existence de la seconde.

Ces divergences sont liées non seulement à la divergence d'opinion sur le caractère abstrait ou causé de la délégation mais encore sur la détermination de sa cause dont nous avons vu qu'elle ne fait pas l'unanimité.

Nous pouvons essayer de vérifier ces diverses thèses en les confrontant avec la jurisprudence.

B - La valeur de la thèse du caractère abstrait de la délégation

La jurisprudence n'est pas très abondante en la matière. Elle a eu essentiellement à se prononcer sur la question de l'opposabilité par le délégué des exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le délégant, et elle a consacré le principe de l'impossibilité de ces exceptions. Mais on a pu se demander si la jurisprudence ne s'orientait pas actuellement vers la solution contraire.

1.- Le principe a été consacré par la jurisprudence que le délégué a consacré l'i- : ne peut invoquer contre le délégataire n'opposabilité au : les exceptions qu'il aurait pu faire délégataire des : valoir contre le délégant. Il en est exceptions nées : ainsi du moins en cas de délégation des rapports du : parfaite (Civ. 31 mars 1852, D.1852.1. délégué et du : 161, 24 janvier 1872, D.1873.1.75). délégant : On a pu également relever une jurisprudence dans le même sens en cas de délégation imparfaite. Mais l'arrêt généralement cité en ce sens de la Chambre des Requistes du 21 mars 1910 (S.1913.1.241, note Naquet) n'est pas très probant. Il a refusé au délégué le droit de demander la répétition de l'indû pour ce qu'il avait payé au délégataire au motif

La jurisprudence :
a consacré l'i- :
n'opposabilité au :
délégataire des :
exceptions nées :
des rapports du :
délégué et du :
délégant :

que sa dette contre le délégant avait été entre-temps réduite par la justice. Il s'agissait en effet des intérêts d'une somme supérieure à celle qui était due. Si la Cour de cassation a écarté la restitution c'est parce que le délégataire était vraiment créancier du délégant et aussi parce que le délégué était bien débiteur du délégant et avait payé dans la limite de sa dette.

La solution est plus nette en cas de délégation parfaite.

Prenons l'arrêt de la Chambre civile du 24 janvier 1872. L'associé d'une société exploitant une charge d'agent de change avait emprunté une somme d'argent et obtenu du titulaire de l'office qu'il engage celui-ci envers le prêteur. L'associé débiteur était le délégant, la société le délégué, le prêteur le délégataire; la société était substituée au délégant, c'était une délégation parfaite.

La société (délégué) prétendait être libérée de son engagement envers le prêteur parce qu'elle s'était engagée en croyant par erreur qu'elle était débitrice du délégant, alors que cette obligation avait été judiciairement déclarée nulle. Ainsi le délégué opposait au délégataire une exception relative à ses relations avec le délégant. La Cour de cassation ne le lui a pas permis.

"Attendu ... qu'un créancier ayant, de bonne foi, et du consentement de son débiteur, accepté aux lieu et place de celui-ci, qu'il a libéré, une autre personne capable de s'obliger et qui s'est engagée envers lui sans autre condition, a désormais action contre le nouveau débiteur ainsi substitué au premier, quelle que fût la nature des rapports juridiques qui eussent existé entre l'ancien et le nouveau créancier. Que celui-ci ne pourrait donc s'affranchir de son engagement envers le créancier sous le seul prétexte que, par erreur, il se serait cru obligé lui-même envers le délégant, ou que son obligation envers celui-ci aurait été reconnue et déclarée nulle par une décision passée en force de chose jugée."

Cette décision a pu être expliquée de deux manières : Certains y voient une illustration du caractère abstrait de l'obligation du délégué. D'autres, comme MM.

Mazeaud et de Juglart, l'expliquent en disant que les relations du délégant et du délégué sont sans influence parce qu'elles ne sont pas la cause de la dette du délégué envers le délégataire, cette cause étant uniquement dans les rapports du délégataire et du délégant, en l'espèce dans les obligations résultant du prêt consenti par le délégataire et que la délégation avait pour objet d'éteindre.

L'arrêt peut être à cet égard rapproché de celui du 8 novembre 1972 rendu en matière de cautionnement déjà cité qui a jugé que les relations de la caution avec le débiteur principal étaient sans effet sur l'obligation de la caution qui a sa cause dans les relations du créancier et du débiteur principal. (On peut en effet comparer la caution au délégué, le créancier au délégataire et le débiteur principal au délégant). Mais l'explication de MM. Mazeaud et de Juglart ne peut pas valoir pour la délégation imparfaite. Or la jurisprudence paraît admettre la même solution pour celle-ci. Il semble donc que cette jurisprudence consacre bien la thèse de l'acte abstrait.

Cependant des doutes sont suscités par une autre jurisprudence.

2.- On peut en effet relever une Cependant : autre attitude de la jurisprudence qui
tains arrêts : prend en considération les rapports du
tiennent compte : délégué avec le délégant pour leur at-
tribuer une incidence sur l'obligation
des rapports du : tribuer une incidence sur l'obligation
délégué et du : du délégué envers le délégataire.
déléguant. : On peut relever dans ce sens l'ar-

rêt de la Chambre commerciale du 2
avril 1968 que nous avons déjà cité et qu'il faut rappeler ici. Il s'agissait encore d'un prêt consenti cette fois aux vendeurs d'un immeuble, le prêteur s'était fait déléguer la créance des vendeurs contre les acquéreurs. Les vendeurs étaient délégués; le prêteur était délégataire, les acquéreurs étaient délégués. Si on admet que la dette du délégué est abstraite, elle vaut indépendamment des relations entre le délégué et le délégant. Or la Cour de cassation va précisément tenir compte de ces rapports. Il s'agissait, en effet, de la créance du prix de vente; c'est parce que les acquéreurs devaient ce prix qu'ils avaient accepté de s'engager envers le délégataire. Or une partie de ce prix avait fait l'objet

d'une dissimulation frauduleuse; l'opération avait pour but de permettre au délégataire "de se rembourser d'une partie de ses créances sur les vendeurs au moyen d'un supplément de prix dissimulé aux yeux du fisc en infraction aux dispositions de l'article 1793 du Code général des impôts".

La Cour de cassation en conclut qu'

"ainsi la cause de l'engagement des acquéreurs (délégés) à l'égard du demandeur (délégataire) consiste uniquement dans la stipulation d'un supplément de prix dissimulé",

pour ajouter que :

"les juges ont pu en déduire que les acquéreurs étaient en droit de se refuser à payer le montant du prix faisant l'objet d'une dissimulation, aucune créance ne pouvant naître de ce chef à leur encontre et être transmise au profit du demandeur".

Ainsi la créance du délégant contre le délégué est bien cette fois considérée comme la cause de l'obligation du délégué envers le délégataire. La délégation n'est pas considérée comme un acte abstrait, puisque l'absence de cette cause ou son illicéité empêche la délégation de jouer.

Il est vrai qu'en l'espèce il avait été précisé que c'était la créance du prix qui était déléguée et on pouvait penser que les parties avaient fait ainsi expressément référence aux relations du délégant et du délégué. Le délégataire était informé de ces relations et il n'y avait plus de raison de traiter la délégation comme un acte abstrait.

Sur ce point encore et dans ce même sens on peut aussi relever des décisions en matière de cautionnement et notamment un arrêt de la Cour de Nancy du 12 nov. 1904 (D.1905.2.158) qui a annulé le cautionnement de la dette d'une femme de moeurs légères par son amant, accordé en vue d'obtenir la continuation de relations adultères avec elle. Ce sont bien les relations de la caution et du débiteur principal (qui correspondent aux relations du délégué et du délégant) qui sont retenues comme cause et cette cause est prise en considération.

Certains auteurs ont fait état de ces décisions pour se demander si la jurisprudence n'abandonnait pas

partiellement le caractère abstrait du cautionnement et de la délégation. C'est ainsi que M. Vivant (chronique jurisprudence) : précitée) se demande si le caractère abstrait de l'obligation du délégué ne doit pas être limité au cas de la délégation parfaite, la délégation imparfaite devant être assimilée à cet égard au cautionnement qui aurait cessé d'être abstrait.

Mais il est permis de douter de l'utilité de cette distinction entre les deux délégations en se demandant si elle ne conduirait pas plus logiquement à des solutions inverses, la délégation imparfaite pouvant plus facilement se détacher des relations antérieures qu'elle n'entend pas modifier.

Peut-être pourrait-on plutôt se demander si la jurisprudence ne distingue pas entre l'absence de cause et l'erreur sur la cause, d'une part, et la cause illicite ou immorale d'autre part; la première situation serait sans incidence sur la délégation, tandis que celle-ci serait viciée par l'illicéité ou l'immoralité de la cause.

Mais on ne doit pas attacher une importance excessive à l'arrêt du 2 avril 1968. Capitant, qui admettait l'exception au : le caractère abstrait de la délégation, exceptait le cas où le délégué détruirait celui-ci : manifestait son intention de rattracer son obligation à sa cause et où le délégataire en était informé. Or

il paraissait bien en être ainsi dans l'espèce où c'était précisément la créance du prix de vente, c'est-à-dire la créance du délégant contre le délégué qui avait été déléguée au délégataire. Il s'agissait de l'exception au principe qui paraît demeurer que la dette du délégué envers le délégataire est indépendante de la créance du délégant contre le délégué, c'est-à-dire de sa cause.

Sous-Section II*****
La transmission des titres négociables

Les titres négociables ce sont les titres transmissibles par voie de transfert, d'endossement ou de tradition, c'est-à-dire les titres nominatifs, les titres à ordre et les titres au porteur. Nous aurons à revenir sur les formalités de leur transmission qui réalise celle de la créance qu'ils constatent.

La réglementation de ces titres relève surtout du droit commercial car la plupart sont des effets de commerce : billet à ordre, lettre de change, chèque. Mais les formes particulières de ces titres, avec comme conséquence les procédés de transmission qu'elles permettent, ne sont pas inconnus du droit civil.

C'est ainsi que la pratique s'était instaurée d'émettre des grosses hypothécaires à ordre ou au porteur. L'acte constatant une créance garantie par un privilège ou une hypothèque et dressé par un notaire faisait l'objet d'une "grosse", c'est-à-dire d'une première expédition revêtue de la formule exécutoire et contenant soit la clause au porteur, soit la clause à ordre. Dans le premier cas, la transmission de la créance et de l'hypothèque résultait de la remise de la grosse à un nouveau créancier, dans le second de l'endossement de cette grosse à son profit.

Cette pratique ayant donné lieu à des abus, elle a suscité une intervention législative : c'est la loi du 15 juin 1976. Celle-ci abandonne la terminologie traditionnelle; elle n'emploie plus le terme de grosse qui avait un sens au temps où les actes étaient rédigés à la plume et où la première expédition était écrite en grosse écriture, (pour que l'acte occupe plus de pages et emploie plus de papier timbré), la loi du 15 juin 1976 parle de "copie exécutoire" rapportant littéralement les termes de l'acte authentique. Mais surtout la loi contient une double réforme.

D'une part, elle interdit d'établir des copies

exécutoires au porteur (art. 2).

D'autre part, elle ne permet les copies exécutoires à ordre qu'en représentation d'une créance garantie par

un privilège spécial immobilier, par une hypothèque immobilière ou par une hypothèque maritime, fluviale ou aérienne (art. 3 et 15) et elle réglemente ces copies exécutoires. Dans le cadre ainsi fixé, il peut donc y avoir des titres à ordres civils.

Or ces titres (civils ou commerciaux) obéissent à la règle de l'inopposabilité des exceptions.

Cette règle de l'inopposabilité des exceptions est actuellement formulée par l'art. 121 du Code de commerce relatif à la lettre de change, qui reproduit l'art. 17 de la Convention de Genève du 7 juin 1930 et qui est ainsi conçu :

"Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur".

La règle s'applique non seulement à la lettre de change pour laquelle elle est spécialement écrite, mais encore à tous les titres de crédit.

Elle est reprise dans les mêmes termes pour le chèque par l'art. 22 du décret-loi du 30 octobre 1935 sur le chèque : "Les personnes actionnées en vertu du chèque ne peuvent opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant le chèque, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur".

La jurisprudence avait également appliqué le principe de l'inopposabilité des exceptions à la transmission des créances civiles constatées par des titres au porteur ou à ordre (V. pour les premiers : Civ. 9 nov. 1896, D. 1897.1.16, 25 mars 1931, D. 1931.62 note A. Wagner, pour les titres à ordre : Req. 23 juillet 1941. D.P. 1941.356). La loi du 15 juin 1976 consacre la règle en démarquant l'art. 121 du C. de Com.. Son article 8 contient le texte suivant :

"Le débiteur actionné en vertu d'une copie exécutoire à ordre ne peut pas opposer au créancier qui en est le titulaire les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec les créanciers

antérieurs, à moins que le créancier titulaire de la créance en acquérant celle-ci, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur".

Cette inopposabilité qui a été

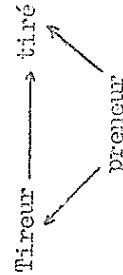
L'analogie de la : surtout étudiée à propos des effets
lettre de change : de commerce a été expliquée par une
et de la délégation : partie de la Doctrine par le caractère abstrait des titres négociables.
 Cette explication n'est pas unanimement admise et d'autres auteurs s'en tiennent à une justification par "les motifs d'ordre pratique et économique qui ont imposé la règle (et) en constituent la seule justification". (V. not. Friedel. De l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce, Thèse, Paris 1951 n° 69).

Quelle que soit l'opinion que l'on adopte quant à cette explication, il faut bien constater que l'inopposabilité des exceptions découle logiquement du caractère abstrait d'un acte et on ne peut que constater la parenté entre par exemple la lettre de change et la délégation. Elle est telle que des commercialistes comme Thaller avaient tenté d'expliquer le mécanisme des titres de crédit par la délégation (Thaller. Nature juridique du titre de crédit. Annales de Droit Commercial. 1906 p. 110 et s. 1907, p. 97 et s.). Cette explication n'a pas la faveur des commercialistes d'aujourd'hui qui ont souligné le particularisme des titres de crédit dont la théorie de la délégation ne peut entièrement rendre compte; mais l'analogie et les traits communs n'en sont pas moins apparents.

Si nous prenons le cas de la lettre de change, nous constatons qu'elle peut être décrite par un schéma analogue à celui de la délégation.

Le tireur est créancier du tiré et lorsque celui-ci accepte la lettre de change il s'engage envers le bénéficiaire ou preneur (c'est-à-dire celui au profit duquel la traite sera endossée).

Le tireur occupe la situation du délégant, le tiré celle du délégué, le preneur, ou bénéficiaire, ou porteur, celle du délégataire. Si le tiré accepte la traite c'est parce qu'il est débiteur du tireur, il y a entre eux des rapports que l'on qualifie de provision.



Et si le tireur émet la lettre de change au profit du bénéficiaire, c'est parce que celui-ci est son créancier, les rapports du tireur et du bénéficiaire sont qualifiés de valeur fournie.

Par exemple un commerçant créancier d'un de ses clients tire une traite sur celui-ci pour constater cette créance, au profit d'un banquier qui lui ouvre un crédit et est donc son créancier.

Comme dans la délégation nous avons les trois personnages : le tireur créancier du tiré, c'est le délégant créancier du délégué; le preneur, créancier du tireur, c'est le délégataire créancier du délégant. La lettre de change fait naître un droit du bénéficiaire contre le tiré, de même que la délégation fait naître un droit du délégataire contre le délégué. Et si le tiré ne peut opposer au bénéficiaire les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le tireur (art. 121 C. com.) la situation est la même qu'au cas de délégation si le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le délégant.

A vrai dire la différence entre la lettre de change et la délégation tient au fait que l'émission et la transmission de la première est une opération plus complexe. A cet égard il faut noter deux différences essentielles.

En tirant la lettre de change le tireur ne se borne pas à provoquer un possible engagement du tiré, il s'engage lui-même envers le bénéficiaire, il fait naître à sa charge une obligation cambiaire qui se superpose sans la supprimer à celle qui pouvait exister antérieurement.

En outre, le titre à ordre fait naître un engagement cambiaire de tous ses signataires (tireur, tiré acceptant, preneur endosseur) au profit de tous les endossataires ultérieurs.

La délégation est incapable d'expliquer ces solutions et c'est pourquoi on ne peut pas ramener purement et simplement la transmission des titres négociables à la délégation. Mais les deux opérations sont étrangement analogues quand on s'interroge sur leur caractère abstrait à travers la règle de l'inopposabilité des exceptions. Encore faut-il préciser le sens de celle-ci. L'émission puis la transmission d'un titre négocia-

L'explication de :
l'inopposabilité :
des exceptions :
seconds, mais il s'agit de savoir si cette cause joue un rôle ou si les engagements cambiaires valent abstraction faite de cette cause, c'est-à-dire sont des engagements abstraits.

Ces rapports fondamentaux ce sont, nous l'avons dit, ceux qui résultent de la provision et de la valeur fournie; comme leur nom l'indique ils fondent les obligations cambiaires, ils en constituent la cause. Mais si la valeur des obligations cambiaires dépendait entièrement d'eux, les titres de crédit ne pourraient pas correctement remplir leur rôle, ils n'offriraient pas une sécurité satisfaisante.

Ainsi la lettre de change permet à un créancier d'obtenir du bénéficiaire de la traite le paiement de sa créance contre le tiré avant l'échéance, c'est le cas lorsque la traite est émise au profit d'un banquier qui accepte de l'escompter. De même le créancier qui a obtenu une copie exécutoire à l'ordre pourra obtenir du porteur, bénéficiaire de ce titre, des avances de fonds. Mais il est bien certain que ce bénéficiaire ne consentira à s'engager, et les endosseurs successifs pas davantage, que s'il est certain de ses droits contre les signataires (tireur, tiré, endosseurs antérieurs) sans risquer de voir opposer les exceptions résultant de rapports fondamentaux pouvant exister entre eux et auxquels il est étranger. D'où le principe de l'inopposabilité des exceptions.

Ceci explique pourquoi il est précisément dérogé à ce principe, comme en matière de délégation, lorsque le bénéficiaire (le délégataire) était de mauvaise foi, c'est-à-dire avait traité en connaissant le vice du rapport fondamental.

A vrai dire, l'art. 121 du C. de Com., l'art. 22 du décret-loi du 30 octobre 1935 et l'art. 8 de la loi du 15 juin 1976 emploient une formule plus étroite pour définir cette dérogation, en s'inspirant sur ce point beaucoup

... à supposer :
que celui-ci ne :
soit pas de mauvaise foi :

ble supposent l'existence de rapports antérieurs que l'on appelle rapports fondamentaux; ils engendrent de nouveaux rapports dits rapports cambiaires. Les premiers sont la cause des seconds, mais il s'agit de savoir si cette cause joue un rôle ou si les engagements cambiaires valent abstraction faite de cette cause, c'est-à-dire sont des engagements abstraits.

plus de la conception anglaise que de celle des droits continentaux dont la rencontre a abouti à la convention de Genève de 1930. Les textes parlent du porteur qui en acquérant la lettre, le chèque ou la copie exécutoire "a agi sciemment au détriment du débiteur". Il ne suffit donc pas que le bénéficiaire (que la loi appelle le porteur) connaisse le vice du rapport fondamental pour qu'il lui soit interdit de bénéficier de l'inopposabilité des exceptions nées de ce rapport, il faut en outre qu'il ait eu connaissance, en acceptant un endossement à son profit dans ces conditions, qu'il causait un préjudice à son débiteur cambiaire en le mettant dans l'impossibilité "de se prévaloir, vis-à-vis du tireur ou d'un précédent endosseur, d'un moyen de défense issu de ses relations avec ces derniers". (La formule est de la Cour de cassation : Com. 26 juin 1956, J.C.P. 1956.II.9600 note Roblot).

Sous cette réserve, le principe est donc celui de l'inopposabilité, dans les relations nées entre le bénéficiaire du titre et les signataires de celui-ci des exceptions nées des rapports fondamentaux entre eux.

Encore faut-il apporter des précisions sur deux points : dans quelle mesure cette inopposabilité des exceptions peut-elle être rattachée au caractère abstrait du titre ? Dans quelle mesure le rapport fondamental est-il sans influence sur le rapport auxiliaire ?

1.- Il faut distinguer deux sortes d'exceptions inopposables. Comme il l'a fait pour la délégation, M. Larroumet précise (N° 241) qu'il faut mettre à part les exceptions dont l'inopposabilité résulte du caractère direct du droit direct du :
bénéficiaire :
se justifie donc sans qu'il soit nécessaire d'invoquer le caractère abstrait de celui-ci.

Le droit direct permet au dernier endossataire d'agir directement contre le souscripteur sans passer par l'intermédiaire des titulaires antérieurs, il lui permet d'éviter les exceptions qui pourraient être nées des rapports entre les titulaires successifs. Peu importe à cet égard que le titre soit abstrait ou non.

Mais pour assurer au titre sa pleine efficacité comme instrument de crédit on met aussi son titulaire à l'abri des exceptions pouvant naître des relations entre le tireur et le tiré : le débiteur qui a accepté une lettre

de change, le débiteur qui a accepté de signer un engagement garanti par une hypothèque est lié envers le porteur du titre constatant cet engagement

L'inopposabilité: quelle que soit la valeur de sa dette des autres ex- : envers le tireur ou le créancier hypothèque s'ex- : pothécaire initial. Cette dette qui est plique par le : la cause de l'engagement cambiaire ou caractère abs- : de l'engagement hypothécaire à ordre, trait de l'en- : est sans influence sur la valeur de ces gagement cam- : engagements. Le signataire du titre ne biaire ou : peut opposer les exceptions fondées sur hypothécaire : ses "rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs" (art.

121 C. de Com.)" avec les créanciers antérieurs (art. 8 loi du 15 juin 1976). L'obligation née de la signature du titre est abstraite de sa cause et c'est ainsi que l'on peut expliquer l'inopposabilité de ces exceptions que le caractère direct du droit du bénéficiaire ne saurait ex-

pliquer.
Les exceptions inopposables à raison du caractère abstrait du titre sont donc celles qui sont fondées sur le rapport fondamental entre le signataire et le tireur (ou le créancier initial) ou entre le signataire et les porteurs antérieurs.

Ces précisions permettent de distinguer deux sortes d'exceptions inopposables, les unes le sont à raison du droit direct, les autres à raison du caractère abstrait de l'engagement.

Mais il en est d'autres qui sont au contraire parfaitement opposables.

2° - Le rapport fondamental existe tant entre le tireur et le tiré (ou entre le créancier initial et le débiteur) au cas d'émission d'une copie exécutoire) n'est pas absolument sans influence sur les droits constatés par le titre.

a) D'abord, nous avons dit que la transmission : dans le droit du change ce rapport est de la propriété : appelé "provision". Or l'art. 116 du Code de Commerce dispose dans son alinéa 3 que "la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change".

Cela veut dire, semble-t-il, que le porteur (endossataire) est devenu titulaire de la créance du tireur contre le tiré. On en conclut que le tireur ne peut plus disposer de sa créance après acceptation du tiré ou après qu'il ait été lui-même déclaré en règlement judiciaire ou en liquidation des biens.

Pratiquement la règle a un intérêt dans ce dernier cas, elle conduit à interdire au tiré de payer le syndic de la faillite du tireur, elle équivaut à conférer au porteur un privilège sur la provision. Mais la règle ne va pas plus loin et on ne saurait en déduire que le bénéficiaire, sous prétexte qu'il a acquis la propriété de la provision, c'est-à-dire une créance, n'a pas plus de droits que le créancier c'est-à-dire que le tireur contre le tiré. Le caractère abstrait du titre l'emporte, il entraîne l'inopposabilité des exceptions que le tiré aurait pu opposer au tireur.

Mais ce caractère abstrait disparaît lorsqu'on considère non plus les droits du bénéficiaire contre le tiré mais les relations de celui-ci avec le tireur.

b) En effet, la dette du tiré envers le tireur n'est pas une obligation abstraite, elle a sa cause dans le rapport fondamental qui les unissait : et sa valeur dépend de cette cause.

On pourrait en douter à la lecture de l'art. 128 du Code de Commerce qui consacre l'effet de l'acceptation de la lettre de change par le tiré : "par l'acceptation, le tiré s'oblige à payer la lettre de change à l'échéance". Ceci veut dire qu'il y a un engagement cambiaire du tiré envers le tireur. Et le 2ème alinéa de l'art. 128 ajoute : "A défaut de paiement, le porteur, même s'il est le tireur, a contre l'accepteur une action directe née de la lettre de change pour tout ce qui peut être exigé en vertu des articles 152 et 153". Ce droit direct ne veut-il pas dire que le tireur a un droit nouveau indépendant du rapport fondamental, c'est-à-dire que la dette du tiré contre le tireur est devenue une dette abstraite de sa cause ?

La Cour de cassation a répondu par la négative. (Req. 13 mai 1942, J.C.P. 1942.II.1935, note Lescot, Com. 9 nov. 1954, J.C.P. 1954.II.8428, 14 mai 1958, D.1958.671). Si le tireur peut exercer contre le tiré accepteur une action de change directe avec tous les avantages qu'elle présente

pour lui, le tiré peut toujours opposer au tireur les moyens de défense fondés sur le rapport fondamental et notamment celui de la nullité "du contrat qui a été la cause de la création de la lettre de change" (Req. 13 mai 1942 précité).

C'est ainsi que si une traite qui a été acceptée avait été tirée en règlement d'une livraison de marchandises, le tiré peut refuser de payer le tireur si ces marchandises n'ont pas été livrées (Com. 14 mai 1958 précité) ou si la marchandise livrée était inutilisable à raison de ses nombreux défauts (Com. 9 nov. 1954 précité).

La Cour de cassation fonde sa solution sur l'argument que si l'acceptation d'une lettre de change suppose la provision, cette présomption de provision est susceptible de preuve contraire (Sur la question : Lescot. Des exceptions opposables par le tiré au tireur d'une lettre de change, J.C.P. 1942.1.252; Bouteron. De l'inopposabilité des exceptions à l'action directe du tireur d'une lettre de change. Gaz. Pal. 1955.1 p. 1 et s.).

Il en résulte que l'engagement du tiré envers le tireur résultant de son acceptation n'est pas un engagement abstrait. Il se superpose à l'engagement antérieur qui en constitue la cause et sa valeur dépend de cette cause.

M. Larroumet a pu conclure : "l'engagement cambiaire n'est pas séparé de sa cause dans les rapports du tiré et du tireur alors qu'il est, au contraire, un engagement abstrait dans les rapports du tiré avec le preneur ou un endossataire" (Larroumet, op. cit. n° 245).

Plus généralement le rapport fondamental ne saurait être écarté quant à l'obligation de celui qui est partie à ce rapport. Il n'y a d'engagement abstrait qu'au profit des tiers de bonne foi à ce rapport.

Ainsi une place doit-elle être faite aux contrats abstraits en droit français mais à titre exceptionnel et ces contrats n'ont leur place que parmi ceux qui consacrent une opération triangulaire ayant pour objet une obligation.

Chapitre III

+++++
+++++
+++++
+++++
+++++

LES FORMALITES

Les contrats ayant pour objet une obligation sont-ils soumis à des règles particulières de forme ? Il est difficile de donner de prime abord une réponse générale à une question aussi générale.

Aussitôt il apparaît que doivent être mises à part les opérations relatives aux titres négociables, c'est-à-dire aux créances constatées par de tels titres. Leur particularisme nous est déjà apparu à propos de la cause, il est lié à leur particularisme quant à la forme, car si les opérations auxquelles donnent lieu de tels titres sont abstraites c'est parce qu'elles sont formelles; le lien entre le caractère abstrait et formel est démontré par l'Histoire. Nous devons donc considérer spécialement les opérations ayant pour objet une créance constatée par un titre négociable.

Mais au préalable il faut considérer toutes les autres avec les opérations dont les créances peuvent être l'objet et qui ne sont pas des négociations au sens technique du terme.

Nous commencerons par elles en leur consacrant une première Section; nous considérerons ensuite les opérations ayant pour objet une créance constatée par un titre négociable dans une deuxième Section.

Section I

+++++
+++++
+++++
+++++

Les contrats ayant pour objet une obligation quelconque

Le principe du : celui du droit français est celui du consensualisme. Il s'applique aux contrats ayant pour objet une obligation comme aux autres. Ces contrats se forment donc par le simple échange des consentements;

un écrit peut être établi mais il n'est utile qu'en vue de préconstituer une preuve.

Mais ce principe, en cette matière comme en toute autre, comporte des exceptions et c'est de celles-ci qu'il doit surtout être question.

Dans certains cas exceptionnels des formalités s'imposent et elles sont exigées soit au moment de la conclusion du contrat, soit postérieurement à cette conclusion.

Sous-Section I

Les formalités requises lors de la conclusion du contrat

Aux contrats consensuels qui se concluent valablement sans formalités on oppose les contrats solennels et les contrats réels. On peut relever parmi les contrats ayant pour objet une obligation des contrats solennels et on peut se demander s'il n'y a pas parmi eux des contrats réels.

§ 1 - Les contrats solennels

Ces contrats sont exceptionnels en notre matière, mais ils existent pour trois raisons : pour respecter le parallélisme des formes; pour assurer plus de sécurité; pour prévenir la fraude.

I - Le parallélisme des formes

La solennité peut s'imposer lors-
La modification : que le contrat a pour objet la modifi-
d'un contrat : cation d'un contrat qui était lui-même
solennel, par exp. parce qu'il avait dû
être notarié (comme celui qui contenait
une constitution d'hypothèque) parce qu'il était soumis à
la formalité de l'enregistrement (comme la promesse unila-
térale de vente).

Mais il n'en est ainsi que si la modification conve-
nue contient des dispositions qui, par leur nature, relè-
vent de la solennité.

Si par exemple, un emprunt avait été contracté avec
constitution d'hypothèque, il a dû être constaté par un

acte authentique. Si les parties veulent conclure une nou-
velle convention en vue de modifier le terme convenu pour
le remboursement, elles devront respecter les règles de
solennité requises pour la constitution d'hypothèque.

Mais il n'en est ainsi que parce que la protection
résultant de l'authenticité doit être assurée aussi bien
lors de la modification de l'acte originaire que lors de
sa conclusion. Dans l'exemple choisi de la constitution
d'hypothèque, cette protection est celle du débiteur et
non celle du créancier; on doit en conclure que la renon-
ciation à l'hypothèque consentie par le créancier n'est
pas soumise à la règle de l'authenticité.

C'est ainsi qu'on peut se demander si les formes de
la modification du contrat de mariage imposées par l'art.
1397 du C. civ. s'imposent aux modifications des clauses
qui, bien que figurant au contrat de mariage, sont étran-
gères au régime matrimonial (Sur tous ces points V. Chozi.
La modification de l'obligation par la volonté des parties,
Thèse précitée, p. 240 et s.).

Les formes qui peuvent être ainsi imposées ne sont pas
des formes spécifiques au contrat ayant une obligation pour
objet. Nous allons, en revanche, rencontrer ces formes spé-
cifiques avec celles qui sont prescrites en matière de su-
brogation personnelle soit pour assurer la sécurité de
l'opération, soit pour prévenir des fraudes.

.II - La sécurité de l'opération

La subrogation personnelle est sou-
Les formes de la: mise par l'art. 1250 à des conditions
subrogation con-: de forme, l'art. 1250 1^o fixant les for-
sentie par le : mes de la subrogation consentie par le
créancier : créancier, l'art. 1250 2^o celles de la
subrogation consentie par le débiteur.
Nous allons retrouver celle-ci, il convient d'abord de
s'arrêter à la première.

L'art. 1250 1^o dispose que "cette subrogation doit
être expresse et faite en même temps que le paiement".

La seconde condition n'est pas à vrai dire une con-
dition de forme, elle est relative au moment où la subro-
gation peut être accordée : avant le paiement ce serait
trop tôt, après le paiement ce serait trop tard. Il en est
ainsi parce que la subrogation suppose un paiement et que
tant que celui-ci n'a pas eu lieu, il ne peut être ques-
tion que d'une promesse de subrogation et surtout qu'après

Le paiement la créance est éteinte et qu'il n'est plus possible de l'attribuer à un autre créancier si la subrogation n'a pas été conclue au moment du paiement.

En revanche, c'est une condition de forme qu'impose l'art. 1250 1° quand il exige une subrogation expresse.

On peut se demander si cette exigence est justifiée. On l'explique généralement en disant qu'une stipulation subrogation : exprime a l'avantage d'éviter incertitudes et contestations sur la nature de l'acte dont on pourrait peut-être se demander, à défaut de disposition expresse, s'il s'agit d'un paiement pur et simple ou d'un paiement avec subrogation, d'une subrogation ou d'une cession de créance.

Un paiement non extinctif, comme le paiement avec subrogation a un caractère exceptionnel, il ne saurait être présumé; les tiers et notamment les autres créanciers du débiteur ont intérêt à être fixés sur l'extinction ou la transmission de la créance faisant l'objet du paiement.

Une subrogation expresse est donc exigée pour des raisons de sécurité.

Mais cette sécurité n'impose pas nécessairement une application très rigoureuse de la règle et on peut préférer la souplesse.

Il n'est pas nécessaire que l'on emploie des termes sacramentels tels que le mot "subrogation" ou "subroger". Il suffit que la volonté de réaliser une subrogation véritable soit exprimée assez clairement et le juge pourrait la découvrir en l'absence de termes aussi précis. C'est du moins l'opinion de la doctrine unanime, mais on ne trouve pas beaucoup de décisions consacrant nettement cette possibilité d'interprétation.

On peut même relever un arrêt de la Cour de Paris du 23 janvier 1970 (J.C.P. 1971.II.16837 note Gavalda) statuant en matière de "factoring", qui a écarté la subrogation au motif "qu'en l'espèce le tampon apposé sur les factures ne comporte pas le mot "subrogation"; que son texte est ambigu". Le tampon contenait la mention suivante : "seul sera considéré comme libératoire un paiement entre les mains de la Société F.F.I.F." (la société qui se prétendait subrogée).

Le plus souvent les mots "subrogé" ou "subrogation" sont utilisés, mais ils ne sont pas nécessairement déterminants.

D'une part, les parties les utilisent parfois on y ajoutant d'autres espérant que cette accumulation apportera le maximum de certitudes; ainsi on dit céder, subroger, déléguer... ce qui a pour résultat d'établir une confusion totale qu'il appartient au juge de dissiper s'il le peut.

D'autre part, l'utilisation du mot subrogation n'est pas nécessairement décisif car il appartient au juge de passer la qualification donnée par les parties à l'acte pour rechercher la véritable nature de celui-ci. C'est ainsi qu'avant que la loi n'accorde elle-même la subrogation dans ce cas, la clause d'une police d'assurance par laquelle l'assuré était dit subroger l'assureur dans ses actions a pu être interprétée comme une cession de créance éventuelle ou une simple promesse de subrogation. (Sur tous ces points V. J. Mestre. La subrogation personnelle. Thèse précitée, p. 71).

Les formalités ont une plus grande importance dans la subrogation consentie par le débiteur. Elles tendent alors en effet à prévenir la fraude.

III - La prévention de la fraude

C'est en vue de prévenir des fraudes possibles que la loi subordonne à la subrogation : des formes particulières la subrogation consentie par le débiteur.

Nous avons vu en effet (supra p. 57 et s.) que cette subrogation est à la fois anormale et dangereuse; elle est anormale parce qu'elle permet au débiteur de disposer du droit du créancier sans l'accord de celui-ci, elle est dangereuse ou du moins elle le serait si elle permettait au débiteur de subroger frauduleusement un tiers complice dans une créance hypothécaire au détriment des droits d'un créancier de rang inférieur.

Rappelons en effet l'hypothèse : un débiteur emprunte en vue de se procurer des fonds pour le paiement et il subroge le prêteur dans les droits du créancier que le prêt lui permet de désintéresser. Le danger est le suivant : un débiteur ayant payé sa dette purement et simplement et ayant par la suite besoin de fonds pourrait en obtenir d'un prêteur au moyen d'un acte antidaté disant inexactement

ment que les fonds ont servi à payer la dette, ce qui ferait revivre les garanties de la créance éteinte au profit du prêteur et au détriment des autres créanciers non encore désintéressés. La fraude pourrait aussi consister dans la conclusion au moment du paiement d'un prêt fictif consenti par un complice avec mention de subrogation, le complice pouvant ultérieurement primer les créanciers subsistants.

... et les for- : C'est bien pour éviter ces fraudes malités imposées: que l'arrêt des subrogations de 1690 pour les éviter : avait subordonné la subrogation de la part du débiteur à des formalités particulières qui ont été reprises par l'art. 1250 2° (J. Mestre, op. cit. n° 77 et s.).

Ces formalités doivent être scrupuleusement respectées, mais leur sanction est aménagée uniquement dans l'intérêt des tiers qu'elles tendent à protéger.

A - Les formalités de l'art. 1250 2°

La subrogation consentie par le débiteur suppose normalement deux actes : un emprunt et un paiement. Nous avons vu d'ailleurs que la notion d'emprunt peut être entendue largement, il suffit que le subrogé ait procuré les fonds ayant permis le paiement et ce peut être par un prêt ou tout autre moyen, fût-ce par un prêt nul (supra p. 65). Nous raisonnerons sur l'hypothèse normale qui est celle du prêt.

Normalement ces deux actes, le paiement et le prêt, doivent être constatés par écrit et on peut soit établir deux actes, l'un constatant l'emprunt, l'autre constatant le paiement, c'est-à-dire donnant quittance du prix, soit constater les deux opérations dans un acte unique.

Ces actes peuvent être dressés au moment de l'opération qu'ils constatent ou ultérieurement. Aubry et Rau avaient soutenu l'opinion contraire, mais cette opinion n'a pas prévalu et rien n'interdit de dresser l'acte d'emprunt après que les derniers prêts aient été versés à l'emprunteur (Req. 15 mars 1897, D. 1897.I.364, Angers 7 juillet 1897, D. 1900.2.472) ni à l'inverse, de dresser l'acte de prêt avant le versement des derniers notamment lorsqu'il s'agit de consentir une ouverture de crédit (Req. 28 avril 1863, D. 1863.1.329).

En outre il n'est pas nécessaire que l'emprunt et le

paiement aient lieu simultanément. Le paiement peut avoir lieu plus tard, ce qui peut être dangereux pour le prêteur surtout s'il s'écoule un trop long délai entre le prêt et le paiement, l'emprunteur pouvant dissiper les fonds ou même consentir d'autres subrogations. Le prêteur a donc intérêt à ne pas se dessaisir des fonds avant le paiement (V. J. Mestre, op. cit. n° 81 et s.).

En revanche l'art 1250 2° impose deux formalités : l'emprunt et le paiement doivent être constatés par un acte authentique; les actes doivent contenir une double déclaration relativement à l'origine et à l'emploi des fonds.

1° - L'authenticité

Les actes doi- : Aux termes de l'art 1250 2° pour vent être : que la subrogation consentie par le débiteur soit valable il faut "que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires".

La forme authentique est exigée pour prévenir deux fraudes possibles. La première est celle de l'antidate : le débiteur pourrait en vue de se procurer des fonds accorder la subrogation à un prêteur dans une créance antérieurement éteinte par un paiement pur et simple, en antidatant l'acte et en déclarant frauduleusement que l'emprunt servira à acquitter la dette qui l'a déjà été. L'acte notarié ne peut pas être antidaté.

Mais l'antidate n'est pas la seule fraude possible et pour l'éviter il aurait suffi d'exiger un écrit ayant date certaine. En imposant le recours au ministère d'un notaire la loi pense éviter un concert frauduleux qui, même sans antidate, aboutirait à altérer les droits des créanciers hypothécaires inscrits. Le débiteur pourrait en effet tous jours s'entendre avec un tiers complice pour que celui-ci joue lors du paiement le rôle fictif d'un prêteur obtenant la subrogation et vienne ensuite primer les créanciers de rang inférieur à celui qui a été désintéressé, le débiteur recouvrant ainsi ce qu'il a payé, sous le non du faux prêteur. La présence d'un officier ministériel évitera penset-on cette fraude.

Le rôle de cette authenticité permet d'en déterminer le domaine d'application. Souvent la forme authentique est exigée pour la protection des parties, ici elle l'est pour assurer la sécurité des tiers. On peut ainsi expliquer deux solutions qui sont généralement proposées.

La formalité : être exigée aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile car le danger à prévenir est le même sans les deux cas.

D'une part, la forme notariée doit être exigée aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile car le danger à prévenir est le même sans les deux cas.

D'autre part, alors que normalement quand un acte doit être constaté en la forme authentique cette forme s'impose aussi pour la procuration en vue de conclure cet acte, il en est autrement en matière de subrogation de la part du débiteur (Civ. 5 août 1891, D.1892.1.217, S.1892.1.57, note Garsonnet). Habituellement l'authenticité de la procuration protège la partie qui se fait représenter, or ici il n'y a pas à protéger les parties à l'acte mais les tiers au détriment desquels il pourrait être conclu. Ils le sont par l'authenticité des actes constatant l'emprunt et le paiement, l'authenticité de la procuration n'ajouterait rien à cette protection.

La double déclaration de l'origine et de la destination des deniers :

2° - La double déclaration

L'art. 1250 2° exige une double déclaration :

- dans l'acte d'emprunt, la déclaration que la somme empruntée l'a été pour le paiement;

- dans la quittance, la déclaration que le paiement a été effectué avec les deniers fournis par le subrogé, c'est-à-dire par le prêteur.

Si l'emprunt et le paiement sont constatés par un acte unique, il y a lieu d'inclure les deux déclarations dans cet acte.

Cette double déclaration est imposée comme l'authenticité pour éviter les fraudes dont nous avons parlé c'est-à-dire la résurrection d'une créance éteinte, et donc de l'hypothèque la garantissant, au détriment des créanciers qui perdraient ainsi le rang qu'ils avaient acquis après le désintéressement de celui qui les créait.

Mais la loi n'exige pas cette fois une déclaration expresse de subrogation comme elle le fait pour la subrogation consentie par le créancier. L'intention de subrogation résulte suffisamment de la double déclaration que des sommes ont été empruntées pour la paiement et qu'elles ont effectivement été utilisées pour celui-ci. L'arrêt

des subrogations de 1690 exigeait cependant mention de la subrogation.

3 - Les sanctions des formalités de l'art. 1250 2°

L'inopposabilité : Les formalités de l'art. 1250 2° sont exigées dans l'intérêt des tiers aux tiers de la : et pour mettre ceux-ci à l'abri d'une subrogation irrégulière en la : fraude, leur sanction est donc dans l'inopposabilité aux tiers de la subrogation qui n'aurait pas respecté les formes prescrites (Civ. 11 janvier 1933, D.1935.1.179).

Les parties ne pourraient se prévaloir de l'inopposabilité de ces formes dans leurs rapports réciproques, les actes conclus demeurent donc valables pour elles. C'est ainsi que la quittance constatant le paiement vaut comme preuve d'un paiement pur et simple si elle est sous-seing privé ou si elle ne contient pas la mention que le paiement a été fait de deniers empruntés; l'acte d'emprunt vaut comme contrat de prêt pur et simple s'il ne respecte pas les formes et s'il ne contient pas la déclaration de l'art. 1250 2°.

Fais pour être opposable aux tiers la subrogation doit être faite dans les formes légales et l'irrégularité ne serait pas susceptible d'être ouverte.

C'est dans cette mesure que la loi déroge, pour les contrats ayant pour objet une obligation, au principe de consensualisme pour imposer des règles de solennité. On peut se demander si elle ne déroge pas d'une autre manière au même principe en imposant le recours à un contrat réel.

§ 2 - La question des contrats réels

On peut se demander si dans certains cas le contrat ayant pour objet une obligation n'est pas un contrat réel, c'est-à-dire un contrat ne pouvant se former valablement que par la remise d'une chose. La question se pose lorsqu'une créance est mise en gage.

Le gage des créances est en effet un des contrats ayant pour objet une obligation qui entre dans le cadre de notre étude. Or le contrat de gage suppose, réserve faite des gages sans dépossession qui sont aujourd'hui nombreux,

que la chose donnée en gage soit remise entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu (art. 2076 du C. civ.) ; on en conclut généralement que le contrat de gage est un contrat réel.

Cette formalité s'impose-t-elle au cas de mise en gage d'une créance ? Si oui faut-il en conclure que ce contrat est un contrat réel ?

1° - Les formalités de la constitution d'un gage sur une créance

La remise de la chose au gageiste ou à un tiers convenu se conçoit bien lorsque la chose donnée en gage est une chose corporelle et on pourrait concevoir que l'art. 2076 ne s'applique que dans ce cas.

D'ailleurs l'art. 2075 relatif au gage "sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières" paraît vouloir soumettre le gage des créances à des formalités particulières, celle de l'acte écrit et confié au débiteur de la créance donnée en gage. Il s'agit des formalités prévues par l'art. 1690 pour la cession de créance et que nous retrouverons dans la Sous-Section II. On aurait pu penser que ces formalités suffiraient à la constitution d'un gage sur une créance.

Les formalités : gage "sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières" :

à des formalités particulières, celle de l'acte écrit et confié au débiteur de la créance donnée en gage. Il s'agit des formalités prévues par l'art. 1690 pour la cession de créance et que nous retrouverons dans la Sous-Section II. On aurait pu penser que ces formalités suffiraient à la constitution d'un gage sur une créance.

Mais la jurisprudence est en outre de ces formalités la remise du titre constitutif de la créance (Civ. 20 janvier 1886, D. 1886.1.305 note Lyon-Caen ; Civ. 24 févr. 1903, D. 1903.1.561 ; 27 janv. 1903, D. 1910.1.522, S. 1910.2.537).

Cette jurisprudence a été à bon droit critiquée. D'une part, la remise du titre n'est pas une garantie efficace. On veut éviter que le titulaire de la créance donnée en gage ne puisse se faire payer au détriment du gageiste. Mais il pourra parfois se faire remettre un autre titre et donc obtenir ainsi paiement.

D'autre part, cette remise est difficile si précisément la créance n'est pas constatée par un titre comme celle qui résulte de la loi ou encore s'il s'agit d'une part sociale qui n'a pas donné lieu à l'émission d'un titre. C'est ainsi que certaines décisions ont estimé que

les parts sociales ne pouvaient en pareil cas faire l'objet d'un nantissement faute de pouvoir accomplir la formalité de la mise en possession du gage (Rennes 6 janv. 1905, D. 1906.457 note Dalsace) ; Trib. com. Seine 25 avril 1905, Journ. des agrées 1905 p.20).

Mais la jurisprudence se montre parfois plus souple. Parfois on se contentera de la remise du contrat générateur du droit mis en gage, comme de l'acte de société conférant les parts sociales (Trib. gr. inst. Paris 3 nov. 1907, Gaz. Pal. 1908.1.269).

D'autres décisions vont même jusqu'à dispenser de la remise du titre lorsque la créance ne comporte pas de titre : Douai 19 avril 1906 (D. 1906.343, Rev. trim. de droit civil 1906 p. 562 Observ. Solus ; Paris 10 oct. 1904 (D. 1905.125).

L'arrêt de la Cour de Douai statue sur la mise en gage, en garantie d'une ouverture de crédit, d'une créance résultant de la loi et il admet que, faute d'existence matérielle du titre lors de la constitution du gage, l'existence de la remise du titre ne pouvait être imposée.

La Cour de Paris statue sur la mise en gage de parts sociales qui ne pouvaient donner lieu à la création de titres ; cette circonstance rendait impossible la tradition matérielle, celle-ci était donc inutile. On est alors très loin du contrat réel.

Cependant il faut signaler que la loi a organisé une formalité comparable à la remise de la chose par le procédé de "la mise à la disposition". C'est la loi du 31 décembre 1909 qui a voulu faciliter la mobilisation du crédit à long terme ; son art. 16 prévoit le cas où des banques ont consenti des prêts hypothécaires à long terme et veulent mobiliser leur créance sur le marché hypothécaire, ces banques peuvent alors émettre des billets à ordre qui peuvent être acquis par le Crédit Foncier de France. Pour assurer la garantie des droits de celui-ci les contrats constituant les créances avec leurs garanties hypothécaires doivent être mis à la disposition du porteur du billet à ordre, si celui-ci en fait la demande, pour un montant en capital égal au montant du capital du billet à ordre.

La formalité de : loi a organisé une formalité comparable la mise à la : à la remise de la chose par le procédé de "la mise à la disposition". C'est la disposition : loi du 31 décembre 1909 qui a voulu faciliter la mobilisation du crédit à long terme ; son art. 16

caliter la mobilisation du crédit à long terme ; son art. 16 prévoit le cas où des banques ont consenti des prêts hypothécaires à long terme et veulent mobiliser leur créance sur le marché hypothécaire, ces banques peuvent alors émettre des billets à ordre qui peuvent être acquis par le Crédit Foncier de France. Pour assurer la garantie des droits de celui-ci les contrats constituant les créances avec leurs garanties hypothécaires doivent être mis à la disposition du porteur du billet à ordre, si celui-ci en fait la demande, pour un montant en capital égal au montant du capital du billet à ordre.

Cette mise à la disposition consiste normalement en la mise des contrats sous un dossier au nom du porteur du billet. Mais elle peut être remplacée par l'établissement d'une simple liste nominative des créances correspondant aux contrats.

La loi précise que la mise à la disposition au profit du porteur du billet à ordre exposte, sans autre formalité, constitution du gage au profit des porteurs successifs (Loi 31 déc. 1903, art. 16 IV). Sur la question : Vassaux. Modèle nouveau de cession et de nantissement de créance en droit bancaire. Revue, 1970 p. 1 et s.).

Mais à supposer que de telles formalités soient nécessaires, peut-on dire que le contrat de mise en gage d'une créance est un contrat réel ?

2° - Le contrat de gage des créances est-il un contrat réel ?

La question est une portée plus générale, elle veut pour tous les contrats de gage et pas seulement pour ceux qui ont pour objet une créance; elle est même plus vaste car il s'agit de savoir si, d'une manière générale, il existe des contrats réels. Nous ne nous en occupons donc l'étudier ici dans toute son ampleur (V. Marty et Bernaud. Les obligations, n° 6.). Nous nous bornons à la poser pour les contrats qui nous occupent.

N'abord on peut douter du caractère des raisons de : réel du contrat de gage en général sur-douter du caractère : tout au moins où se sont développés les deux réels de : gages sans dépossession qui peuvent se contracter de gage : constituer sans renferme d'une chose, sans des créances : déplacement de la possession. Or peut un contrat consensuel qui se forme par le seul échange des consentements et que la remise de la chose engagée n'est que l'exécution d'une obligation de titulaire de la créance garantie.

On peut d'ailleurs se demander si pour le gage en général et surtout pour le gage des meubles incorporels et des créances les formalités de la remise de la chose ou du titre ne sont pas seulement des formalités de publicité dont l'observation ne serait sanctionnée que par l'opposabilité aux tiers de la constitution du gage (V. Marty et Bernaud. Les obligations, n° 79 et 79 bis).

La jurisprudence sur ce point est incertaine et on a pu relever que les arrêts qui affirment le caractère réel du contrat de gage n'en tirent d'autre conclusion que l'opposabilité de la constitution du gage lorsque la chose n'a pas été remise au créancier (Com. 19 février 1955. Bull. Civ. 1958.I.III n° 82). Si le contrat était un contrat réel, la remise de la chose conditionnerait non seulement son opposabilité aux tiers mais sa validité inter partes.

On ne saurait donc affirmer sans de fortes hésitations qu'il y a des contrats réels parmi les contrats ayant pour objet une obligation.

Si la remise du titre n'est pas une condition de formation du contrat, elle peut intervenir ultérieurement comme paraît l'admettre la jurisprudence (Civ. 21 mars 1938 (Gaz. Pal. 1938.2.13, D.H.1938.257), il s'agit alors de ces formalités postérieures à la conclusion du contrat auxquelles nous arrivons.

+++++ Sous-Section II

+++++ Les formalités postérieures à la conclusion du contrat

La loi impose parfois des formalités après la conclusion du contrat. Il s'agit essentiellement de celles qui sont prévues par l'art. 1690 pour la cession de créance et par l'art. 2075 pour la constitution de gage sur un meuble incorporel et notamment sur une créance. Ces textes prescrivent la signification au débiteur dont l'art. 1690 dispose qu'elle peut être remplacée par l'acceptation du transport par le débiteur dans un acte authentique.

Mais il faut préciser en quoi consistent exactement ces formalités et si elles sont les seules; il faut aussi se demander quel est exactement leur rôle. Ce sera l'objet des deux paragraphes qui vont suivre.

+++++ § 1 - Les formalités

Il convient d'abord de décrire ces formalités. L'art. 1690 en prescrit deux dont une seule d'ailleurs suffit : la signification au débiteur ou l'acceptation du transport

faite par le débiteur dans un acte authentique. Mais nous allons constater que le formalisme de l'une et de l'autre de ces mesures a été parfois atténué et qu'il y a place pour d'autres moyens d'information du débiteur que la signification et pour d'autres acceptations que celle qui est contenue dans un acte authentique.

Pour cela il y a lieu d'abord de décrire les formalités légales et de se demander ensuite si elles s'imposent toujours ou si elles sont susceptibles d'être remplacées par des équivalents.

+++++ I - Les formalités prévues par la loi

Ces formalités sont de deux types : les unes sont des mesures d'information du débiteur; les autres tendent à constater l'acceptation de celui-ci. Il devra être procédé aux unes ou aux autres.

A - L'information du débiteur

La loi organise l'information du débiteur de la créance cédée ou donnée en gage. Pour cela deux procédés sont possibles : le premier est celui du droit commun, il est prescrit par l'art. 1690: c'est la signification; mais il en est un autre qui est plus simple et que la loi admet dans des cas particuliers : c'est la notification par lettre recommandée.

1° - La signification

Pour la cession de créance l'art. 1690 prescrit "la signification du transport faite au débiteur"; pour la mise en gage des créances l'art. 2075 parle d'"un acte public ou sous-seing privé... signifié

Les textes : au débiteur de la créance donnée en gage"; et l'art. 91 al. 5 du Code de Commerce soumet à la même formalité le gage commercial des créances à personne dénommée.

Sans entrer dans une étude détaillée de cette signification nous rappellerons ses règles essentielles.

La loi veut que le débiteur soit sûrément informé de la cession, ou de la constitution de gage. Pour cela elle exige le moyen d'information qui lui pa-

Le signification:
par acte :
d'huissier.... :
sûrement informé de la cession, ou de la constitution de gage. Pour cela elle exige le moyen d'information qui lui pa-

raît offrir le plus de garanties, c'est-à-dire la signification suivant les formes prévues par le Code de Procédure civile. La signification est une notification faite par acte d'huissier de justice (art. 651 al. 2 du nouveau Code de procédure civile) et ses formes sont réglées par les art. 653 et s. N.C.pr.civ.; il convient donc de les respecter.

Cependant la jurisprudence n'exige... ou du moins : pas toujours la signification proprement dite et elle se contente d'une notification qui ne serait pas une signification pourvu qu'il s'agisse d'un acte authentique énonçant la cession. Ce serait le cas notamment de l'assignation en paiement qui mentionnerait l'acte de cession (Civ. 4 mars 1931, D.1933.1.173, note Radouant, 17 février 1937, D.H.1937.221).

La signification peut être faite Par qui et à qui : par le cédant ou par le cessionnaire, doit être faite : par le débiteur qui donne une créance la signification : en gage ou par le gagiste; mais c'est évidemment le cessionnaire ou le gagiste qui ont le plus intérêt à cette signification; ils ne pourraient contraindre le cédant ou le débiteur à y procéder et, si besoin est, il leur appartient d'y procéder eux-mêmes.

En principe la signification est faite au débiteur cédé, en cas de cession de créance, au débiteur de la créance donnée en gage, au cas de nantissement. Il en est ainsi parce que c'est le débiteur qui doit payer et il est normal que ce soit lui qui soit informé de la personne à laquelle le paiement doit être fait.

Si exceptionnellement c'est un autre que le débiteur qui paiera, la signification doit être faite à celui-ci. C'est le cas où les fonds destinés au paiement sont entre les mains d'un tiers détenteur (Com. 15 juillet 1952, D. 1952, 704). La Cour de cassation précise : "que l'art. 1690 C. civ. exige uniquement que la signification touche celui qui doit payer, soit le débiteur lorsque c'est à lui qu'incombe la charge, soit dans le cas contraire, le dépositaire qui, sans être personnellement tenu de la dette, a en sa possession les deniers affectés à la créance" (Il s'agissait en l'espèce de la Caisse des Dépôts et consignations).

Les formalités de la signification peuvent parfois paraître trop lourdes et, à cet égard, on a fait valoir les avantages de la subrogation sur la cession de créance puisqu'elle n'est pas soumise à ces formalités. C'est pourquoi une tendance se manifeste actuellement qui est de substituer aux formes de la signification par acte d'huissier celles plus simples de la lettre recommandée.

2° - La notification par lettre recommandée

La notification par lettre recommandée : mandée avec demande d'avis de réception des marchés : tion a été substituée à la signification, par des dispositions exceptionnelles qui relèvent essentiellement du droit commercial.

Il en est ainsi d'abord en matière de nantissement des marchés publics, c'est-à-dire des marchés de l'Etat et des collectivités publiques. Un décret du 7 janvier 1959 a modifié le décret du 30 octobre 1935 relatif au financement de ces marchés pour permettre au créancier ayant obtenu le nantissement d'un tel marché de choisir pour informer le débiteur le procédé de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. 182 al. 2 G. des Marchés de l'Etat).

Plus récemment la loi du 4 janvier 1973 a organisé une forme nouvelle de cession de créance au profit des petites et moyennes entreprises. Elle permet à celles-ci d'obtenir des avances de la Caisse des Marchés en cédant à titre de garantie les créances nées d'un marché public. Pour cela est établi un acte de cession de créance qui est notifié au comptable public assignataire de la créance et cette notification est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. C'est une cession de créance à titre de garantie (V. Michel Vasseur. Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire. Banques 1973, p. 456).

B - L'acceptation du débiteur

L'art. 1690 assimile à la signification de la cession de créance au débiteur cédé "l'acceptation du transport

faite par le débiteur dans un acte authentique". En cas de nantissement d'une créance, l'art. 2075

L'acceptation du : ne prévoit que la signification au débiteur dans un : biteur de la créance donnée en gage, acte authentique : mais la jurisprudence admet que dans dispense de la : ce cas aussi l'acceptation du débiteur signification : dans un acte authentique pourrait jouer le même rôle (Civ. 29 janvier 1909, D. 1910.1.52, S. 1910.1.537, note Maquet, Com. 23 mai 1973, D. 1973.760). Nous avons eu déjà l'occasion de le constater (V. supra p. 54).

Pratiquement, ce second procédé est employé surtout lorsque la cession de créance ou le nantissement sont eux-mêmes constatés par un acte authentique; on fait alors intervenir à l'acte le débiteur de la créance qui en fait l'objet, il reconnaît ainsi la cession ou le nantissement en même temps que son nouveau créancier.

Mais cette acceptation pourrait être contenue dans un acte ultérieur et extérieur, pourvu qu'il soit authentique. C'est ainsi qu'il a été jugé que les exigences de l'art. 1690 avaient été satisfaites lorsqu'au cas de vente publique d'un fonds de commerce, un dire est inséré au cahier des charges et reproduit dans le procès-verbal d'adjudication pour avertir l'adjudicataire qu'il devrait faire son affaire personnelle du résultat des procédures de réduction auxquelles était soumise la créance cédée; cette formalité valait comme "acceptation formelle de la part du cédé, du cessionnaire comme nouveau titulaire du bail" (Civ. 13 avril 1948, D. 1948.1.161). En l'espèce le propriétaire du fonds vendu était créancier de loyers échus et le locataire, débiteur de ces loyers, avait demandé d'avertir l'adjudicataire que ceux-ci faisaient l'objet d'une procédure de réduction. C'était donc le débiteur cédé qui avait ainsi demandé qu'un dire soit inséré au cahier des charges c'est-à-dire dans un acte authentique; la Cour de cassation le constate et en conclut que ce débiteur avait "en connaissance de cause, donné à l'avance, au profit d'un adjudicataire éventuel, une acceptation de transfert valable".

Mais il en était ainsi parce que l'acte impliquant cette acceptation était un acte authentique. En aurait-il été de même s'il s'était agi d'un acte sous-seing privé ? C'est la question de savoir si les formalités légales peuvent être supplées par d'autres moyens ?

***** II - Les équivalents des formalités légales

Les formalités que nous venons de décrire sont-elles des formalités substantielles, c'est-à-dire sans équivalents possibles ? Peuvent-elles en non être supplées par d'autres moyens ?

Par exemple une acceptation constatée par un acte sous-seing privé, ou encore une acceptation verbale ou même une acceptation tacite du débiteur cédé peuvent-elles être assimilées à l'acceptation dans un acte authentique ?

Allons plus loin : la connaissance de la cession de créance ou du rattachement de la créance par le débiteur ne pourrions-elles pas dispenser des formalités de l'art. 1690 qui deviendraient ainsi inutiles ?

La question est depuis longtemps posée (Cassien). De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non enregistré (Trib. Lille 1909) et elle a été reprise plus récemment par la Cour de cassation dans sa décision du 23 mars 1933 (S. 1933, 1. 1275, 12 mars 1933, D. 1933, 1. 275, 27 déc. 1933, D. 1934, 1. 13, rapport Pilon ; Com. 17 janv. 1951, J.C.P. 1951, II, 6247, note Cohen, Rev. trin. de droit civil 1951 p. 390 observ. Carbonnier. Sur cette question : Larroumet op. cit. n° 44). Plusieurs de ces arrêts ont été revus dans l'hypothèse de la cession de bail ; on admet alors que le propriétaire cédé qui a accepté les loyers du cessionnaire a implicitement accepté la cession et ne saurait refuser de se soumettre aux obligations du bailleur envers le cessionnaire.

Celle-ci a en à se prononcer sur la valeur des équivalents possibles des formalités de l'art. 1690 d'une part de l'acceptation du cédé, d'autre part de la connaissance effective de la cession par une autre voie que par la signification.

1° - L'acceptation du cédé non constatée par un acte authentique

C'est le cas de l'acceptation constatée par un acte sous-seing privé ou de l'acceptation purement verbale ou implicite.

A cet égard, une distinction paraît se dégager des arrêts suivant qu'il s'agit des rapports du cédé avec le cessionnaire ou des rapports du cessionnaire avec les tiers, c'est-à-dire les ayants cause du cédant, comme un nouveau cessionnaire ou un créancier subissant.

Dans les rapports du cessionnaire et des ayants cause du cédant les formalités de l'art. 1690 sont des formalités substantielles, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent porter aucun équivalent. D'une part, la cession de créance

est inopposable aux tiers si elle n'a pas été signifiée ou si elle n'a pas été acceptée dans un acte authentique ; d'autre part et inversement elle leur est opposable si l'une de ces formalités a été accomplie, même si on fait les tiers ayants cause n'ont pas eu réellement connaissance de la cession.

C'est ainsi qu'une acceptation sous seing privé serait sans valeur à l'égard des tiers (Req. 29 juillet 1863, D. 1863, 1. 465, Civ. 26 juillet 1880, D. 1880, 1. 366).

Mais il en est autrement dans les rapports du cédé et du cessionnaire. La jurisprudence admet alors que l'acceptation du cédé est efficace quelle que soit la forme qu'elle a revêtue, qu'elle vaut reconnaissance de la cession par le cédé et que celui-ci ne peut désormais se libérer en d'autres mains que celles du cessionnaire. Il suffit pour cela d'une acceptation tacite (Req. 6 févr. 1878, D. 1878, 1. 275, 12 mars 1878, D. 1878, 1. 275 ; 27 déc. 1933, D. 1934, 1. 13, rapport Pilon ; Com. 17 janv. 1951, J.C.P. 1951, II, 6247, note Cohen, Rev. trin. de droit civil 1951 p. 390 observ. Carbonnier. Sur cette question : Larroumet op. cit. n° 44).

Plusieurs de ces arrêts ont été revus dans l'hypothèse de la cession de bail ; on admet alors que le propriétaire cédé qui a accepté les loyers du cessionnaire a implicitement accepté la cession et ne saurait refuser de se soumettre aux obligations du bailleur envers le cessionnaire.

Cela ne peut-on pas aller plus loin ? et ne peut-on pas admettre que l'acceptation du cédé n'est même pas nécessaire et qu'il suffit de sa connaissance de la cession ?

2° - La connaissance de la cession par le cédé.

Sur ce second point, il est plus difficile de décrire exactement la jurisprudence car elle a parfois hésité, mais elle paraît maintenant avoir abouti à une réponse assez claire.

Que vaut la connaissance de la cession par le cédé lorsque cette connaissance ne résulte pas d'une signification et qu'elle ne se complète pas par une acceptation ? la jurisprudence paraît aujourd'hui considérer que la

simple connaissance de la cession par le cédé ne saurait rendre inutiles les formalités de l'art. 1690.

a) D'abord, dans les rapports du cédé avec les ayants cause du cédant, c'est-à-dire avec les autres créanciers

du cédant ou les autres cessionnaires de la même créance.

Seules les formalités de l'art. 1690 peuvent rendre la cession opposable à ces tiers. Si l'acceptation du débiteur ne revêtait pas les formes de l'art.

1690 ne suffit pas, à plus forte raison la simple connaissance de la cession par le cédé doit-elle être tenue pour inefficace.

b) En outre, la jurisprudence paraît vouloir ne pas se contenter de la connaissance de la cession par le cédé, dans les rapports du cédé et du cédant.

C'est ainsi que des arrêts ont admis que le cédant pouvait exiger paiement du cédé malgré la cession, dès l'instant que celui-ci n'avait pas été signifié au cédé ou n'avait pas été acceptée par celui-ci dans un acte authentique (Civ. 20 juin 1938, D. 1939.1.26, note Weill; Rev. trim. de droit civil 1939, p. 174 observ. Maunaud; 27 nov. 1944, D. 1945.78; Rev. trim. de droit civil 1945, p. 119 observ. Boitard).

La Cour de cassation se fonde sur le principe de la relativité des conventions en affirmant que le débiteur cédé poursuivi par le cédant ne saurait refuser d'exécuter en se prévalant d'une cession de créance à laquelle il n'a pas été partie.

Mais cette explication et cette solution ont été vivement critiquées notamment par M. Weill et Larroumet (op. cit. n° 52) qui ont souligné le caractère choquant d'une solution qui permet au cédant de se prévaloir du défaut d'accomplissement de formalités qu'il lui incombait d'accomplir lui-même et de se soustraire aux engagements qu'il avait contractés envers le cessionnaire. L'argument tiré de l'art. 1165 est contestable si on prend soin de distinguer la relativité des effets du contrat de l'insopposabilité et si l'on agit en outre de savoir si le cédé est un tiers au sens de l'art. 1690, ce qui suppose que l'on

prenne parti sur le sens des formalités prescrites par ce texte et sur leur rôle; nous aurons à nous interroger sur ce point.

Jusqu'à là la jurisprudence ne paraît pas vouloir reconnaître une valeur quelconque à la simple connaissance de la cession par le cédé. Mais celle-ci ne joue-t-elle jamais un rôle ?

c) La question s'est posée dans les rapports du cédé et du cessionnaire. Le débiteur cédé qui a eu connaissance de la cession de créance bien qu'elle ne lui ait pas été signifiée dans les formes légales peut-il prétendre ignorer la cession et refuser d'exécuter sa dette au profit du cessionnaire ?

Sur ce point les auteurs sont divisés et la jurisprudence a pu se voir reprocher ses incertitudes et ses contradictions.

En principe cette jurisprudence n'admet pas que les formalités de l'art. 1690 puissent être éludées. Les arrêts que nous avons relevés à propos des rapports du cédé et du cédant (les arrêts des 20 juin 1938 et du 27 nov. 1944) affirment non seulement que la cession ne peut être opposée par les tiers à défaut d'accomplissement des formalités de l'art. 1690 mais encore qu'elle ne peut leur être opposée et ils traitent le cédé comme un tiers.

Mais cette solution est inconciliable avec l'opinion doctrinale qui admet, comme nous le verrons, que le cédé est tenu envers le cessionnaire avant l'accomplissement des formalités légales et elle peut aboutir à des conséquences choquantes.

C'est pourquoi les arrêts n'ont pas toujours été dans ce sens et que la jurisprudence réserve le cas de la fraude. Le cédé sera tenu bien que la

cession ne lui ait pas été signifiée et qu'il ne l'ait pas acceptée, dès l'instant que connaissant en fait cette cession il a agi frauduleusement pour en paralyser les effets (Req. 17 févr. 1874, D. 1874.1.231, S. 1875.1.399).

En outre et surtout une jurisprudence qui s'est formée essentiellement à propos de la cession de contrat avait paru admettre à un certain moment l'efficacité de la seule connaissance de la cession par le cédé.

... et après : Les arrêts reconnaissant effet à l'acceptation en dehors d'un acte authentique venaient à la fois la connaissance spéciale et personnelle du cédé et son acquiescement à la cession (Req. 27 déc. 1933, précité, Civ. 3^e, 24 fév. 1969, Bull. Civ. III n° 75) et un arrêt de la Chambre Commerciale du 11 juillet 1949 (Rev. des loyers 1949, p. 724, Rev. trim. de droit civil 1951, p. 392 observ. Carbonnier) avait jugé inutile l'acquiescement du bailleur à la cession de bail pour justifier le droit pour le sous-locataire d'exiger de ce bailleur le renouvellement du bail, en se contentant de la connaissance sans même exiger qu'elle soit "spéciale et authentique". Et on avait pu remarquer qu'il sera bien rare que le bailleur ne sache pas qu'un sous-locataire s'est installé dans les lieux loués.

Mais finalement la 3^eme Chambre Civile puis l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui avait dû intervenir à raison de la résistance des juridictions du fond, ont consacré une autre solution (Civ. 2^eme 24 déc. 1969, précité, 22 avril 1971, Bull. Civ. 1971, III n° 247 ; Ass. plén. 14 février 1975, D. 1975, p. 349 ; Civ. 3^eme, 5 mai 1975, Bull. Civ. 1975, III n° 150 ; 16 juillet 1975, Bull. Civ. 1975, III, n° 252 ; 21 janv. 1976, Gaz. Pal. 24 mars 1976, Panorama de la jurisprudence).

L'assemblée plénière a cassé un arrêt rendu sur renvoi après cassation sans équivoque : qui avait reconnu le droit du cessionnaire d'un bail à une indemnité d'éviction contre le bailleur cédé, au motif que celui-ci avait eu en fait connaissance de la cession et avait accepté du cessionnaire deux termes de loyer. L'Assemblée plénière déclare que l'accomplissement de l'une ou l'autre des formalités énoncées en l'art. 1690 du C. civ. ne peut devenir inutile pour rendre la cession d'un droit au bail opposable au propriétaire que si celui-ci a, non seulement eu connaissance de cette cession, mais l'a également acceptée sans équivoque

et elle juge qu'en estimant ainsi que la simple connaissance de la cession suffisait sans que l'acceptation fût constatée, la Cour d'appel a violé le texte susvisé

Et les arrêts ultérieurs de la 3^eme Chambre Civile sont dans ce sens. (Sur cette jurisprudence V. Malaurie, Cours précité p. 95 et s.).

Ainsi la simple connaissance de la cession par le cédé ne dispense pas des formalités de l'art. 1690.

Et il en est de même de la connaissance par un second cessionnaire ou un créancier saisissant. La connaissance par eux de la cession ne peut tenir lieu à leur égard de la signification ou de l'acceptation dans un acte authentique, sauf en cas de fraude (Civ. 7 juillet 1897, D. 1898, 1.483).

En relevant ainsi des arrêts relatifs à la cession de contrat nous avons particulièrement répondu à la question de la détermination des contrats soumis aux formalités légales, question qu'il faut examiner dans son ensemble.

+++++

+++++ § 2 - Les contrats soumis à ces formalités

La loi vise spécialement la cession de créance et le partageant des meubles incorporels.

Toutes les cessions de créance ne sont pas soumises à ces formalités. C'est ainsi que traditionnellement y échappent les cessions d'universalités, même si elles comportent des créances, comme la cession de droits successifs (Req. 16 avril 1889, D. 1890.1.260, S. 1891.1.106).

De même, en principe, la cession d'une créance résultant accessoirement de celle d'un droit ne donne pas lieu à publicité spéciale : c'est le cas du droit à garantie que l'acquéreur transmet à un sous-acquéreur en cas de nouvelle aliénation (Civ. 12 nov. 1884, D. 1885.1.357, S. 1886.1.149).

Mais on admet la solution contraire pour la cession des créances dépendant d'un fonds de commerce consécutive à la cession d'un fonds, les formalités de l'art. 1690 s'imposent alors (Com. 21 juin 1950, J.C.P. 1950.II.5898 note Cohen, D. 1952 som. 1).

En revanche, la loi impose parfois l'application de l'art. 1690 à des actes qui ne sont pas des cessions de

... mais ces formalités s'imposent pour des actes qui ne sont pas des cessions de créance :

créance. C'est ainsi que la loi du 31 décembre 1976 prescrit l'application des formalités de ce texte pour la conservation de maintien dans l'indivision lorsque les biens indivis comprennent des créances (art. 1873-2 C. civ.). Mais, cette dernière règle étant mise à part, on doit se demander si le domaine de l'art. 1690 ne doit pas être étendu à d'autres contrats que ceux qu'il vise spécialement.

On remarque tout de suite que les contrats que la loi soumet à ces formalités se forment par l'accord du créancier et d'un tiers (cessionnaire ou gaïste), ils ne nécessitent pas celui du débiteur de la créance cédée ou donnée en gage; ce sont des contrats à deux personnes (V. Supra p. 46 et s.). Les formalités prescrites tendent à faire jouer un rôle au troisième intéressé qui est le débiteur; celui-ci donnant son acceptation de l'opération ou en étant du moins informé; ces formalités ne se concourent donc pas lorsque les trois intéressés ont dû concourir à la formation du contrat, comme dans la cession de dette parfaite ou la novation par changement de créancier (V. supra p. 75 et s.).

Mais il y a d'autres contrats qui peuvent se former sans l'accord du débiteur, c'est notamment la subrogation de la part du créancier et nous avons vu que la question du rôle du cédé se pose pour la cession de contrat (supra p. 89 et s.). Ne doit-on pas étendre à de tels contrats les formalités à accomplir du côté du débiteur ?

1° - La cession de contrat

La jurisprudence étend à la cession de contrat l'application des formalités de l'art. 1690. Elle le fait notamment avec aux formalités de la cession de bail (Req. 2 mai 1925, D. 1925.1.1417 ; Soc. 2 déc. 1948 et 28 mai 1949, Revue des loyers 1949, p. 47 et 614, Rev. trim. de droit civil 1951, p. 391 obs. Carbonnier).

La question est dominée par celle de la nature de la cession de contrat à propos de laquelle s'affrontent, nous l'avons vu (supra p. 91), la théorie unitaire et celle de la décomposition. L'une et l'autre permettent de justifier l'application de l'art. 1690.

C'est ainsi que si on considère le contrat de bail en lui-même on peut penser que le droit à ce contrat, plus précisément le droit au bail en cas de cession de bail, est une créance dont il n'y a pas de raison de soustraire la transmission à l'art. 1690, à moins qu'on ne l'assimile à un droit réel, ce qui n'est pas encore fait par tous. Et il y a d'autres cessions de contrat que la cession de bail.

Si on décompose la cession de contrat en une cession de créance et une cession de dette, il n'y a pas de raison de la soustraire aux formes de l'art. 1690 dans la mesure où elle est une cession de créance.

Mais la question pourrait se poser à propos de la cession de dette incluse dans la cession de contrat; il s'agit de savoir si le changement de débiteur résultant notamment de la substitution du locataire cessionnaire au locataire cédant est subordonnée ou non à des formalités à l'égard du cédé, c'est-à-dire du bailleur. Ainsi le cessionnaire est-il tenu envers le bailleur au paiement des loyers si aucune des formalités de l'art. 1690 n'a été accomplie ?

Ces formalités sont inutiles si on admet avec M. Larroumet que la cession a produit déjà effet à l'égard du cédé avant même l'acceptation de celui-ci quant au transfert des dettes du cédant au cessionnaire (supra p. 96). Mais elle se pose si l'on n'admet pas cette conception.

La jurisprudence a eu surtout à se prononcer sur la cession des créances du cédant, notamment la cession des droits du locataire contre le bailleur et nous avons relevé un certain nombre de décisions qui, si elles ont marqué parfois des flottements sur le point de savoir si la simple connaissance de la cession par le cédé était suffisante, consacrant implicitement le principe de la soumission de la cession de contrat à l'art. 1690 et ce principe a été nettement affirmé par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 14 février 1975 (précité).

2° - La subrogation consentie par le créancier

En revanche, aucune formalité de ce genre n'est exigée en cas de subrogation personnelle.

La subrogation : genre n'est exigée en cas de subrogation n'est pas soumise : personnelle. Certains auteurs avaient soutenu au se aux formalités : début du siècle dernier que les formalités de l'art. 1690

tés de l'art. 1690 étaient applicables à la subrogation personnelle, mais cette opinion a été vite abandonnée et elle est condamnée par la jurisprudence : Amiens 9 déc. 1872 S. 1872.2.262 (notifs) ; Com. 13 juillet 1954, D. 1954.681.

Nous l'avons déjà noté (supra p. 53) et nous avons vu qu'on explique cette solution en remarquant que les formalités de l'art. 1690 ont surtout pour objet de protéger les tiers, essentiellement les créanciers du cédant, contre une cession faite à leur préjudice, or la subrogation suppose le paiement et elle n'a lieu que dans la mesure du paiement, donc le créancier se trouve payé et ses ayants droit ne sauraient émettre aucune prétention sur une créance qui pour lui est éteinte.

La solution a surtout l'avantage pratique de simplifier la subrogation qui est une opération beaucoup plus souple et beaucoup plus facile que la cession de créances dont la lourdeur a été souvent critiquée, encore que la jurisprudence se soit employée à la diminuer (V. J. Mestre. Thèse précitée n° 46).

Il convient de revenir maintenant à la cession de créances (et à la cession de contrat) pour s'interroger sur le rôle et la signification des formalités légales.

+++++
+++++

§ 3 - Le rôle des formalités

En étudiant le rôle du débiteur dans la formation du contrat de cession de créance ou de mise en gage des créances, nous avons rencontré la question de la nature et du rôle des formalités de l'art. 1690 (supra p. 54) et nous pouvons ici la reprendre.

Plusieurs conceptions du rôle des formalités de l'art. 1690 sont possibles :
 Les diverses conceptions : et le choix entre elles pourrait soulever les solutions concrètes sur lesquelles les la jurisprudence a eu à se prononcer (V. Malaurie, cours précité p. 104 ; Larroumet, op. cit. n° 54 et s.).

A - On pourrait penser d'abord que ces formalités constituent un élément nécessaire à la formation du contrat. Il en serait ainsi si l'acceptation

Les formalités :
 sont-elles un :
 élément nécessaire :
 à la for-

de créance suppose seulement un accord à deux : le cédant et le cédé (supra p. 45 et s.). Le seul fait qu'une simple signification au débiteur cédé suffit, le démontre.

Les formalités de l'art. 1690 seraient encore une condition de formation du contrat, si celui-ci était un contrat solennel, mais il n'en est rien; il s'agit toujours d'un contrat consensuel qui se forme solo consensu.

B - Une autre analyse, qui a été défendue notamment par Planio, fait sont-elles une : de l'accomplissement des formalités lé- condition du : gales une condition du transfert de la transfert de la : créance du cédant au cessionnaire, ce créance ? : transfert supposant l'ensaisinement de ce dernier. C'était la solution de l'Ancien Droit qui, en matière de transfert des créances comme en matière de transfert des droits réels, distinguait le contrat de la transmission proprement dite qui supposait une formalité ultérieure, comme la tradition. Le contrat ne suffisait pas à lui seul à réaliser le transfert de la créance, il devait être suivi des formalités de l'ensaisinement; celles-ci consistaient dans la dénonciation de la cession au débiteur.

C'est en souvenir de ce système que l'art. 1690 emploie la formule : "le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transfert faite au créancier". Mais il ne paraît pas que ce texte consacre le système de l'Ancien Droit. Le Code Civil l'a abandonné pour le transfert de la propriété en posant la règle que celle-ci se transfère par le seul échange des consentements. Il est logique d'admettre qu'il en est de même pour le transfert des créances. D'ailleurs l'art. 1690 dit que le cessionnaire est saisi "à l'égard des tiers", ce qui laisse entendre que les formalités ne concernent que les tiers et sont donc des mesures de publicité.

C - L'opinion dominante analyse Les formalités : les formalités de l'art. 1690 comme des sont-elles des : mesures de publicité conditionnant non mesures de : la validité de la cession mais son opposabilité ? : stabilité aux tiers.

Ces tiers ce sont d'abord les ayants cause du cédant, comme ses créanciers et les cessionnaires ultérieurs de la créance; mais on place aussi parmi eux le

débiteur cédé lui-même, dont nous savons qu'il n'est pas partie au contrat. Peut-être faut-il cependant distinguer et se demander si l'analyse est valable dans les deux hypothèses.

1° - A l'égard des véritables tiers, ce sont des mesures de publicité : c'est-à-dire des créanciers du cédant et des autres cessionnaires de la créance, cités à l'égard : des formalités de l'art. 1690 (ou celles des véritables : de la lettre recommandée lorsque la loi tiers : s'en contente) sont bien des mesures de publicité à défaut desquelles la cession de créance ne serait pas opposable à ces tiers.

C'est ainsi que c'est en considérant la date de la signification ou celle de l'acte authentique constatant l'acceptation du cédé que pourra être réglé le conflit entre le cessionnaire (ou le gagiste) et les créanciers exerçant une saisie-arrest sur la créance cédée ou donnée en gage, ou encore entre les cessionnaires successifs de la même créance (V. Marty et Raynaud. Les obligations, n° 817 et 818). Il s'agit d'une publicité de la cession de créance fonctionnant comme la publicité foncière en cas de cession d'un droit réel immobilier.

C'est pour cette raison que les formalités de l'art. 1690 lorsqu'elles jouent ce rôle sont considérées comme substantielles et donc insusceptibles d'équivalents. Les mesures de publicité qui conduisent à un formalisme très strict et l'exemple de la publicité foncière est particulièrement caractéristique à cet égard.

Il n'y a donc pas d'autres moyens que ceux que la loi prévoit pour rendre la cession de créance opposable aux ayants cause du cédant; ces formalités sont nécessaires, elles sont suffisantes. L'authenticité des actes qu'elles exigent a d'ailleurs l'avantage de permettre la constatation sûre de la date qui détermine la solution des conflits qu'elles ont pour objet de résoudre.

2° - La situation est peut-être différente à l'égard du débiteur cédé. Qu'en est-il à l'égard du cédé?

Celui-ci est souvent présenté comme un tiers à l'égard duquel les formalités légales constituent une mesure de publicité. On dit alors que tant que la cession n'a pas été publiée, le cédé est en droit de

l'ignorer et qu'il peut, d'une part, continuer à se considérer comme débiteur du cédant et notamment qu'il peut le payer valablement et qu'il est en droit, d'autre part, d'ignorer le cessionnaire et de refuser de reconnaître celui-ci comme son créancier.

Mais sur ce point la jurisprudence n'est pas très cohérente et la doctrine n'est pas unanime.

a) La jurisprudence consacre cet- dans les rapports te conception à propos des rapports du du cédé et du : cédé et du cédant. Nous avons relevé cédant : les arrêts qui admettent que le cédant est toujours en droit d'exiger paiement du cédé tant que les formalités de l'art. 1690 n'ont pas été accomplies et qui considère dans ce cas ces formalités comme substantielles (Civ. 20 juin 1938 et 27 nov. 1944 précités). Et nous avons vu que cette jurisprudence a suscité de vives critiques doctrinales.

Elle les mérite d'autant plus qu'elle est contredite par une autre jurisprudence qui s'est affirmée à propos des rapports entre le cédé et le cessionnaire.

b) Dans ce cas, en effet, cette dans les rapports jurisprudence consacre des solutions du cédé et du : qui s'accordent mal avec la définition cessionnaire : des formalités légales comme des mesures de publicité.

D'abord, nous l'avons constaté, elle se contente d'équivalents qui devraient logiquement être exclus dans un système de publicité condition d'opposabilité. Certes, elle n'admet pas que la simple connaissance de la cession par le cédé suffise à permettre au cessionnaire de poursuivre ce dernier, mais elle se contente d'une acceptation du cédé quelle qu'en soit la forme et donc même si elle n'a pas été constatée par acte authentique, du moins si elle est sans équivoque.

Mais en outre et surtout cette jurisprudence permet au débiteur cédé de se libérer valablement entre les mains du cessionnaire avant toute publication de la cession, du moins si le paiement "n'est susceptible de faire grief à aucun droit advenu depuis la naissance de la créance, soit au dit débiteur cédé, soit à une autre personne étrangère à la cession" (Civ. 4 mars 1931, D. 1933.1.73, note Radouant ; 9 juillet 1953, Bull. Civ. I n° 244 ; 8 janvier 1955, Bull. Civ. 1955.I. n° 13 ; 18 mars 1969, Bull. Civ. 1969.I. n° 116). Sur ce point V. Larroumet (op. cit. n° 56)

qui montre que cette jurisprudence n'est cependant pas dépourvue d'hésitations et de contradictions mais qu'elle consacre bien le principe que le cessionnaire peut non seulement prendre des mesures conservatoires mais encore réclamer l'exécution de la part du cédé, bien que les formalités de l'art. 1690 n'aient pas été accomplies.

Ceci conduit à une autre explication des formalités légales qui repose sur une distinction que nous venons d'esquisser.

D. Une quatrième explication a été proposée par M. Larroumet et elle paraît acceptée par M. Malaurie. Elle repose sur la distinction des effets de la cession de créance à l'égard des véritables tiers et sur ses effets dans les rapports avec le cédé.

1° - A l'égard des véritables

Les formalités : tiers, c'est-à-dire des ayants cause
légales sont des : du cédant, les formalités légales sont
mesures de publi : des mesures de publicité, elles sont
cité à l'égard : substantielles et tant qu'elles n'ont
des véritables : pas été accomplies la cession ne peut
tiers ... : être opposée à ces tiers et ne peut
être opposée par eux; elle est inopposable à ces tiers, alors qu'elle est pleinement efficace entre les parties.

2° - A l'égard du débiteur cédé

... mais de sim- : les formalités de l'art. 1690 ne sont
ples moyens : pas des formalités de publicité, elles
d'information à : sont des moyens d'information. Elles
l'égard du cédé. : ont pour objet non de rendre la cession opposable au cédé mais simplement de l'informer du changement de créancier.

Pour M. Larroumet, en effet, la cession de créance est réalisée par le seul accord du cédant et du cessionnaire auquel le cédé n'a pas à intervenir (supra p. 53) et elle produit effet à l'égard du cédé, par dérogation au principe de la relativité des conventions. Dès l'accord du cédant et du cessionnaire le cédé est lié envers le cessionnaire même s'il l'ignore; mais s'il l'ignore et tant qu'il l'ignore, il pourrait de bonne foi payer le cédant et il doit être protégé à raison de cette bonne foi, c'est-à-dire qu'on ne saurait le contraindre à payer deux fois. La signification de la cession a pour but et pour résultat uniquement de constituer le cédé de

mauvaise foi en l'informant du changement de créancier. Et cette information pourrait être réalisée par d'autres moyens que ceux de l'art. 1690, elle serait présumée si le cédé avait accepté par un moyen ou par un autre une cession de créance qu'il ne pourrait dès lors prétendre ignorer.

Cette analyse explique la jurisprudence : dence que nous venons de relever qui n'est que par- : considère que le cédé est tenu à l'absence- : gard du cessionnaire même en l'absence- : ce des formalités légales. Mais elle sacrée par la : est contredite par une autre jurisprudence- : dence : celle qui permet au cédant de poursuivre le cédé si les formalités légales n'ont pas été respectées et qui traite le cédé comme un tiers ordinaire qui ne peut opposer une cession non publiée.

L'analyse de M. Larroumet s'accorde aussi avec la jurisprudence qui dans les rapports du cédé et du cessionnaire admet que l'acceptation du cédé peut être donnée autrement qu'en la forme authentique. Mais elle est contredite par la jurisprudence qui exige au moins une acceptation non équivoque et refuse tout effet à la simple connaissance de la cession par le cessionnaire.

Il est vrai que les solutions jurisprudentielles contraires à la théorie de M. Larroumet sont contestables et ont été contestées et qu'elles s'accordent mal avec les autres, celles qui sont conformes à la thèse. Celle-ci a le mérite d'apporter plus de cohérence dans le système.

M. Larroumet tire ses conclusions de son analyse de la cession de créance qu'il définit comme une opération juridique à trois personnes quant à ses effets bien que l'accord de deux soit suffisant à sa formation. Dans cette analyse, en effet, le débiteur cédé n'est pas un véritable tiers.

Mais on peut aussi justifier les solutions proposées en remarquant que les contrats ayant pour objet une obligation ne sauraient être assimilés à ceux qui ont pour objet un droit réel, précisément parce que l'obligation, si elle est un bien, est aussi un rapport entre le créancier et le débiteur.

En cas d'aliénation d'un droit réel on organise une publicité pour informer les tiers et leur rendre l'alié-

nation opposable; en cas d'aliénation d'une créance on retrouve cette publicité avec les formalités de l'art. 1690 et, à l'égard des tiers, la publicité de l'art. 1690 joue à peu près de la même manière que la publicité foncière.

Mais il ne faut pas oublier que la créance cédée, à la différence du droit réel, comporte un débiteur déterminé qui ne doit pas être laissé indéfiniment en dehors de l'opération qui lui attribue un nouveau créancier. Il s'agit alors d'une tout autre question que de celle de l'opposabilité de la cession à des tiers complètement étrangers à elle. Ce que M. Larroumet appelle l'information du cédé est bien une certaine publicité mais c'est une autre publicité; elle tend à un autre but et on comprend qu'elle ait d'autres effets et soit soumise à un autre régime.

Il n'est pas sûr que notre droit positif ait parfaitement dégagé ce particularisme.

Rappelons pour en terminer avec cette Section que d'autres formalités de publicité doivent être accomplies en outre; c'est le cas de la publicité foncière à laquelle est soumise la cession de loyers non échus pour trois années ou plus (D. du 4 janvier 1955 art. 28). Cette publicité s'impose aussi si la créance cédée est assortie d'une hypothèque, pour rendre opposable aux tiers le changement de créancier hypothécaire.

Mais il faut surtout s'arrêter à un autre régime de formalités, celui qui est applicable aux contrats ayant pour objet une obligation constatée par un tiers négociable.

Section II

Les contrats ayant pour objet une obligation constatée par un titre négociable

Les formalités de la cession de créance ou du nantissement des créances sont relativement lourdes et on a naturellement songé à les simplifier chaque fois qu'une simplification est apparue utile et possible.

Elle est apparue utile surtout en droit commercial et elle est devenue possible pour les créances incorporees dans un titre qui les rapproche des biens corporels

plus faciles à transmettre et à donner en gage.

Le droit commercial a alors imaginé des formes particulières de cession et de nantissement des créances qu'il convient de rappeler ici avant de nous arrêter à une rétrospection particulière de ces procédés lorsqu'ils sont utilisés en droit civil pour la transmission des créances hypothécaires.

Sous-Section I

Les procédés de transmission des titres négociables

Nous nous en tiendrons sur ce point à des indications sommaires et limitées aux formes de transmission, l'étude de fond de ces procédés n'ayant pas sa place dans ce Chapitre et relevant essentiellement du Droit commercial. Nous avons d'ailleurs eu l'occasion de rencontrer une importante question de fond quand nous nous sommes interrogés sur le caractère abstrait des titres négociables (supra p. 144 et s.).

Le Droit commercial connaît quatre procédés de transfert des créances liés à la forme du titre qui les constate et qui peuvent être employés à la fois pour céder la créance et pour la donner en gage : la tradition du titre au porteur, l'endossement des titres à ordre, le transfert des titres nominatifs, les formes particulières de transmission des factures protestables.

Après avoir rappelé d'un mot en quoi consistent ces procédés nous aurons à nous interroger sur leur utilisation possible en droit civil.

I - Les procédés de transmission du droit commercial

1° - La tradition du titre au porteur

La tradition des titres au porteur

Le titre au porteur est un titre de créance ne contenant pas désignation du créancier, par lequel le débiteur s'engage à payer celui qui détient le titre au jour de l'échéance, ou de le payer à vue si la créance ne comporte pas d'échéance.

La transmission du titre se fait par tradition, c'est-à-dire par remise matérielle, le porteur du titre étant d'ailleurs protégé par l'art. 2279 du C. civ. s'il est de bonne foi et sous réserve des règles applicables en cas de perte ou de vol.

La tradition du titre entraîne celle de la créance qu'il constate sans autre formalité et la jurisprudence applique à ce transfert la règle de l'inaoposabilité des exceptions (Civ. 9 nov. 1896, S.1897.1.161 note Tissier, 31 oct. 1906, D.1908.1.497, S.1908.1.305 note Lyon-Caen, Req. 23 juillet 1941, D.A.1941.356). La loi fait exception à la règle en matière d'assurance. L'assureur peut opposer au porteur d'une police au porteur les exceptions opposables au souscripteur originaire (art. L/116-6, C. des Assurances).

2° - L'endossement des titres à ordre

L'endossement des titres à ordre :

Le titre à ordre est un titre de créance contenant une clause en vertu de laquelle le débiteur s'engage à payer un créancier déterminé ou celui à l'ordre duquel le créancier l'invitera à payer; cette clause figure notamment dans le billet dit pour cela billet à ordre et dans le chèque, elle est sous-entendue dans la lettre de change. Il y a d'autres titres à ordre en droit commercial et en droit maritime comme le connaissement.

Le titre à ordre se transmet par la formalité de l'endossement qui peut se ramener à la seule signature du bénéficiaire actuel du titre. L'endossement peut être à personne dénommée, auquel cas le créancier donne ordre au débiteur de payer à cette personne ou à l'ordre de celle-ci, il peut être en blanc ou au porteur, auquel cas la créance sera transmise au porteur du titre.

L'endossement du titre entraîne le transfert de la créance constatée et nous savons que, à la suite de cette transmission, joue la règle de l'inaoposabilité des exceptions. Cette règle formulée pour la lettre de change par l'art. 121 du C. de Com., pour le chèque par l'art. 22 du décret-loi du 30 octobre 1935, par l'art. 8 de la loi du 15 juin 1976 a été généralisée par la jurisprudence (Civ. 3 février 1847, S.1847.1.209, 29 mars 1887, D.1887.1.160, 9 nov. 1896, D.1897.1.167, v. supra p. 145 et s.). La règle est inverse en cas de transmission d'une police d'as-

surance à ordre, comme d'une police au porteur (art. L. 116-6 C. des Assurances).

3° - Le transfert des titres nominatifs

Le transfert des titres nominatifs :

Les titres nominatifs sont des valeurs mobilières (actions ou obligations) émis par des sociétés et attribués à des titulaires dénommés; la forme nominative peut être aussi utilisée par l'Etat et les collectivités publiques quand ils émettent des emprunts.

Les créances constatées par ces titres pourraient être transmises entre parties par une convention de cession, mais pour être opposable à la personne morale émettrice et aux tiers, la cession donne lieu à la formalité du transfert qui consiste en la substitution du nom du nouveau créancier à celui de l'ancien sur les registres de cette personne morale. (Décret du 7 Déc. 1975, art. 1er).

4° - La transmission des factures protestables

La transmission des factures protestables :

Les factures protestables ont été réglementées par l'Ordonnance du 28 septembre 1967 "portant réforme du crédit aux entreprises" (Becqué et Cabrillac. Institution des factures protestables. Rev. trim. de droit com. 1967, p. 1110 ; Becqué, Cabrillac et Rives-Lange. Les factures et les bordereaux protestables, J.C.P. 1963.I.2131 ; Vasseur. Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire. Banque 1970).

Les factures protestables sont des factures établies sous certaines formes pour des fournitures de marchandises, exécution de travaux ou prestations de services dont le débiteur est commerçant. Elles sont établies en deux exemplaires numérotés et elles contiennent la mention de transmissibilité qui est double : la première mention est celle que la facture est transmissible à une banque ou à un établissement financier en application de l'ordonnance du 28 septembre 1967 et la seconde que le refus ou les réserves doivent être formulées dans les quinze jours. Cette double formule est signée à la main ou par une griffe.

Les bordereaux-protestables sont ceux qui regroupent plusieurs factures concernant un même débiteur et comportant la même échéance. Ils sont établis suivant les mêmes

formes que les factures et peuvent être transmis de la même manière.

Les factures et bordereaux protestables sont en effet susceptibles d'être transmis, et avec eux les créances constatées, par des procédés particuliers.

Le premier exemplaire de la facture (ou du bordereau) est adressé au débiteur qui a donc un délai de 15 jours pour contester ou refuser.

La transmission : S'il ne le fait pas le créancier peut transmettre au banquier, dont il de la facture : faut supposer l'accord, le deuxième

exemplaire en y apposant la mention de la transmission, la date et l'indication du banquier ou de l'établissement financier bénéficiaire de cette transmission. Ces mentions portent le signature ou la griffe du créancier. Cette transmission ne peut être faite qu'au profit d'un banquier et elle ne peut avoir lieu qu'une fois.

Cette formalité entraîne la transmission de la créance (art. 6 al. 2 de l'Ordonnance). Et il en est ainsi non seulement dans les rapports du cédant et du cessionnaire mais aussi à l'égard des tiers : toute nouvelle cession serait inopposable au banquier.

Mais il en est autrement à l'égard du débiteur cédé. Alors qu'après l'endossement d'un titre à ordre le débiteur ne peut plus valablement payer son créancier originaire, le débiteur, tant qu'il ignore si la facture a été transmise pourra toujours payer son fournisseur et celui-ci pourra lui demander paiement, auquel cas il reçoit ce paiement pour le compte de son banquier.

L'information : Cependant celui-ci peut parfaire la cession en informant le débiteur du débiteur : par lettre recommandée avec demande

d'avis de réception qu'il est en possession du second exemplaire de la facture. Dès réception de cet avis le débiteur ne peut plus se libérer qu'entre les mains du banquier. Il en est de même si l'exemplaire de la facture adressée au débiteur indiquait que la transmission du deuxième exemplaire avait été faite à une banque que nommément désignée.

Dès ce moment le banquier cessionnaire peut exercer les droits du créancier cédant contre le débiteur cédé et celui-ci ne pourrait pas lui opposer les exceptions qu'il

aurait pu opposer au cédant, à moins qu'il n'ait formulé un refus ou des réserves dans les quinze jours de la réception de la facture. On applique ainsi les règles du droit cambiaire et non celui du droit commun de la cession de créance.

Le mécanisme de la transmission des factures protestables ne peut jouer qu'en droit commercial, mais les autres procédés ont leur place en droit civil, une place qu'il convient de définir.

+++++ II - L'utilisation des procédés du droit commercial en droit civil

Deux questions doivent être posées : les procédés imaginés par le droit commercial sont-ils utilisables en droit civil ? S'ils le sont, sont-ils exclusifs des règles de droit commun ?

A - Les procédés du droit commercial sont-ils utilisables ?

Il faut mettre à part la transmission des factures protestables qui ne peut jouer que si le débiteur est commerçant et si le cessionnaire est un banquier.

Pour les autres modes de transfert et spécialement la tradition des titres au porteur et l'endossement des titres à ordre, ils sont en principe possibles en droit civil, mais pas toujours.

1° - Le principe est depuis longtemps admis par la jurisprudence que l'art. 1690 n'est pas d'ordre public et qu'il est permis aux parties d'y déroger même implicitement en insérant dans le titre constitutif de la créance une clause à ordre. Il y a lieu alors d'appliquer les règles de l'endossement qui dérogent aux principes de la cession de créance, de reconnaître le droit direct du bénéficiaire et d'appliquer le principe de l'inopposabilité des exceptions.

La clause à ordre peut être insérée aussi bien dans les actes authentiques que dans les actes sous-seing privé (V. not. Civ. 8 mai 1878, D.1878.1.241, note Ch. Beudant, 7 mai 1879, D.1879.1.307, Req. 15 mars 1892, D.1893.1.309, 18 juillet 1938, S.1939.1.94). C'est ainsi que la loi elle-même dispose qu'une police d'assurance peut être à

ordre en précisant que, s'il s'agit d'une assurance sur la vie, l'endossement doit, à peine de nullité, être daté, indiquer le nom du bénéficiaire et, bien entendu, signé de l'endosseur. (art. L. 112-6 et L. 132-6. C. des ass.).

De même un titre au porteur pour-
 ... ou être au : rait, d'après une jurisprudence ancien-
 porteur ... : ne, être établi pour constater une
 créance civile aussi bien qu'une cré-
 ance commerciale (Civ. 9 nov. 1896, S.1897.1.161 note
 Tissier ; 31 oct. 1906, D.1908.1.497, S. 1908.1.308, note
 Lyon-Caen ; Req. 27 mai 1913, D.1913.1.529 note Lacour).
 Nous verrons bientôt ce qui reste de cette jurisprudence.

Enfin, l'art. 1865 C. civ. (loi du
 ... ou être : 4 janvier 1978 sur les sociétés civiles)
 transmissible : prévoit que la cession des parts socia-
 par voie de : les nominatives dans une société civile
 "transfert" : peut avoir lieu par voie de transfert
 sur les registres sociaux si les sta-
 tuts le stipulent.

Mais la cession des parts sociales ne peut se faire
 par n'importe quel autre des procédés du droit commercial.
 Ceci nous amène aux exceptions.

2° - Les exceptions au principe

C'est essentiellement le procédé
 de la transmission par endossement qui
 est parfois interdit par la loi civile.

a) Il en est ainsi d'abord pour
 l'assurance sur la vie. L'art. L. 132-6
 du Code des Assurances (reprenant l'art.
 61 de la loi du 13 juillet 1930) inter-
 dit les polices d'assurance sur la vie à ordre.

b) De même les titres d'une socié-
 té civile, à supposer qu'une telle so-
 ciété en émette, ne sauraient être
 transmis par les procédés du droit com-
 mercial, car la loi (loi du 4 janvier 1978) réglemente la
 cession et le nantissement des parts sociales.

Nous avons relevé que la cession peut s'opérer par le

procédé de transmission des titres nominatifs si les sta-
 tuts l'ont prévu (art. 1865 C. civ.). Mais hors ce cas,
 la cession des parts sociales ne peut avoir lieu
 qu'avec l'agrément des autres associés, elle suppose un
 écrit et elle est rendue opposable à la société dans les
 formes prévues par l'article 1690 (art. 1865). La loi ne
 dit pas si, à défaut de ces formalités la cession est op-
 portable aux tiers, mais elle impose le respect des dispo-
 sitions de l'art. 1690, du moins pour assurer l'efficaci-
 té de la cession à l'égard de la société cédée.

Quant au nantissement des parts sociales il est soumis
 aux règles du droit civil en ce sens que la loi exige qu'il
 soit constaté par un acte authentique ou sous seing privé
 signifié à la société ou accepté par elle dans un acte
 authentique (art. 1866 C. civ.). La loi ajoute que l'acte
 doit en outre donner lieu à une publicité dont la date
 détermine le rang des créanciers nantis. L'art. 1866 qui
 exige cette publicité ne précise pas en quoi elle consiste.
 Les décrets d'application à intervenir nous le diront.

c) La loi du 15 juin 1976 interdit les grosses au porteur

La pratique notariale avait imaginé
 L'interdiction : un procédé permettant d'assurer le trans-
 des grosses au : fert ou le nantissement des créances
 porteur : d'une manière plus simple et plus souple
 que celle qu'imposerait le droit commun;
 le résultat était recherché dans le recours aux procédés du
 droit commercial.

Le procédé consistait à établir des titres à ordre ou des
 titres au porteur. Un acte notarié ayant été dressé pour
 constater une créance, généralement une créance hypothécaire,
 contenait la clause à ordre ou la clause au porteur et la
 première expédition de cet acte revêtu de la formule exécutoire,
 que l'on appelait la grosse, était transmissible par
 endossement, si la clause à ordre avait été stipulée, par
 tradition, si c'était la clause au porteur qui avait été
 convenue.

Mais cette pratique avait suscité des abus et la loi du
 15 juin 1976 est intervenue pour y mettre fin. D'une part elle
 interdit les grosses au porteur et, d'autre part, elle régle-
 mente les grosses à ordre qu'elle qualifie de copies exécutoires,
 abandonnant le terme de grosse jugé probablement
 trop archaïque.

Nous retrouverons cette réglementation des copies exécutoires à ordre dans la Sous-Section suivante. Il suffit de constater ici que les copies exécutoires au porteur sont interdites et de dire pourquoi (V. not. Michel Dagot, La transmission des créances hypothécaires. loi du 15 juin 1976; Michel Vion, La suppression des grosses au porteur et le régime des copies exécutoires à ordre (loi du 18 juin 1976, Rép. Not. Defrenois, 1976, p. 1081).

Les grosses au porteur pouvaient donner lieu à des abus et notamment à des fraudes fiscales à raison de l'anonymat du créancier. Elles étaient dangereuses pour la famille en permettant de réaliser des donations occultes. En outre, elles n'assuraient pas une sécurité suffisante au débiteur qui risquait de devoir payer deux fois si les paiements partiels qu'il avait effectués n'étaient pas mentionnés sur la grosse. En outre, comme ces titres constataient généralement des créances hypothécaires, elles avaient l'inconvénient de contrarier le fonctionnement correct du droit hypothécaire, notamment quant au renouvellement des inscriptions, et quant aux notifications à faire au créancier soit pour la purge des hypothèques soit pour le faire participer à une procédure collective de liquidation.

Pour toutes ces raisons le législateur a préféré, plutôt que de réglementer les copies exécutoires au porteur, les supprimer complètement. L'art. 2 de la loi du 15 juin 1976 dispose donc en termes catégoriques : "aucune créance ne peut faire l'objet d'une copie exécutoire au porteur".

La même loi du 15 juin 1976 interdit de transmettre autrement que selon les formalités de l'art. 1690 les créances constatées par un acte notarié reçu en brevet ou par un acte sous seing privé quand elles sont garanties par un privilège immobilier spécial ou par une hypothèque immobilière.

Mais cela ne veut pas dire que la clause au porteur soit complètement interdite en matière civile. Elle est prohibée seulement dans les cas que

L'obligation de :
respecter les :
formalités de :
l'art. 1690 pour :
la transmission :
des créances :
hypothécaires :
constatées par :
un acte en bre- :
vet ou sous :
seing privé :

nous venons de relever et rien n'interdit d'établir d'autres titres au porteur et c'est ainsi qu'une police d'assurance, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une assurance sur la vie, peut être au porteur.

Reste à savoir si lorsque les procédés empruntés au droit commercial sont admis ils sont exclusifs de ceux du droit civil commun.

B - Les procédés du droit commercial sont-ils exclusifs ?

La question a été posée à la jurisprudence avant qu'aucun texte n'apporte des éléments de solution, de savoir si lorsqu'une créance est constatée par un titre négociable par l'un des moyens qui viennent d'être relevés, elle peut encore être transmise suivant les procédés

En principe les :
formes de l'art. :
1690 sont tou- :
jours utilisables :

être convenues n'excluent pas celles du droit commun.

Elle l'a admis pour les créances constatées par un titre à ordre : si ces créances peuvent être transmises par endossement, il n'est pas interdit de les transmettre aussi suivant les règles du droit commun (Req. 1er février 1876, S. 1876, 2. 149, D. 1878.1.229; 7 nov. 1905, S. 1910.1.502, D. 1906.1.413).

Elle l'avait admis aussi pour les titres nominatifs (Req. 4 déc. 1867, D. 1868.1.175 ; Civ. 5 janv. 1926, D. 1926.1.65, note Wagner, S. 1926.1.93, note Lyon-Caen).

Cette dernière jurisprudence a été condamnée par un décret-loi du 27 mai 1940 modifiant le décret-loi du 25 octobre 1934 dont les dispositions ont été reprises par le décret du 7 décembre 1955 "relatif aux titres nominatifs" dont l'art. 1er,

al. 2, dispose : "la transmission du titre nominatif ne peut s'opérer à l'égard des tiers et de la personne morale émettrice que par un transfert sur ces registres". Le procédé du transfert est donc exclusif de tout autre.

... et pour les : De même la loi du 15 juin 1976 interdit le transfert et le nantissement selon les créances ayant : formalités de l'art. 1690 des créances ayant donné lieu à l'établissement d'une copie mission d'une copie exécutoire à ordre sur laquelle nous reviendrons (L. 15 juin 1976, art. 6, al. 4).

ordre : Et il est permis de souhaiter que cette règle soit généralisée car la jurisprudence sur les titres à ordre est dangereuse et elle a été critiquée. Ainsi le débiteur qui paie entre les mains d'un autre que le bénéficiaire de l'endossement est toujours tenu de payer celui-ci ; si donc il paie le cessionnaire à la suite de la signification d'une cession, conformément à l'art. 1690, il sera tenu de payer une seconde fois l'endossement. On a pu dire que le chevauchement de deux systèmes était source de complication et d'insécurité.

Il est possible que la jurisprudence citée ne se maintienne pas, surtout depuis que l'usage des procédés ordinaires de la cession de créance est interdit par la loi pour les titres nominatifs.

Pour compléter cette étude, il convient maintenant de s'arrêter à la réglementation particulière qui a été établie pour la transmission ou la mise en gage des créances garanties par une hypothèque.

***** Sous-Section II

***** Les procédés de transmission des créances hypothécaires

Les créances garanties par une hypothèque ou un privilège immobilier peuvent être transmises ou données en nantissement par des procédés particuliers qui, lorsqu'ils sont adoptés, sont exclusifs de tous autres.

Il en est ainsi lorsque ces créances ont donné lieu à l'établissement de copies exécutoires à ordre ou de billets négociables.

***** § 1 - Les copies exécutoires à ordre

Nous avons déjà rencontré les copies exécutoires établies par un notaire pour poursuivre le recouvrement d'une créance et la loi du 15 juin 1976 qui les réglemente.

Ces copies exécutoires peuvent être nominatives, alors elles se transmettent conformément au droit commun de la cession de créance.

Depuis la loi du 15 juin 1976, elles ne peuvent, en aucun cas, être au porteur.

Elles peuvent être à ordre, mais elles doivent alors respecter les règles de la loi du 15 juin 1976.

Celle-ci définit d'abord les conditions d'établissement d'une copie exécutoire à ordre et elle réglemente ensuite les modalités de sa transmission.

***** I - Les conditions d'établissement d'une copie exécutoire à ordre.

La copie exécutoire en général est définie par l'art. 1^{er} de la loi du 15 juin 1976 : c'est une reproduction intégrale d'un acte notarié, établie par le notaire qui l'a dressé, certifié conforme et revêtu de la formule exécutoire.

Nous savons qu'elle peut être nominative et ne peut jamais être au porteur. Elle peut être à ordre, mais seulement aux conditions suivantes :

A - Les cas dans lesquels peut être établie une copie exécutoire à ordre.

1° - La copie exécutoire à ordre ne peut être que celle d'un acte constatant une créance. M. Dagot exclut les actes qui constateraient une reconnaissance de dette résultant d'une opération qui n'aurait pas été

Les actes pouvant : négociée par un banquier ou par le donner lieu à une : notaire lui-même, car, en pareil cas, la copie exécutoire : garantie de la créance n'a pas été vérifiée. Mais M. Dagot reconnaît que l'interdiction n'est pas nettement formulée par la loi.

2° - La créance constatée doit être garantie par un privilège spécial immobilier ou une hypothèque immobilière (art. 3).

La règle veut assurer la sécurité des bénéficiaires futurs de la créance.

On peut aussi établir une telle copie lorsque la créance est garantie par une hypothèque mobilière (navire, bateau ou aéronef) et elle est alors soustraite à la réglementation de la loi du 15 juin 1976 (art. 15).

3° - Cet acte doit être établi en minute puicque pour les actes reçus en brevet (comme pour les actes sous seing privé) la règle est que la créance ne peut être transmise qu'en conformité de l'art. 1690.

4° - La création de la copie exécutoire doit être prévue par l'acte notarié constatant la créance ou dans un acte rédigé à la suite de celui-ci (art. 4).

B - Les conditions de forme de la copie exécutoire

Les conditions sont énumérées par l'art. 5 de la loi

Les mentions obligatoires : nombre de mentions qui sont obligatoires et à défaut desquelles le titre ne vaudrait pas comme copie exécutoire à ordre, c'est-à-dire qu'il serait pas transmissible par endossement.

D'abord le texte précise que la copie exécutoire à ordre est établie au nom du créancier, ce qui revient à réitérer l'interdiction des copies exécutoires au porteur. Le créancier c'est le créancier désigné par l'acte, mais si, entre cet acte et l'établissement de la copie, il y avait eu cession de créance, ce serait le cessionnaire.

L'art. 5 exige ensuite les mentions suivantes :

- la dénomination "copie exécutoire à ordre (transmissible par endossement)" ;

- le texte des articles 6, al. 1 et 7 de la loi, c'est-à-dire des dispositions relatives à l'endossement. Cette mention est inutile si la copie est établie "au profit d'un établissement bancaire, financier ou de crédit à statut légal spécial" (art. 11).

- le montant de la somme due ou restant due à concurrence de laquelle elle vaut titre exécutoire. Normalement cette somme est égale à celle de la créance, mais si la copie est établie après un certain temps, il a pu y avoir des paiements partiels, c'est seulement la somme restant due qui sera alors mentionnée.

- la mention "copie exécutoire unique" ou l'indication de son numéro, au cas de pluralité de copies exécutoires. Il y a intérêt en effet à ce que le bénéficiaire sache s'il est ou non en concours avec d'autres créanciers.

- la référence complète à l'inscription de la sûreté et la date extrême d'effet de cette inscription.

Ces conditions de fond et de forme étant remplies, la créance sera transmissible par endossement et la loi règle-mente celui-ci.

***** II - La réglementation de l'endossement

L'endossement d'une copie exécutoire donne lieu à des formalités compliquées qui contrastent avec la simplicité de l'endossement ordinaire. Il convient de les indiquer avant de préciser les effets de cet endossement.

A - Les formalités de l'endossement

Alors qu'un endossement ordinaire peut se réduire à une simple signature apposée au dos du titre, celui des titres exécutoires à ordre suppose d'abord l'intervention d'un notaire et l'accomplissement de trois formalités (art. 6 de la loi), et cela en vue essentiellement de protéger les endossataires en faveur desquels la loi multiplie les garanties.

D'abord l'endossement est un acte
L'intervention : notarié ou plus exactement une série
d'un notaire est : d'actes notariés. La loi veut soumettre
nécessaire : la transmission des copies exécutoires

à un notaire dont la responsabilité est une garantie pour l'endossataire. Le notaire peut être celui qui a établi la copie exécutoire ou un autre. Mais l'intervention d'un notaire est nécessaire, sauf dans le cas où le régime que nous étudions est écarté parce que la copie est créée ou endossée au profit d'un établissement bancaire, financier ou de crédit à statut légal spécial.

Quant aux formalités proprement dites, elles sont au nombre de trois :

1° - L'établissement d'un acte notarié constatant l'endossement.

L'endossement est un contrat entre l'endosseur et

L'endossataire, un contrat de cession de créance par voie d'endossement. Ce est un contrat : contrat, cet accord, est constaté par notarié : un acte notarié dont on se demande s'il doit être établi en minute ou s'il peut être dressé on brevet. M. Dagot pense qu'il doit l'être en minute.

2° - La mention de l'endos sur la copie exécutoire

C'est l'endossement proprement dit, encore que la loi n'exige pas que cette mention figure au dos de l'acte.

Mais cette mention est beaucoup

Ce contrat est : plus complexe qu'un endossement ordinaire. mentionné sur : L'art. 6 de la loi exige la mention de la copie exécut- : la date de son apposition, du montant de toire : la somme due ou restant due au moment de l'endossement ; la désignation de l'endossataire, son acceptation et sa signature ainsi que la désignation et la signature du notaire (art. 6, al. 2).

On remarque d'abord que la nécessité de désigner l'endossataire interdit un endossement en blanc ; on remarque en outre qu'alors qu'un endossement ordinaire résulte de la seule signature de l'endosseur, ici il faut en outre celle de l'endossataire et celle du notaire. Il s'agit donc de la nouvelle constatation du contrat déjà constaté par l'acte dont il est fait mention. Était-il nécessaire d'exiger encore trois signatures ? Celle du notaire aurait suffi.

Mais ce n'est pas tout. Alors que l'endossement d'un titre à ordre suffit normalement à la transmission du titre et de la créance, pour les copies exécutoires, il faut en outre procéder à des notifications.

3° - Les notifications ultérieures

De même qu'une cession de créance ordinaire est soumise aux formalités de doit être notifié par le notaire, celle qui se réalise par le moyen de l'endossement d'une copie exécutoire à ordre doit être notifiée et pas seulement au débiteur.

Ces notifications sont imposées au notaire signataire c'est-à-dire signataire de la mention d'endos.

Elles doivent être faites par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Elles doivent être adressées d'abord au notaire qui a reçu l'acte ayant constaté la créance, à supposer que l'endossement ait été constaté par un notaire différent.

L'endossement doit, en effet, être mentionné sur la minute de l'acte ayant qui avait reçu : constaté la créance ; si l'endos a été l'acte : mentionné par le notaire ayant reçu cet acte, il fera la mention lui-même ; dans le cas contraire, le notaire ayant reçu l'acte procédera à la mention requise au vu de la notification.

L'avantage de ces formalités est d'une part d'informer le notaire ayant constaté la créance et d'autre part de permettre, au cas de perte de la copie exécutoire, de s'en faire délivrer une nouvelle qui soit complète.

La notification doit être faite aussi au débiteur et elle joue le même rôle que la signification de l'art. 1690. La loi

ne prévoit pas qu'elle puisse être rem- placée par l'acceptation du débiteur dans un acte authentique, mais M. Dagot soutient que celle-ci est possible et qu'elle aurait l'avantage d'être plus simple, puisqu'il suffirait de faire intervenir le débiteur à l'endossement, et plus sûre, car des difficultés peuvent naître au cas où la notification n'atteint pas son destinataire.

Enfin, deux autres notifications sont parfois nécessaires ou l'une d'elles :

Si le débiteur a donné mandat dans l'acte constatant la créance à un notaire pour recevoir le paiement en son nom, la même notification doit être faite à ce mandataire. Cela fait beaucoup de notifications, d'autant plus que l'absence d'une seule entraîne l'inopposabilité de l'endossement aux tiers (art. 6, al. 9).

Au total, ces formalités sont bien lourdes, plus lourdes que celles d'un endossement ordinaire et même que celles d'une cession de créance du Code civil. Elles s'expliquent, sans peut-être se justifier, par le désir de protéger

l'endossataire et on comprend que la loi en dispense quand la copie exécutoire à ordre est créée ou endossée au profit d'un "établissement bancaire, financier ou de crédit à statut légal spécial" (art. 11), ces établissements sont assez informés pour ne pas avoir besoin de tant de protections.

Sous cette réserve, la loi de 1976 impose à la fois les formalités de l'endossement et celles de la cession de créance civile plus quelques autres. Il est plus simple d'établir une copie exécutoire nominative et de la céder suivant les règles normales de la cession de créance.

En revanche, deux simplifications doivent être notées : En ce qui concerne la transmission des hypothèques accessoiries à la créance, l'endossement n'a pas à être publié à la conservation des hypothèques (Dagot n° 226).

En outre, si le créancier veut procéder à une saisie immobilière, la notification au débiteur le dispense de la signification à ce même débiteur imposée par l'art. 2214 du C. civ. au cessionnaire d'un titre exécutoire.

Reste à savoir si ces formalités produisent les mêmes effets que les autres modes de cession ou de nantissement des créances.

B - Les effets de l'endossement

1° - Détermination des effets de l'endossement

L'endossement, à supposer qu'il soit régulièrement accompli dans toutes ses formalités, produit en principe les effets d'une cession de créance, ou d'un nantissement de créance, suivant qu'il s'agit d'un nantissement translatif ou d'un nantissement à titre de garantie (ou endossement pignoratif).

A défaut de mention particulière, Les divers types : l'endossement est translatif, du moins d'endossement : à l'égard des tiers. L'art. 6, al. 3, de la loi du 15 juin 1976 le précise : "l'endossement emporte transfert de la créance et de ses accessoires, s'il n'est stipulé fait à titre de procuration ou de nantissement".

Il pourrait s'agir, en effet, aussi d'un endossement à titre de procuration, sauf lorsque mandat de recevoir paiement a été donné à un notaire ou à un établissement à statut légal spécial. Mais cette opération sort du cadre de ce cours.

Cette hypothèse mise à part, l'effet de l'endossement est donc soit une cession de la créance, soit le nantissement de celle-ci.

Mais l'endossement échappe à une règle importante de l'endossement d'une lettre de change. Alors que tous les signataires et donc tous les n'entraîne pas : endosseurs successifs de la lettre de change l'obligation : sont solidairement responsables, les créanciers antérieurs ne sauraient être pour tous les endos- : suivis par le dernier créancier : l'art. 9 de la loi de 1976 le précise : "le créancier n'a pas de recours à raison de l'insolvabilité du débiteur, contre les créanciers précédemment titulaires de la copie exécutoire à ordre".

C'est une dérogation au droit commun des titres à ordre, mais c'est l'application du droit commun de la cession de créance : le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur.

En revanche, on en revient au droit de la lettre de change et de l'endossement en général et on s'écarte du droit de la cession de créance civile avec l'art. 8 de la loi du 15 juin 1976 qui applique à l'endossement des exceptions : copies exécutoires à ordre la règle de l'inopposabilité des exceptions telle que nous l'avons rencontrée en étudiant les titres abstraits.

2° - Le moment des effets de l'endossement

Il faut, comme pour les effets des formalités de la cession de créance, distinguer :

- entre les parties, les effets de l'endossement se produisent au moment de produit effet : l'acte notarié constatant l'endossement entre les parties : et sans attendre la mention d'endos, au jour de l'acte : le constatant ... :
- à l'égard des tiers, l'endossement prend effet, aux termes de l'art. 6, al. 10, à la date de la notification au débiteur. Si l'acte constitutif de la créance désignait comme mandataire du débiteur pour payer la dette un notaire ou un établissement à statut légal spécial, l'endossement prendrait effet à la date de la notification à ce mandataire.

Ces solutions s'apparentent à celles
 ... à l'égard : au droit commun de la cession de créance
 des tiers au : qui distingue aussi les effets de la ces-
 sion de la noti- : sion de créance entre les parties et ses
 fication au dé- : effets à l'égard des tiers et on pourra
 biteur ou à son : ici encore discuter si à l'égard du débi-
 mandataire : leur cédé les notifications sont ou non
 des mesures de publicité; c'est le même
 problème que celui que posent les formalités de l'art. 1690,
 nous en avons parlé.

Une difficulté particulière tient à l'emploi de la
 notification par lettre recommandée dont on se demande si
 elle est efficace ou non lorsque le destinataire n'a pas pu
 être atteint par la lettre ou l'a refusée.

Au total, le régime de la transmission ou du nantissement
 des créances hypothécaires constatées par une copie exécutoire
 à ordre est d'une extrême et sans doute excessive complexité.
 Peut-être le législateur a-t-il voulu décourager l'emploi de
 ces actes.

Plus simple est, en revanche, la transmission des bil-
 lets ou effets négociables.

+++++

§ 2 - Les billets négociables

+++++

Les créances garanties par une hypothèque peuvent être
 transmises ou mises en gage par des procédés simplifiés.

Nous avons déjà fait allusion au procédé de "la mise à
 la disposition" qui a été utilisé pour mobiliser le crédit
 à moyen ou à long terme par l'ordonnance du 28 septembre
 1967 et par la loi du 31 décembre 1969, procédé qui est uti-
 lisable par les banques et établissements financiers. La
 loi du 15 juin 1976 (art. 14) précise que ses dispositions
 ne dérogent point à celles de l'ordonnance et de la loi
 précitées.

Il faut ajouter que la loi du 15 juin 1976 a prévu la
 possibilité de faire constater les créances pouvant faire
 l'objet d'une copie exécutoire à ordre par des billets ou
 effets négociables "dont la transmission emporte transfert
 de la créance et de la sûreté sans qu'il soit besoin d'autre
 formalité" (art. 13). Les billets se transmettent comme des
 billets à ordre et donc par un endossement ordinaire et

échappent aux formalités particulières prescrites pour les
 copies exécutoires à ordre.

La création de ces billets est soumise d'ailleurs aux
 conditions générales qui s'imposent pour la création d'une
 copie exécutoire à ordre quant à la créance constatée :
 cette créance doit être constatée par un acte reçu en minute
 et garantie par un privilège immobilier spécial ou une
 hypothèque immobilière et la création de ces billets ou
 effets doit avoir été prévue par l'acte ayant constaté la
 créance.

Et surtout ces effets ou billets ne peuvent être sous-
 crits, tirés ou endossés qu'au bénéfice d'un établissement
 bancaire, financier ou de crédit à statut spécial.

Nous savons que ces établissements peuvent déjà béné-
 ficier d'une copie exécutoire à ordre sans que soient respec-
 tées les formes particulières de l'endossement qui sont impo-
 sées par la loi du 15 juin 1976 lorsque le bénéficiaire est
 autre qu'un tel établissement. On peut encore, au profit
 de ces établissements, établir des billets ou des effets
 beaucoup plus simples que les copies exécutoires à ordre et
 transmissibles suivant les règles ordinaires des billets à
 ordre.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Les contrats ayant pour objet une obligation sont très divers et ils ont chacun leur régime, il est donc difficile d'en faire la théorie générale.

Mais les constatations que nous avons pu faire quant à leur formation confirment la conception dualiste que l'on doit se faire de l'obligation.

C'est parce qu'elle est un bien qu'elle peut être l'objet de divers contrats et certains d'entre eux s'apparentent aux contrats relatifs aux droits sur les choses corporelles.

Mais c'est parce que l'obligation est aussi un rapport personnel entre un créancier et un débiteur que les contrats qui la concernent posent des questions qui leur sont propres, comme celle de savoir si le créancier et le débiteur doivent être tous deux parties à ces contrats. Nous avons vu que ce n'est pas toujours nécessaire mais que si l'un des sujets de l'obligation est étranger au contrat il s'agit de savoir comment il devra être informé ou intégré à une opération qui s'est déjà formée sans lui, ce qui conduit à l'organisation de formalités qui seraient inutiles si l'objet du contrat était différent.

Nous avons vu aussi que les rapports entre le créancier et le débiteur posent en termes particuliers la question de la cause du contrat et des obligations qu'il engendre et celle de savoir si on peut écarter cette cause en admettant des contrats abstraits.

Mais la physionomie juridique des contrats ayant fait l'objet de ce cours ne pourra se préciser que par l'étude de leurs effets qu'il est trop tard pour entreprendre cette année. Ils pourront faire le thème d'un autre cours.

P I H

TABLE DES MATIERES	Pages
<u>Introduction</u>	3
§ 1 - Une obligation peut être l'objet d'un contrat	3
§ 2 - Les conditions auxquelles une obligation peut faire l'objet d'un contrat	5
A - L'évolution de la conception de l'obligation	6
B - La conception actuelle de l'obligation	21
§ 3 - Les principaux contrats ayant pour objet une obligation	23
A - Les contrats pouvant avoir pour objet une obligation quelconque	23
B - Les contrats ayant pour objet une obligation envisagée comme un bien	24
§ 4 - Le particularisme des contrats ayant pour objet une obligation	25
<u>Première Partie</u>	
LA FORMATION DU CONTRAT	27
<u>Chapitre I - Le consentement</u>	28
Section I - Les contrats à deux parties	29
Sous-Section I - Les contrats entre créancier et débiteur	29
§ 1 - Les conventions extinctives	29

	<u>Pages</u>
A - la remise individuelle de dette ..	30
B - La remise collective de dette	32
§ 2 - Les conventions modificatives	34
A - Les diverses conventions modificatives	34
B - Le rôle de la volonté des parties dans la qualification de la convention	36
Sous-Section II - Les contrats entre l'un des sujets de l'obligation et un tiers	44
§ 1 - Les contrats entre le créancier et un tiers	45
I - Les parties au contrat	46
II - Le rôle du débiteur	52
§ 2 - Les contrats entre le débiteur et un tiers	57
I - La subrogation consentie par le débiteur	57
A - Les parties au contrat de subrogation ex parte debitoris	60
B - L'inutilité de l'accord du créancier	67
II - La cession de dette imparfaite ...	70
Section II - Les contrats à trois parties	75
§ 1 - Les parties à la cession de dette parfaite	75
§ 2 - Les parties à la novation par changement de créancier	83

	<u>Pages</u>
§ 3 - Les parties à la délégation	84
A - La délégation parfaite	85
B - La délégation imparfaite	87
Section III - Les parties à la cession de contrat	89
A - La volonté du cédé est-elle nécessaire ?	93
B - Le rôle et la portée de l'acceptation du cédé	94
<u>Chapitre II - La cause</u>	101
Section préliminaire - Rappel des principes de la théorie de la cause	101
Section I - Les contrats causés	106
§ 1 - La détermination de la cause dans les contrats ayant pour objet une obligation	107
A - L'obligation préexistante cause de l'obligation contractuelle	107
B - Le paiement cause de la subrogation	113
C - Le contrat préexistant cause de l'obligation contractuelle	113
§ 2 - Le rôle de la cause dans les contrats ayant pour objet une obligation	117
A - La cause joue son rôle habituel ...	117
B - La cause explique l'opposabilité de certaines exceptions	118
Section II - Les contrats abstraits	125
Sous-Section I - La délégation	127
§ 1 - Détermination de la cause de la délégation	128

Pages

II - Les équivalents des formalités légales	170
§ 2 - Les contrats soumis à ces formalités ..	175
§ 3 - Le rôle des formalités	178
Section II - Les contrats ayant pour objet une obligation constatée par un titre négociable	184
Sous-Section I - Les procédés de transmission des titres négociables	185
I - Les procédés de transmission du droit commercial	185
II - L'utilisation des procédés du droit commercial en droit civil	189
A - Les procédés du droit commercial sont-ils utilisables ?	189
B - Les procédés du droit commercial sont-ils exclusifs ?	193
Sous-Section II - Les procédés de transmission des créances hypothécaires.	194
§ 1 - Les copies exécutoires à ordre	195
I - Les conditions d'établissement d'une copie exécutoire à ordre	195
A - Les cas dans lesquels peut être établie une copie exécutoire à ordre	195
B - Les conditions de forme de la copie exécutoire	196
II - La réglementation de l'endossement	197
A - Les formalités de l'endossement ..	197
B - Les effets de l'endossement ..	200

Pages

§ 2 - La délégation est-elle un acte causé ou un acte abstrait ?	133
A - La thèse du caractère abstrait de la délégation	133
B - La valeur de la thèse du caractère abstrait de la délégation	139
Sous-Section II - La transmission des titres négociables	144
Chapitre III - <u>Les formalités</u>	153
Section I - Les contrats ayant pour objet une obligation quelconque	153
Sous-Section I - Les formalités requises lors de la conclusion du contrat ..	154
§ 1 - Les contrats solennels	154
I - Le parallélisme des formes	154
II - La sécurité de l'opération	155
III - La prévention de la fraude	157
A - Les formalités de l'art. 1250 2° ..	158
B - Les sanctions de ces formalités ..	161
§ 2 - La question des contrats réels	161
Sous-Section II - Les formalités postérieures à la conclusion du contrat	165
§ 1 - Les formalités	165
I - Les formalités prévues par la loi ..	166
A - L'information du débiteur	166
B - L'acceptation du débiteur	168

	<u>Pages</u>
§ 2 ~ Les billets négociables	202
<u>Conclusion de la première partie</u>	204

Approuvé d'imprimer le 14 juin 1978