

La délégation du *Code civil du Québec* : une cession de dette ?

Michelle Cumyn

Volume 43, Number 4, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043726ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043726ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Cumyn, M. (2002). La délégation du *Code civil du Québec* : une cession de dette ? *Les Cahiers de droit*, 43(4), 601–649. <https://doi.org/10.7202/043726ar>

Article abstract

In the *Civil Code of Québec*, delegation rises to a level of new independence. The Code provides it with its own set of rules, including some that are different from the ones which apply to novation performed by substitution of a new debtor. The author believes that delegation ought to be conceived henceforth as an assignment of debt. She initially demonstrates how an assignment of debt is admissible under Québec law, just as is an assignment of claim. Arguments sometimes set up against its recognition are groundless. One should distinguish the perfect assignment of debt, which conveys the obligation to the new debtor while discharging the former debtor, from the imperfect assignment of debt, whereby the creditor's action against the former debtor is maintained should the new debtor default. An imperfect assignment may occur between the former and the new debtors without the creditor's consent, whereas a perfect assignment requires the creditor's consent.

The author goes on to establish that the true purpose, in economic terms, of delegation, is to transfer a debt between the former and the new debtors. The traditional view of delegation as creating a new debt that is added to or substituted for the former one, is inadequate according to the provisions of the Code itself. For instance, under the traditional view, perfect delegation is tantamount to novation performed by substitution of a new debtor. So, is one to apply the rules governing delegation or those relating to novation ? The author maintains that delegation does not create a new debt. Even perfect delegation does not extinguish the accessories and exceptions linked to the original obligation. Perfect delegation therefore remains subjected to the rules of delegation. The relevance of this analysis becomes clear in the discussion that follows, which deals with the recent controversy in the Court of appeal, respecting the creditor's duty to inform the former debtor, following the assignment of a hypothecary loan.

La délégation du Code civil du Québec : une cession de dette* ?

Michelle CUMYN**

Dans le Code civil du Québec, la délégation acquiert une indépendance nouvelle. Le Code la dote en effet d'un régime propre, dont certaines règles diffèrent de celles qui sont applicables à la novation par changement de débiteur. L'auteure propose de concevoir dorénavant la délégation comme une cession de dette. Elle démontre d'abord que la cession de dette doit être admise par le droit québécois, au même titre que la cession de créance. Les arguments parfois formulés à l'encontre de sa reconnaissance sont sans fondement. Il convient de distinguer la cession parfaite de la dette, qui opère le transfert de l'obligation au nouveau débiteur tout en libérant l'ancien, de la cession imparfaite de la dette, qui préserve le recours du créancier contre l'ancien débiteur, en cas de défaut du nouveau débiteur. La cession imparfaite peut intervenir entre l'ancien débiteur et le nouveau, sans le consentement du créancier, tandis que la cession parfaite nécessite l'assentiment du créancier.

L'auteure établit ensuite que l'interprétation de la délégation comme une cession de dette est conforme à sa finalité, qui a toujours été d'opérer un transfert économique de la dette. La conception traditionnelle de la délégation comme la création d'une nouvelle dette qui s'ajoute ou se substitue à l'ancienne est inappropriée à plusieurs points de vue, d'après les dispositions mêmes du Code. Ainsi, selon la conception traditionnelle,

* L'auteure souhaite exprimer sa gratitude envers Mme Lina Lalancette, qui a effectué la recherche pour le présent article. Elle remercie également les professeurs Daniel Gardner et Madeleine Cantin Cumyn pour leurs commentaires, qui lui ont permis d'enrichir et de nuancer son analyse. Elle souhaite enfin souligner la contribution de la Fondation pour la recherche juridique dont la subvention, accordée dans le contexte d'un projet plus large sur la cession de contrat, a permis la réalisation de cette première étape du projet.

** Professeure adjointe, Faculté de droit, Université Laval.

la délégation parfaite équivaut à une novation par changement de débiteur. Faut-il alors appliquer le régime de la délégation ou celui de la novation ? Selon l'auteure, la délégation ne crée pas de nouvelle dette. Même parfaite, elle conserve les accessoires et les exceptions liées à l'obligation d'origine. Elle demeure soumise aux seules règles de la délégation. Cette analyse s'avère pertinente par rapport à la résolution de la controverse jurisprudentielle qui vient de gagner la Cour d'appel, concernant l'existence d'un devoir de renseignement du créancier envers l'ancien débiteur, dans le contexte d'une reprise du prêt hypothécaire.

In the Civil Code of Québec, delegation rises to a level of new independence. The Code provides it with its own set of rules, including some that are different from the ones which apply to novation performed by substitution of a new debtor. The author believes that delegation ought to be conceived henceforth as an assignment of debt. She initially demonstrates how an assignment of debt is admissible under Québec law, just as is an assignment of claim. Arguments sometimes set up against its recognition are groundless. One should distinguish the perfect assignment of debt, which conveys the obligation to the new debtor while discharging the former debtor, from the imperfect assignment of debt, whereby the creditor's action against the former debtor is maintained should the new debtor default. An imperfect assignment may occur between the former and the new debtors without the creditor's consent, whereas a perfect assignment requires the creditor's consent.

The author goes on to establish that the true purpose, in economic terms, of delegation, is to transfer a debt between the former and the new debtors. The traditional view of delegation as creating a new debt that is added to or substituted for the former one, is inadequate according to the provisions of the Code itself. For instance, under the traditional view, perfect delegation is tantamount to novation performed by substitution of a new debtor. So, is one to apply the rules governing delegation or those relating to novation ? The author maintains that delegation does not create a new debt. Even perfect delegation does not extinguish the accessories and exceptions linked to the original obligation. Perfect delegation therefore remains subjected to the rules of delegation. The relevance of this analysis becomes clear in the discussion that follows, which deals with the recent controversy in the Court of appeal, respecting the

creditor's duty to inform the former debtor, following the assignment of a hypothecary loan.

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| 1 Les réticences à l'égard de la cession de dette | 609 |
| 1.1 L'imposition, au créancier, d'un changement de débiteur | 611 |
| 1.1.1 Les qualités du débiteur | 611 |
| 1.1.2 La solvabilité du débiteur | 612 |
| 1.2 L'impossibilité juridique de la cession de dette | 613 |
| 1.2.1 La rupture du lien d'obligation | 614 |
| 1.2.2 La dette opposée au bien | 616 |
| * * * | |
| 2 La délégation : une nouvelle dette ou une cession ? | 619 |
| 2.1 La finalité de la délégation | 620 |
| 2.2 La formation de la délégation | 623 |
| 2.2.1 L'ancien débiteur (délégant) | 623 |
| 2.2.2 Le nouveau débiteur (délégué) | 626 |
| 2.2.3 Le créancier (délégataire) | 628 |
| 2.2.3.1 L'acceptation, par le créancier, de la délégation imparfaite .. | 630 |
| 2.2.3.2 L'acceptation, par le créancier, de la délégation parfaite | 632 |
| 2.2.3.3 L'opposabilité de la délégation au créancier | 633 |
| 2.3 Les effets de la délégation | 634 |
| 2.3.1 Les effets à l'égard du nouveau débiteur (délégué) | 634 |
| 2.3.1.1 La portée de l'engagement du nouveau débiteur | 634 |
| 2.3.1.2 Les exceptions que peut invoquer le nouveau débiteur | 635 |
| 2.3.2 Les effets à l'égard de l'ancien débiteur (délégant) | 638 |
| 2.3.2.1 L'étendue de la responsabilité de l'ancien débiteur | 639 |
| 2.3.2.2 Les moyens dont dispose l'ancien débiteur contre le nouveau débiteur | 640 |
| 2.3.3 Les effets à l'égard du créancier (délégataire) | 641 |
| 2.3.3.1 L'étendue des recours du créancier | 641 |
| 2.3.3.2 Le devoir de renseignement du créancier | 642 |
| * * * | |
| Conclusion | 649 |

Contrairement à la cession de créance, la cession de dette ne s'est toujours pas émancipée de la novation, moyen juridique trouvé par le droit romain pour réaliser, de manière détournée, le transfert économique d'une créance ou d'une dette.

Lorsqu'en droit romain un créancier voulait transmettre à un tiers le bénéfice de sa créance ou si un débiteur désirait transmettre à un tiers la charge de sa dette, il leur fallait créer une nouvelle obligation, identique à l'ancienne, entre le débiteur et le nouveau créancier ou entre le créancier et le nouveau débiteur, selon le cas. Le but économique des parties était atteint : transfert du bénéfice de la créance ou de la charge de la dette ; mais, sur le plan juridique, la novation opère la création d'une nouvelle obligation et l'extinction de l'ancienne. Pour cette raison, la novation n'est pas sans inconvénients. Elle nécessite la collaboration du créancier ou du débiteur cédés ; elle entraîne en principe la perte des exceptions et des accessoires liées à l'obligation d'origine¹.

La reconnaissance de la cession de créance est une étape très importante dans l'évolution du droit civil. Ainsi, la créance est transmise non plus par le moyen détourné d'un nouvel engagement du débiteur envers le nouveau créancier, mais par un contrat de cession intervenant directement entre l'ancien et le nouveau créancier et opérant le transfert de l'obligation, avec ses accessoires et ses exceptions, au nouveau créancier².

La reconnaissance parallèle de la cession de dette est une étape que les droits québécois et français hésitent encore à franchir. Pourtant, des

-
1. Au sujet de la transmission d'une créance ou d'une dette en droit romain, voir : P. GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, L. Larose, 1879 ; E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, A. Rousseau, 1898, titre 1, chap. 1 ; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta, 1990, p. 58 et suiv. Il existait en droit romain un autre mode de transfert indirect d'une créance : le mandat judiciaire ou *litiscontestatio*. C'est le modèle de la novation qui a le plus influé sur l'évolution ultérieure du droit français.
 2. Gide s'est efforcé de démontrer que le droit romain était parvenu à la reconnaissance de la cession de créance. Voir : P. GIDE, *op. cit.*, note 1, p. 435-436 ; aussi R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, note 1, p. 62 et suiv. ; M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 1265 ; S. GAUDEMET, *op. cit.*, note 1, p. 43-44, est plutôt d'avis qu'il n'existe pas encore de véritable cession de créance en droit romain et qu'il faudra attendre le XVIII^e siècle pour la voir clairement consacrée par la doctrine française. E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, Paris, L.G.D.J., 2001, n° 36, rapporte qu'en France la cession de créance est d'abord apparue dans la pratique, pour être consacrée ensuite par le droit coutumier, dès le XVI^e siècle.

auteurs célèbres en ont démontré l'intérêt, tout en répudiant, par des arguments convaincants, les réticences exprimées à son égard³.

Alors que plusieurs pays dans la tradition civiliste ont reconnu et réglementé la cession de dette⁴, la France et le Québec ont adopté une approche plus prudente, consistant à adapter les règles de la novation par changement de débiteur pour lui en faire emprunter certains traits. C'est la délégation qui a surtout servi de véhicule à cette transformation. La délégation est actuellement conçue par la doctrine et la jurisprudence françaises et québécoises⁵ comme le fait pour un nouveau débiteur (délégué) de s'engager envers un créancier (délégataire) à payer la dette de l'ancien débiteur de ce dernier (délégant)⁶. Selon cette conception de la délégation,

-
3. R. SALEILLES, « De la cession de dette », (1890) 4-2 *Annales de droit commercial* 1 ; E. GAUDEMET, *op. cit.*, note 1, p. 287 et suiv. ; F. GÉNY, « Une théorie française du transport de dettes d'après un livre récent », (1899) *Revue critique* 450. Voir aussi C. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, Strasbourg, Éditions Brandt, 1951. Ces auteurs ont été inspirés par les doctrines allemandes du XIX^e siècle et l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1900, du code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB), qui admettent une cession juridique de la dette.
 4. BGB, art. 414 et suiv. Il en est de même, plus récemment, du nouveau code civil néerlandais (*Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek*), art. 155 et suiv.
 5. Pour connaître l'évolution de la conception doctrinale de la délégation, jusqu'à l'adoption du *Code civil des Français* (C.c.F.), voir E. GAUDEMET, *op. cit.*, note 1, p. 196 et suiv., et F. HUBERT, *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, Poitiers, Société française d'imprimerie, 1899, nos 16 et suiv. Comme l'ont souligné ces auteurs, le droit romain a de la délégation une conception différente de celle du droit français ou québécois, qui la démarque davantage de la novation. À vrai dire, la novation du droit romain est une simple technique permettant de remplacer une obligation par une autre grâce à la forme romaine de la stipulation. Les parties au nouveau rapport d'obligation stipulent la nouvelle dette en remplacement de l'ancienne. La délégation du droit romain, quant à elle, apparaît comme une notion substantielle plutôt que formelle ; elle a été définie comme « toute prestation faite sur l'ordre d'autrui » : P. GIDE, *op. cit.*, note 1, p. 393 ; cette définition a été reprise par E. GAUDEMET, *op. cit.*, note 1, p. 49. La délégation romaine regroupe en son sein le fait de payer autrui, à la demande du délégant (indication de paiement) et le fait de s'engager envers autrui à la demande du délégant (délégation au sens moderne). Par ailleurs, la délégation romaine est soit active, auquel cas elle réalise le transfert économique d'une créance, soit passive, c'est-à-dire qu'elle effectue le transfert économique d'une dette. Elle est active lorsqu'un créancier ordonne à son débiteur de s'engager envers un tiers et passive dès lors qu'un débiteur commande à un tiers de s'engager envers son créancier. Ainsi, dans la conception romaine, les notions de délégation et de novation ne se recoupent que partiellement, en ce sens que la novation par changement de créancier ou de débiteur peut être le moyen de réaliser une délégation.
 6. Parce que nous trouvons que les termes « délégant », « délégué » et « délégataire » prêtent facilement à confusion, nous parlerons plutôt ici de l'« ancien débiteur », pour désigner le délégant, du « nouveau débiteur », pour nommer le délégué et du « créancier », pour représenter le délégataire.

que nous désignons comme « traditionnelle », l'engagement du nouveau débiteur envers le créancier intervient à la demande de l'ancien débiteur et constitue une *nouvelle dette* ayant le même objet que la dette primitive. Si nous la comparons à la novation par changement de débiteur, la délégation ainsi conçue offre une solution de rechange intéressante aux parties : l'ajout du nouveau débiteur peut ou non s'accompagner de la libération de l'ancien. Si l'ancien débiteur est libéré par le créancier, il s'agit d'une délégation parfaite, qui se confond alors avec la novation par changement de débiteur ; si l'ancien débiteur n'est pas libéré, c'est une délégation imparfaite, le créancier se retrouvant alors avec deux débiteurs plutôt qu'un.

Pour adapter le régime juridique de la délégation parfaite ou novation par changement de débiteur aux besoins de la pratique, les législateurs français et québécois ont autorisé les parties à réserver les hypothèques et privilèges liés à l'ancienne dette, pour les reporter sur la nouvelle⁷. Cette règle va clairement à l'encontre de la nature même de ces institutions, dans leur conception traditionnelle, puisque la création d'une *nouvelle* dette exclut en principe de lui appliquer les accessoires de l'ancienne. Depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, il est également permis, dans la délégation, au nouveau débiteur d'invoquer les moyens de défense qu'aurait pu faire valoir l'ancien débiteur à l'encontre du créancier, une règle qui s'écarte, elle aussi, de la conception traditionnelle de cette institution : si la dette contractée par le nouveau débiteur à l'égard du créancier est *nouvelle*, comment les exceptions liées à l'ancienne dette pourraient-elles s'y appliquer⁸ ?

En dépit de la transfiguration qu'ils font subir à la délégation et à la novation par changement de débiteur, en éloignant leur régime du régime propre à la novation pour le rapprocher de celui de la cession de dette, le *Code civil des Français* et le *Code civil du Bas Canada* marquent encore très clairement les liens entre la délégation et la novation. Il y est indiqué en toutes lettres que la délégation emporte novation de la dette, en cas de libération de l'ancien débiteur : c'est donc que la dette entre le nouveau débiteur et le créancier est une nouvelle dette, distincte de la dette

7. C.c.F., art. 1279, al. 2 ; *Code civil du Bas Canada* (C.c.B.C.), art. 1177 ; *Code civil du Québec* (C.c.Q.), art. 1663, al. 2.

8. C.c.Q., art. 1670. En France, la première chambre civile de la Cour de cassation a spontanément admis cette règle, qui n'est pas précisée dans le *Code civil des Français*, tandis que la chambre commerciale s'y est opposée : A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, PUF, 1998, n^o 178.

d'origine⁹. Par conséquent, même si elle est tentante, l'assimilation de la délégation à une cession de dette n'y est pas encore sérieusement envisageable¹⁰.

C'est pourquoi les auteurs français partisans de la cession de dette ont surtout plaidé pour sa reconnaissance en tant qu'opération innommée, dont les parties peuvent se prévaloir en vertu de la liberté contractuelle¹¹. Il faut dire que la pratique ne les a guère suivis, préférant au régime incertain de la cession de dette celui, moins adapté mais plus sûr, de la délégation.

La conception traditionnelle de la délégation comme la création d'une *nouvelle dette* contractée par le nouveau débiteur envers le créancier nous paraît doublement inappropriée. Tout d'abord, elle ne rend pas compte du fait que c'est dans les rapports entre l'ancien et le nouveau débiteur que naît la délégation, et non dans les rapports entre le nouveau débiteur et le créancier. Ensuite, elle ne témoigne pas du fait que le nouveau débiteur est tenu, finalement, de rembourser *la dette même* de l'ancien débiteur, avec ses accessoires et ses exceptions.

-
9. L'article 1173 C.c.B.C., qui apparaît dans la section intitulée « De la novation », se lit comme suit : « La délégation par laquelle un débiteur donne à son créancier un nouveau débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, à moins qu'il ne soit évident que le créancier entend décharger le débiteur qui fait la délégation. » L'article 1275 C.c.F., dont la rédaction est semblable, est situé lui aussi dans une section consacrée à la novation.
10. « En réalité, la délégation est inapte à réaliser une cession de dette ou une cession de créance car elle ne réalise pas une *succession dans le rapport d'obligation*, puisqu'elle crée une obligation nouvelle distincte, par définition, de l'ancienne » : M. BILLIAU, *La délégation de créance*, Paris, L.G.D.J., 1989, n° 390. E. GAUDEMET, *op. cit.*, note 1, p. 310-311, tente néanmoins de faire reconnaître la cession de dette dans le contexte même de la délégation. Voici comment il s'y prend : « Le Code civil, d'après la théorie que nous avons exposée, offre aux contractants, dans l'article 1275, une alternative : libérer l'ancien débiteur par une novation ; ou bien obliger le délégué sans libérer le déléguant. Les deux solutions sont inconciliables avec la succession à la dette. Mais il faut remarquer que le Code se borne à régler par là les effets présumés de la délégation. Il ne dit rien de la nature juridique de l'acte lui-même : nous pouvons donc nous demander si cet acte, par sa structure, se prête à la réalisation de la succession à la dette, dont nous avons montré la possibilité. » Un peu plus loin, il ajoute (p. 316) : « Le silence du Code [à propos de la succession à titre particulier à la dette] n'est pas une prohibition : c'est une lacune regrettable, mais que la pratique a le pouvoir de combler. » Voir aussi C. LAPP, *op. cit.*, note 3, nos 38 et 54.
11. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 3, nos 27, 39 et suiv. ; F. GÉNY, *loc. cit.*, note 3, p. 456-457 ; F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, nos 245 et 249 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 2^e éd., Paris, Sirey, 1933, n° 830 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, t. 3 : « Le rapport d'obligation », 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2001, n° 395 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 1211.

Si les partisans français de la cession de dette n'ont pas eu d'autre choix que de proposer cette dernière à la pratique en tant qu'opération innommée, nous croyons qu'il est possible, depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, de prétendre que la délégation québécoise a suffisamment évolué pour qu'on la considère dorénavant comme une véritable cession de dette. Le Code a en effet rompu les liens étroits qui existaient, sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, entre la novation et la délégation. Ces institutions font dorénavant partie de sections distinctes et les différences de régime entre elles se sont également accentuées¹².

Nous ne prétendons pas, d'ailleurs, que le législateur québécois a consciemment choisi d'abandonner le modèle de la novation pour celui de la cession de dette, ce qui n'est manifestement pas le cas, d'après les *Commentaires du ministre de la Justice*¹³. Simplement, en séparant nettement la délégation de la novation et en adaptant encore davantage son régime aux buts réellement poursuivis par les parties, le législateur a rapproché la délégation du second schéma tout en l'éloignant du premier, si bien que nous pouvons maintenant envisager très sérieusement un changement de paradigme. Nous verrons que, par quelques aspects, la délégation du *Code civil du Québec* emprunte encore à la novation, mais que par d'autres, plus significatifs, elle bascule du côté de la cession de dette.

Nous avons trouvé, dans les écrits de Saleilles sur la cession de dette, une source d'inspiration et d'encouragement pour la rédaction du présent article. Comme il le rappelle pertinemment, « un Code ne donne que des solutions et non des définitions [...] Une définition est le résumé d'une conception scientifique ; le législateur ne doit pas faire œuvre de science et le terrain des conceptions doctrinales est affaire de spéculation et non de législation¹⁴. » Peu importe la conception doctrinale du ministre de la Justice, il appartiendra à la doctrine et aux tribunaux de déterminer si la délégation du *Code civil du Québec* est mieux conçue comme la création d'une dette nouvelle ou la cession de la dette d'origine.

Puisque la cession de dette suscite encore certaines réticences au sein de la doctrine, nous démontrerons tout d'abord que ces réticences ne sont pas fondées et que la cession de dette mérite sa place dans le droit québécois.

12. Voir M. TANCELIN, *op. cit.*, note 2, n° 1318.

13. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1034 et suiv. Il y est affirmé, en particulier, que la délégation parfaite équivaut à la novation par changement de débiteur (p. 1035).

14. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 3, n° 42 ; voir, dans le même sens, E. GAUDEMET, *op. cit.*, note 1, p. 304-305.

cois. Par la même occasion, nous en préciserons les principales caractéristiques. Nous montrerons ensuite que la délégation, telle qu'elle est régie par le *Code civil du Québec*, devrait être interprétée dorénavant comme une cession de dette. Cette conception, davantage conforme aux solutions retenues par le Code, permet également d'en résoudre les incertitudes et d'en combler les lacunes.

1 Les réticences à l'égard de la cession de dette

Certains pourraient considérer que le débat entourant la possibilité de la cession de dette est un débat purement doctrinal, en s'imaginant que, de toute façon, il n'y a pas véritablement d'intérêt pratique à la cession de dette.

En tant qu'opération isolée, le transfert d'une dette semble moins courant, à première vue, que celui d'une créance, tout en s'accommodant apparemment du succédané¹⁵ que constitue la délégation, dans sa conception traditionnelle. Les principaux exemples de transfert de dettes qualifiés de délégations par la jurisprudence sont la reprise du prêt hypothécaire¹⁶, la reprise de dettes à l'occasion d'une vente d'entreprise¹⁷, l'engagement du maître d'ouvrage à payer directement au sous-traitant les montants dus à ce dernier par l'entrepreneur intermédiaire¹⁸ et l'engagement d'une entreprise à payer les dettes d'un partenaire clé ou d'un fournisseur, pour éviter que ses créanciers le mettent en faillite ou que ses propres fournisseurs cessent de l'approvisionner¹⁹. Il a également été suggéré que l'assurance responsabilité implique la délégation par l'assuré à l'assureur des dettes éventuelles pouvant être engendrées par sa responsabilité civile, ce qui expliquerait l'existence d'un recours direct de la victime

15. Nous empruntons l'expression à J. GHESTIN, « La transmission des dettes », dans *Journées d'études juridiques Jean Dabin 1978 — Transmission des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 59, n° 92.

16. Voir par exemple : *Chaussé c. Leduc*, (1922) 33 C.B.R. 530 ; *Proulx c. Leblanc*, [1969] B.R. 461 ; *Proulx c. Leblanc*, [1969] R.C.S. 765 ; *Édifice Georges inc. c. Société de la Caisse de retraite de la Banque canadienne nationale*, [1974] C.A. 456 ; *Laberge c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*, [1998] R.J.Q. 1956 (C.A.).

17. Voir par exemple *In re Belleau*, [1982] C.S. 180.

18. Voir par exemple : *Dominion Sound Equipments Ltd. c. A.B. Clarke (1964) Ltd.*, [1969] B.R. 353 (résumé) ; *Terreau et Racine Ltée c. Napoléon Trudel et Fils inc.*, [1963] C.S. 271.

19. Voir par exemple : *T. Havill inc. c. Corp. financière Brome inc.*, C.Q. Montréal, n° AZ-98036606, 10 novembre 1998 ; *Cold Springs Farm Ltd. c. Viandes et aliments Or-fil (Canada) inc.*, J.E. 95-407 (C.S.) [confirmé en appel : J.E. 98-1543].

contre l'assureur²⁰. Nous verrons à la section 2 que, dans ces cas, l'interprétation de la délégation comme une cession de dette permet de mieux rendre compte de l'opération envisagée par les parties.

Par ailleurs, certaines techniques de transfert courantes en matière de droit commercial et de droit bancaire se sont développées en marge du droit commun, ne pouvant s'insérer dans le cadre trop rigide de la délégation : les lettres de crédit en sont un bon exemple. Les assouplissements au régime juridique de la délégation découlant de sa conception comme une cession de dette devraient permettre de rendre compte de telles opérations, comme nous le verrons également dans la section 2.

Enfin, le transfert de dettes est souvent une constituante d'opérations plus larges et la nécessité de l'appréhender à travers le prisme de la délégation dans sa conception traditionnelle complique alors singulièrement l'analyse. Nous sommes d'avis, par exemple, que le débat doctrinal sur la cession de contrat s'en trouverait simplifié s'il existait une définition plus claire des conditions de réalisation et des effets de la cession de dette. C'est d'ailleurs dans le contexte d'un projet de recherche plus large sur la cession de contrat que nous avons décidé, dans un premier temps, de nous attarder sur le problème de la cession de dette, dans ses rapports avec la délégation²¹.

Maintenant que nous avons établi l'intérêt et le potentiel de la cession de dette, penchons-nous sur les objections formulées à son égard, qui pourraient se résumer en deux propositions. Premièrement, il est impensable d'imposer au créancier un changement de débiteur. Deuxièmement, la

20. *Co. d'assurances Bélair c. Bélanger*, [1980] C.P. 263 ; voir l'article 2501 C.c.Q.

21. Notons que les enjeux de la cession de contrat sont à la fois plus simples et plus complexes que ceux de la cession de dette. Ils sont plus simples en ce sens que la cession de dette à titre isolé, tout comme la cession de créance d'ailleurs, suppose l'extraction de l'obligation cédée du rapport contractuel d'origine : il n'est pas toujours aisé de déterminer dans quelle mesure il convient de transporter les attributs du rapport d'origine entre cédant et cédé, avec l'obligation cédée, dans le nouveau rapport entre cédé et cessionnaire. Voir M. TANCELIN, *op. cit.*, note 2, n° 1286 ; C. LAPP, *op. cit.*, note 3, n° 31 ; *Cegeco Design & Construction Ltée c. 137857 Canada Inc.*, [1988] R.J.Q. 332 (C.A.). La cession du contrat en son entier pose moins de problèmes à cet égard. En revanche, la cession de contrat présente un défi additionnel par rapport à la cession de dette ou de créance, à savoir que le contrat ne peut pas être réduit à un ensemble d'obligations, présentes ou futures. Le contrat est beaucoup plus : c'est une relation entre deux personnes pouvant engendrer des effets juridiques autres que des obligations et un cadre à l'intérieur duquel ces personnes pourront créer de nouvelles obligations. Bref, la reconnaissance de la cession de dette ne pourra constituer qu'un premier pas vers une meilleure compréhension de la cession de contrat.

cession de dette représente une impossibilité juridique. La première proposition fait appel à des considérations de politique juridique : il est dangereux en effet de reconnaître une institution qui pourrait léser les créanciers. La seconde proposition soulève un obstacle d'ordre conceptuel : il apparaît difficile de se représenter, à l'intérieur des catégories juridiques actuelles du droit québécois ou français, la cession d'une dette.

1.1 L'imposition, au créancier, d'un changement de débiteur

L'imposition d'un changement de débiteur au créancier est problématique de deux points de vue. D'une part, elle prive le créancier de la faculté de choisir son débiteur, en considération de ses aptitudes à remplir l'obligation dont il sera tenu. D'autre part, elle suppose que le créancier risque de se trouver devant un nouveau débiteur moins solvable que ne l'était le débiteur d'origine.

1.1.1 Les qualités du débiteur

De nombreux auteurs font valoir, à l'encontre de la cession de dette, l'objection que l'identité du débiteur n'est pas indifférente pour le créancier²². Au moment de contracter, le créancier choisit avec soin son débiteur pour s'assurer qu'il est compétent et solvable. L'admission de la cession de dette sans le consentement du créancier priverait alors ce dernier du libre choix de son cocontractant.

Ces auteurs ajoutent souvent qu'il serait trompeur d'établir ici un parallèle entre la cession de dette et la cession de créance. Contrairement à l'identité du débiteur pour le créancier, celle du créancier serait indifférente pour le débiteur : peu importe à celui-ci qu'il paie sa dette au profit de telle personne ou de telle autre²³. Or, c'est méconnaître le fait que certains créanciers sont souples et d'autres, inflexibles ! Le débiteur peut avoir intérêt, lui aussi, à choisir soigneusement son créancier. D'ailleurs, il serait faux de prétendre que la cession de créance n'impose aucun inconvénient au débiteur. Elle expose ce dernier au risque de payer, par erreur, le mauvais créancier et d'être alors contraint de payer de nouveau. Elle peut également faire perdre au débiteur le bénéfice de certaines exceptions dont il aurait pu se

22. Voir J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001, n° 505.1 ; M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, Paris, L.G.D.J., 2002, n° 4 ; J.-L. AUBERT, « Cession de dette », dans *Encyclopédie Dalloz*, Répertoire civil (1996), n° 6.

23. *Ibid.*

prévaloir à l'encontre de l'ancien créancier²⁴. Bref, même si la cession de créance cause indéniablement certains inconvénients au débiteur, le droit lui donne effet, tout en protégeant le mieux possible ce débiteur, en raison de la grande utilité économique de l'opération. Nous ne voyons pas pourquoi il n'en serait pas de même pour la cession de dette.

D'ailleurs, l'objection fondée sur l'intérêt du créancier à choisir son débiteur est très clairement démentie par le Code à l'article 1555 :

1555. Le paiement peut être fait par toute personne, lors même qu'elle serait un tiers par rapport à l'obligation [...].

Toutefois, le créancier ne peut être contraint de recevoir le paiement d'un tiers lorsqu'il a intérêt à ce que le paiement soit fait personnellement par le débiteur.

Le principe énoncé à l'article 1555 veut que le créancier ne puisse pas s'opposer à ce que le paiement soit fait par une personne autre que le débiteur, pourvu que ce paiement soit objectivement conforme à l'obligation. Le droit du créancier au libre choix de son débiteur ne constitue donc pas une objection valable à la reconnaissance de la cession de dette²⁵.

En revanche, les dettes dont le créancier a un intérêt légitime à ce qu'elles soient exécutées par le débiteur en personne ne sont pas cessibles sans le consentement du créancier, en vertu du second alinéa.

1.1.2 La solvabilité du débiteur

Si les qualités personnelles du débiteur ne constituent généralement pas un motif valable pour s'opposer à la cession de dette, il en va tout autrement de sa solvabilité. Il ne serait pas accepté qu'un débiteur puisse se dégager de son obligation envers le créancier en étant remplacé par un débiteur moins solvable.

Les articles 2644 et 2645 énoncent ce qui suit :

2644. Les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers.

2645. Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir [...].

24. C.c.Q., art. 1560, 1643 *a contrario*, 1680. Voir, par exemple, *Produits d'aluminium Tournesol Inc. c. Thorne Riddell Inc.*, C.A. Montréal, n° AZ-87018230, 8 juillet 1987.

25. P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission passive des obligations « ut singuli » : la reprise de dette » dans *Journées d'études juridiques Jean Dabin, op. cit.*, note 15, 143, n° 56 ; E. GAUDEMET, *op. cit.*, note 1, p. 287-289 ; C. LAPP, *op. cit.*, note 3, n° 27.

C'est bien du gage commun sur le patrimoine de l'ancien débiteur dont le créancier ne pourra être privé par le truchement de la cession de dette, sans son consentement²⁶. Si le Code affirme de manière péremptoire que « la novation ne se présume pas ; l'intention de l'opérer doit être évidente²⁷ » ou que « le créancier délégataire, s'il accepte la délégation, conserve ses droits contre le débiteur délégant, à moins qu'il ne soit évident que le créancier entend décharger ce débiteur²⁸ », c'est justement pour protéger le créancier contre le risque que lui ferait courir la substitution d'un débiteur moins solvable.

Pour tenir compte de ce droit fondamental du créancier, il suffit d'admettre que la cession de dette peut être parfaite ou imparfaite. Parfaite, elle libère entièrement l'ancien débiteur, ce qui exige l'assentiment du créancier. Imparfaite, elle ne libère pas l'ancien débiteur, mais le créancier n'a alors aucun intérêt légitime à faire valoir pour s'y opposer. Il est à se demander si son consentement à l'opération devrait même être requis²⁹.

Plus précisément, l'effet de la cession de dette imparfaite nous paraît être de transmettre au nouveau débiteur la dette elle-même et de donner ouverture, contre lui, à l'ensemble des recours pour inexécution. Quant à l'ancien débiteur, il n'est plus tenu qu'accessoirement à l'exécution de la dette ; seul son patrimoine demeure garant de l'exécution conforme par le nouveau débiteur³⁰. Il s'ensuit que le créancier ne peut exercer son recours contre les biens de l'ancien débiteur qu'en cas de défaut, par le nouveau débiteur, de s'exécuter.

Maintenant que nous avons disposé et tenu compte des objections à la cession de dette qui se fondent sur la protection des intérêts du créancier, nous devons vérifier si elle est une opération dont il est possible de rendre compte à partir des notions élémentaires de notre droit.

1.2 L'impossibilité juridique de la cession de dette

En droit romain primitif, il y avait apparemment une conception étroitement personnelle de l'obligation, à savoir qu'elle ne pouvait pas survivre au changement de la personne du créancier ou du débiteur : changer une partie à l'obligation, c'était nécessairement lui substituer une obligation nouvelle.

26. C. LAPP, *op. cit.*, note 3, n° 28.

27. C.c.Q., art. 1661.

28. C.c.Q., 1668.

29. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 3, n° 13 ; P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 25, n° 56.

30. C. LAPP, *op. cit.*, note 3, n° 46.

Aujourd'hui, une préoccupation similaire s'exprime à travers le principe de l'effet relatif des contrats. Pour qu'une obligation conventionnelle existe entre deux parties, il faut, en principe, que ce soient elles qui l'aient contractée. Qui plus est, cette obligation ne peut pas produire ses effets à l'égard des tiers³¹.

D'ailleurs, selon la conception traditionnelle, le créancier doit apporter son concours à la délégation imparfaite, en dépit du fait que cette opération ne lui cause pas préjudice. La raison en est purement technique et découlerait d'une conception stricte du principe de l'effet relatif : pour que la dette existe entre le nouveau débiteur et le créancier, l'accord de volonté entre ces parties est nécessaire.

Dans ce cas, il faudrait admettre que la cession de créance est contraire au principe de l'effet relatif. La créance cédée existe entre le nouveau créancier et le débiteur, sans pour autant que ce dernier ait donné son accord à la création d'un lien de droit entre lui-même et le nouveau créancier. Or, c'est par l'assimilation de la créance à un bien que l'obstacle juridique que représente le principe de l'effet relatif a pu être contourné : la créance étant transmise, comme un bien, du patrimoine de l'ancien créancier au patrimoine du nouveau, le lien de droit est reporté au nouveau créancier sans qu'il soit nécessaire pour le débiteur cédé de réitérer son consentement. Il s'agit simplement du même lien de droit, à l'intérieur duquel s'est substitué un nouveau créancier. Pourrait-il en être de même de la cession de dette ?

Or, une partie de la doctrine demeure attachée à la conception selon laquelle la dette est indissociable de la personne du débiteur, de telle sorte qu'il serait impossible de concevoir un changement de débiteur sans que cela opère forcément une novation de la dette. Confrontés à l'incohérence de ce point de vue avec la reconnaissance de la cession de créance, ces auteurs se rabattent sur un second argument : contrairement à la cession de créance, la cession de dette est impossible à concevoir, parce que la dette n'est pas un bien.

1.2.1 La rupture du lien d'obligation

Ce point de vue a été réitéré encore tout récemment par le professeur Billiau, citant Demolombe : « [Le] changement du débiteur, c'est, nécessairement, le changement de la dette³² ! » M. Billiau affirme, en effet, que

31. J.-L. AUBERT, *loc. cit.*, note 22, n^{os} 8 et 9 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 11, n^o 394.

32. M. BILLIAU, *op. cit.*, note 22, n^o 96. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 5, Paris, Imprimerie

l'obligation est par sa nature intransmissible, car elle est un lien de droit entre deux personnes :

Une transmission de ce lien reviendrait alors à considérer que la personne du créancier ou du débiteur est indifférente, ce qui conduirait à la négation même de la notion d'obligation. En d'autres termes, puisque l'obligation est un lien interpersonnel, la disparition de l'un de ses titulaires conduit à son anéantissement. Le lien qui unit Paul à Jacques ne survit pas à la disparition de l'un ou de l'autre. Si Paul devient lié à Pierre, c'est un autre lien³³.

Pour expliquer la cession de créance, eu égard au principe de l'intransmissibilité de l'obligation qu'il énonce, cet auteur distingue la créance de l'obligation. La créance, « c'est l'anticipation du résultat économique objectif attendu de l'exécution de l'obligation³⁴ ». C'est celle-ci, dans la mesure où elle peut être assimilée à un bien, qui est cédée, et non le lien d'obligation lui-même, qui demeure inchangé. Le créancier qui cède sa créance transfère en fait le résultat économique anticipé de l'exécution de l'obligation par le débiteur. Cette conception très restrictive de la créance conduit en outre le professeur Billiau à admettre uniquement la cession de créances de sommes d'argent³⁵. Elle mène, selon nous, à une impasse, car elle ne permet pas de rendre compte du lien de droit qui existe, en raison de la cession de créance, entre le nouveau créancier et le débiteur et qui seul peut expliquer que le débiteur doit payer sa dette au nouveau créancier, ce dernier étant habilité à exercer, directement contre lui, les recours pour inexécution³⁶.

Nous sommes plutôt d'avis que c'est l'obligation elle-même qui est transmise par la cession de créance, le mot « créance » désignant la valeur positive que représente l'obligation dans le patrimoine du créancier. Si l'obligation peut survivre intacte au changement de créancier opéré par la cession de créance, pourquoi ne subsisterait-elle pas entière au changement de débiteur engendré par la cession de dette ?

générale, 1875, n° 305. Demolombe n'est d'ailleurs pas opposé, par principe, à la cession de dette. Il explique simplement que, contrairement au droit allemand, le droit français ne l'a pas admise. Or, il semble reconnaître la supériorité de la solution allemande lorsqu'il affirme ceci (n° 305) : « Les législations allemandes, au contraire, ont admis une véritable succession aux dettes ; la dette reste la même ; il n'y a de changé que la personne du débiteur ; résultat qui paraît plus conforme, soit à l'intention des parties, soit aux besoins du commerce. »

33. M. BILLIAU, *op. cit.*, note 22, n° 4.

34. *Id.*, n° 8.

35. *Id.*, n° 18.

36. *Id.*, n° 28.

Une seule objection peut encore être soulevée à cet égard : la dette, à l'opposé de la créance, n'est pas un bien.

1.2.2 La dette opposée au bien

Le professeur Sériaux a formulé l'argument suivant à l'encontre de la cession de dette :

Si les créances sont transmissibles, c'est parce qu'elles constituent, au moins en puissance, un bien, une valeur que l'on peut acquérir. Les dettes, elles, ne sont pas des biens ; ce sont au contraire des non-biens. « Céder » une dette n'a donc pas de sens³⁷.

C'est en rapprochant le droit de créance du droit réel et en les regroupant tous deux dans la catégorie des « biens » que le droit privé est d'abord parvenu à concevoir la cession de créance comme pouvant intervenir directement entre l'ancien et le nouveau créancier, sans la participation du débiteur cédé. C'est pourquoi la cession de créance a été régie, dans un premier temps, par le droit de la vente. En effet, la vente étant le moyen par excellence de transmettre un droit réel (en l'occurrence, le droit de propriété) à titre onéreux, elle devait servir de modèle à la cession de la créance, dorénavant assimilée à un bien.

La catégorie des biens regroupe les droits réels, les droits personnels et les droits intellectuels, qui constituent les éléments actifs du patrimoine. Celui-ci contient non seulement les biens, mais aussi les dettes et les charges d'une personne, qui en composent les éléments passifs. Or les éléments du patrimoine se caractérisent par le fait qu'ils ont une valeur économique, positive ou négative, et qu'ils sont, en principe, transmissibles³⁸.

37. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 8, n° 179. Voir aussi M. BILLIAU, *op. cit.*, note 22, n° 96.

38. S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 14-18 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^{os} 2, 3 et 5 ; F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », (1996) 95 R.T.D.Civ. 819, n^{os} 15, 22 et 23 ; E. GAUDEMET, *op. cit.*, note 2, p. 290 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd., t. 6, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1873, p. 231 : « Le patrimoine, considéré comme ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires, exprime lui-même, en définitive, l'idée d'une pareille valeur. Pour en déterminer la consistance, il faut, de toute nécessité, déduire le passif de l'actif. La circonstance, toutefois, que le passif surpasserait l'actif ne ferait pas disparaître l'existence du patrimoine, qui comprend les dettes comme il comprend les biens. » A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 8, n° 179, est d'avis, au contraire, que les dettes ne font pas partie du patrimoine : « Il faudrait se réhabituer à cette idée très simple que la dette n'est pas un élément du patrimoine » ; voir aussi A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine : brèves notations civilistes sur le verbe avoir », dans E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 311 et (1994) 93 R.T.D.Civ. 801.

Soulignons que l'assimilation de la créance à un bien et de la cession de créance à une vente n'a été qu'une étape vers la reconnaissance autonome de la cession de créance. Il est devenu très vite apparent qu'il existe des différences profondes entre le transfert d'un droit réel et celui d'un droit personnel, ce qui remet en cause l'homogénéité de la catégorie des « biens ». En réalité, tous les éléments du patrimoine, et non les seuls biens, sont en principe transmissibles.

La structure du *Code civil du Québec* nous semble à cet égard refléter un progrès important dans la conception québécoise de l'obligation. Dans le *Code civil du Bas Canada* comme dans le *Code civil des Français*, la cession de créance est régie par le contrat de vente. Quant à la novation et à la délégation, elles figurent parmi les causes d'extinction des obligations. Dans le *Code civil du Québec*, la cession de créance est dissociée de la vente et regroupée avec la subrogation, la novation et la délégation, dans un chapitre intitulé : « De la transmission et des mutations de l'obligation³⁹ ».

Si l'assimilation de la créance à un bien a permis une reconnaissance plus rapide de la cession de créance, elle a nuí, sur le plan conceptuel, à la reconnaissance de la cession de dette. Nous sommes d'avis que tous les éléments du patrimoine, réels ou personnels, actifs ou passifs, sont, en principe, transmissibles. Il n'y a aucune raison de reconnaître ce caractère aux seuls biens, à l'exclusion des dettes.

Insistons sur le fait que c'est la conception objective ou patrimoniale de l'obligation qui l'emporte aujourd'hui, dans l'opinion de la doctrine. Les points de vue contraires des professeurs Billiau et Sériaux, que nous venons d'exposer, demeurent isolés⁴⁰.

En guise de conclusion à la première partie de notre étude, nous proposerons de la cession de dette une définition qui tient compte de la seule objection valable qui a pu lui être opposée, soit le respect du gage commun du créancier.

39. Une anomalie subsiste néanmoins : voir les articles 1779 et suivants C.c.Q.

40. Comme l'affirment J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 11, n° 394 : « Selon une doctrine minoritaire, la cession de dette serait absolument inconcevable, car, contrairement aux créances, les dettes ne sont pas un élément du patrimoine ; *ce ne sont pas des biens* [citant Sériaux]. Cette analyse ne peut constituer, en droit positif, une entrave à la cession de dette tant elle est en contradiction avec la notion de patrimoine actuellement reçue. » Voir, dans le même sens, H.-L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, t. 2, vol. 1 : « Obligations, théorie générale », n° 1231.

Ainsi, la cession de dette est la transmission d'une dette, avec ses modalités, exceptions et accessoires, par l'ancien au nouveau débiteur. Le nouveau débiteur est dès lors tenu personnellement, envers le créancier, au paiement de la dette, mais le créancier ne perd pas pour autant ses recours contre les biens de l'ancien débiteur, à moins qu'il n'ait accepté de libérer ce dernier. La cession de dette est parfaite, en cas de libération de l'ancien débiteur, ou imparfaite, dans le cas contraire⁴¹.

Il nous paraît important de souligner qu'en pratique l'opposition n'est pas aussi tranchée qu'il serait possible de le croire entre la cession, censée assurer la continuité du lien de droit primitif, et la novation (au sens moderne du terme), qui doit en consacrer la rupture⁴². La cession d'une obligation, qu'il s'agisse d'une cession de dette ou d'une cession de créance, implique forcément une certaine transformation du lien originaire. La cession n'est d'ailleurs jamais complètement neutre dans ses effets juridiques à l'égard du cédé, comme nous l'avons vu à propos de la cession de créance. La novation, à l'inverse, ne suppose pas une rupture complète entre la nouvelle obligation et l'ancienne : la nullité de l'ancienne obligation entraîne en principe celle de la nouvelle, et la nullité de la nouvelle obligation, la résurrection de l'obligation d'origine⁴³. Enfin, il est loisible aux parties à une cession d'exclure la possibilité pour le cédé d'invoquer certaines exceptions liées à l'obligation d'origine : pensons à la cession d'une créance constatée par un titre au porteur. Les parties disposent ainsi de

-
41. C'est en partant d'une définition différente de la cession de dette que plusieurs auteurs français parviennent à la conclusion qu'elle est impossible. En effet, ces auteurs postulent qu'une véritable cession de dette, constituant le pendant exact de la cession de créance, devrait permettre d'obtenir, de manière cumulative, les trois résultats suivants : 1) libérer l'ancien débiteur ; 2) assurer la transmission de la dette au nouveau débiteur avec ses accessoires et ses exceptions ; 3) se réaliser par le seul accord des volontés des débiteurs. Voir E. GAUDEMET, *op. cit.*, note 1, p. 51 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 15, n° 79 ; A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 8, n° 178 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 11, n° 393. Or, il est bien certain que la cession de dette, ainsi définie, est contraire au principe du gage commun ; pour être admise, il faudrait qu'elle soit précisément autorisée par la loi. Flour et Aubert sont d'avis que la cession parfaite de la dette devrait être admise, si le créancier y consent. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 11, n° 1211, parviennent à la même conclusion que nous, à savoir que la cession de dette imparfaite est possible sans l'accord du créancier, tandis que la cession de dette parfaite est possible avec son accord. Voir aussi R. SALEILLES, *op. cit.*, note 3, n°s 13 et 14.
42. Voir : P. GIDE, *op. cit.*, note 1, p. 235 ; F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, n°s 146 et 147 ; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 2, n°s 1263 et 1301.
43. C.c.Q., art 1663. La nullité de l'ancienne obligation entraîne celle de la nouvelle, à moins que la novation ne puisse être interprétée comme une renonciation à invoquer la nullité relative : M. TANCELIN, *op. cit.*, note 2, n° 1308.

toute une gamme de possibilités entre la novation, qui ne laisse subsister comme lien avec l'obligation d'origine que la possibilité d'en invoquer la nullité, et la cession à l'état pur, qui emporte le transfert de tous les accessoires et de toutes les exceptions s'y rattachant.

Les parties, selon la nature de leurs rapports, peuvent avoir intérêt à choisir tantôt la cession, tantôt la novation⁴⁴. La reconnaissance de la cession de dette compléterait l'éventail des choix qui leur sont offerts : celui-ci s'étendrait de la cession intégrale à la novation d'une dette ou d'une créance.

Tournons-nous maintenant vers la délégation du *Code civil du Québec*, pour vérifier si elle crée une nouvelle dette ou si elle opère la cession de l'ancienne.

2 La délégation : une nouvelle dette ou une cession ?

Nous estimons avoir réfuté les objections qui ont pu être opposées à la cession de dette : il n'y a pas de raison valable pour que cette opération ne soit pas reconnue dans le droit québécois telle que nous l'avons définie, étant entendu que l'assentiment du créancier est requis pour opérer une cession parfaite de la dette. Nous voulons maintenant démontrer que, à la suite de l'adoption des dispositions nouvelles du *Code civil du Québec*, la délégation devrait être interprétée comme une cession de dette.

44. Voir R. SALEILLES, *op. cit.*, note 3, n° 24 ; F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, n° 252. Nous ne sommes pas d'avis que la novation est dépourvue de tout intérêt, à partir du moment où la cession de dette et la cession de créance sont admises à titre autonome. Dans certains contextes, les parties peuvent désirer transmettre le bénéfice d'une créance ou la charge d'une dette, tout en marquant une rupture nette entre la nouvelle obligation et l'ancienne. Par exemple, l'emploi de la carte de crédit opère, selon nous, novation de l'obligation d'origine, et non cession simultanée d'une créance et d'une dette (dans le même sens, voir J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 38, n° 937). À la suite de l'emploi de la carte de crédit, la dette du titulaire de la carte envers le commerçant est éteinte (l'article 1565 C.c.Q. dit qu'elle est payée) et remplacée par deux nouvelles dettes : celle du titulaire envers l'émettrice de la carte de crédit et celle de cette dernière envers le commerçant. Il s'ensuit que le titulaire ne peut pas invoquer à l'encontre de l'émettrice les exceptions dont il dispose à l'encontre du commerçant (par exemple, la non-conformité du bien vendu : voir *B.N.C. c. Scullion*, [2002] R.J.Q. 1109 (C.Q.)). Il pourrait néanmoins, selon nous, invoquer la nullité de son contrat avec le commerçant pour refuser d'acquitter sa facture de carte de crédit, car, dans la novation, la nullité de l'ancienne dette entraîne en principe la nullité de la nouvelle (*contra* : *American Express Canada Inc. c. Lalonde*, J.E. 82-1064 (C.S.)).

Plusieurs règles du Code, qui contredisent la conception traditionnelle de la délégation comme la création d'une *nouvelle dette s'ajoutant ou se substituant à l'ancienne*, s'expliqueront beaucoup mieux si elle est conçue comme une *cession de dette*. D'autres règles, dont la formulation évoque plutôt la conception traditionnelle, pourront être réinterprétées à la lumière de la nouvelle conception. Les questions auxquelles le Code ne donne pas de réponse pourront être résolues à partir de la nouvelle conception que nous proposons. Nous n'irons pas jusqu'à prétendre que la conception de la délégation comme une cession de dette dissipe toutes les difficultés inhérentes à cette institution. Celles qui subsisteront devront être éclaircies avec le temps, mais le cadre conceptuel de la cession de dette en permettra, selon nous, une analyse plus pertinente.

Nous devons tout d'abord établir que la délégation a bien pour finalité la transmission d'une dette de l'ancien au nouveau débiteur. Nous examinerons ensuite les conditions de formation de la délégation, puis ses effets.

2.1 La finalité de la délégation

Comme nous l'avons mentionné, l'assimilation de la délégation à une cession de dette n'est pas envisageable sous l'empire du *Code civil des Français* ou du *Code civil du Bas Canada*, en raison de l'équation qui est faite entre délégation parfaite et novation par changement de débiteur⁴⁵. En France, certains auteurs ont donc tenté de rendre compte autrement de la délégation et des caractéristiques que lui attribue le *Code civil des Français*. Plutôt que d'admettre que la délégation est un moyen juridique permettant de réaliser de manière détournée le transfert économique d'une dette, ces auteurs avancent que la délégation est une technique d'extinction des obligations dont le but économique est d'en simplifier l'exécution en remplaçant deux obligations par une seule⁴⁶. Avant qu'intervienne la délégation, il y a présence d'un créancier dont le débiteur est lui-même créancier d'un second débiteur. La délégation fait en sorte que le second débiteur est directement tenu à l'égard du premier créancier. Reprenant la description imagée qu'en a faite un autre auteur, le professeur Billiau a

45. C.c.B.C., art. 1173 ; C.c.F., art. 1275.

46. M. BILLIAU, *op. cit.*, note 10 ; F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, n° 103. Cette vision était partagée par l'Office de révision du Code civil, qui décrivait la délégation comme un « paiement abrégé » et en rapprochait les dispositions de celles sur le paiement : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1977, t. II : « Commentaires », n° 228. Il était également précisé à l'article 229 du projet que la délégation avec libération de l'ancien débiteur équivalait à novation (t. I : « Projet de Code civil »). Voir aussi M. TANCELIN, *op. cit.*, note 2, n° 1318.

affirmé que la délégation « tend à remplacer une ligne brisée par une ligne droite⁴⁷ ».

Or, la conception de la délégation proposée par ces auteurs ne représente pas le but précis de cette opération, qui a toujours été de transmettre la charge économique d'une dette de l'ancien au nouveau débiteur⁴⁸. De fait, elle provoque une confusion entre la délégation et la cession de créance, alors qu'il importe de bien les distinguer⁴⁹.

En effet, la théorie qui voit la délégation comme un mode simplifié d'exécution des obligations peut paraître satisfaisante dans les cas où l'obligation de l'ancien débiteur envers le créancier a précisément le même objet que celle du nouveau débiteur envers l'ancien débiteur (par exemple dans l'hypothèse d'une sous-traitance). Dans les autres cas, cette théorie ne rend pas compte du fait que, dans la délégation, c'est l'obligation de l'ancien débiteur envers le créancier qui est reprise par l'obligation déléguée, et non celle du nouveau débiteur envers l'ancien. Lorsque l'obligation du nouveau débiteur envers l'ancien est reprise, il est question d'une cession de créance et non d'une délégation.

Il importe de ne pas confondre la cession de créance et la délégation, car elles sont susceptibles de produire des effets juridiques fort différents. Ainsi, le débiteur, dans la cession de créance, n'est en principe tenu envers le nouveau créancier qu'à ce qu'il devait à l'ancien créancier. Dans la délégation, au contraire, le nouveau débiteur est tenu envers le créancier même s'il ne doit rien à l'ancien débiteur⁵⁰. Qui plus est, le créancier qui accepte la cession d'une créance de son débiteur en paiement partiel de la dette de

47. M. Billian, *op. cit.*, note 2, n° 1, citant Thaller.

48. C'est ce qu'admettent plusieurs auteurs : L. LESAGE, *Études sur la novation, la délégation et la stipulation pour autrui*, Québec, Université Laval, 1941, n° 152 ; J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, n°s 510 et 517 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 15, n° 92 ; H.-L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 40, p. 1262. Voir aussi F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, n° 251.

49. Comme nous l'avons mentionné à la note 5, le droit romain reconnaissait deux formes de délégation : la délégation passive, qui correspond à la délégation moderne, et la délégation active, qui correspond à notre cession de créance. L. LESAGE, *op. cit.*, note 48, nos 144 et suiv., a montré que la délégation est soit active, soit passive, mais ne peut pas être les deux à la fois. Active, la délégation transmet au créancier la créance de son débiteur à l'encontre de son propre débiteur et s'apparente à une cession de créance. Passive, elle transmet au second débiteur la dette du débiteur intermédiaire envers le créancier, et c'est uniquement ce dernier cas de figure qui est en fait visé par la notion moderne de délégation.

50. Il peut arriver que, dans une délégation, les parties limitent le montant de la dette cédée à celui de la dette due par le nouveau débiteur à l'ancien débiteur, ou inversement que, dans une cession de créance, elles restreignent le montant de la créance cédée à celui de la créance due par l'ancien créancier au nouveau créancier. Dans ces cas, il devient

ce dernier n'a pas de recours contre son débiteur en cas de défaut du débiteur cédé ; en cas de délégation imparfaite de la dette de son débiteur à son propre débiteur, il dispose au contraire d'un tel recours⁵¹.

Ainsi, la finalité propre à la délégation est d'opérer le transfert d'une dette à un nouveau débiteur. Elle constitue le pendant de la cession de

souvent difficile de qualifier l'opération des parties. Par exemple, dans l'affaire *Hervé Pomerleau Inc. c. Gilbert*, J.E. 86-34 (C.A.), le sous-traitant Gilbert poursuit le constructeur Hervé Pomerleau inc. (Pomerleau) pour réclamer le paiement d'un montant qui lui est dû par l'entrepreneur intermédiaire, soit Entreprises J.R.A.T. Pomerleau s'était engagé à payer directement à Gilbert les montants qu'il devrait aux Entreprises J.R.A.T., jusqu'à concurrence des montants qui étaient dus par les Entreprises J.R.A.T. à Gilbert. La Cour d'appel a interprété l'opération comme une délégation, tout en concluant que les parties avaient voulu assujettir l'obligation de Pomerleau envers Gilbert à l'existence d'une dette de Pomerleau envers les Entreprises J.R.A.T. Dans l'arrêt *Ferlac inc c. La société d'entraide économique d'Alma*, [1992] R.L. 152 (C.A.), Tremblay, entrepreneur, avait obtenu de la Société d'entraide économique d'Alma le financement pour la construction de condominiums dans la ville d'Alma. Les sommes prêtées devaient être payées par la Société d'entraide par versements à des dates précises. Ferlac fournissait à Tremblay les matériaux nécessaires à la construction. Tremblay et Ferlac ont conclu un contrat par lequel le premier cédait au second « tous les montants d'argent devant [lui] être versés à titre de prêt [...] par Société d'Entraide Économique d'Alma [...], jusqu'à concurrence du montant total [qu'il doit] [...] à [Ferlac] ». Alors que la Cour supérieure avait qualifié ce contrat de délégation, la Cour d'appel y a vu une cession de créance portant sur une partie de la créance de la Société d'entraide à l'égard de Tremblay, jusqu'à concurrence des montants dus par ce dernier à Ferlac.

51. La jurisprudence comporte plusieurs cas qui soulèvent la question de savoir si l'intention des parties a été de conclure une délégation ou une cession de créance et qui illustrent les effets juridiques différents susceptibles de découler du fait que la dette cédée ou déléguée est celle du second envers le premier débiteur (cession de créance) ou plutôt celle du premier débiteur envers le créancier (cession de dette). Par exemple, dans l'affaire *Les petits profits inc. c. Rhéaume*, [1968] C.S. 1, le fournisseur d'un éleveur de poulets a mis ce dernier en contact avec un abattoir désireux de se porter acquéreur des poulets. Après la vente de ses poulets à l'abattoir, l'éleveur a demandé à celui-ci de libeller son chèque pour le prix d'achat des poulets au nom du fournisseur, qui, sur réception du chèque, a inscrit un crédit au compte de l'éleveur. Le chèque n'ayant pas été honoré par l'abattoir, le fournisseur en a réclamé le montant à l'éleveur. La Cour supérieure a interprété l'opération de remise du chèque comme une délégation, par laquelle l'abattoir s'était engagé à payer la dette de l'éleveur envers le fournisseur. Elle a également déduit du comportement du fournisseur qu'il avait eu l'intention de libérer l'éleveur : il y avait donc délégation parfaite. Selon nous, il aurait mieux valu interpréter l'opération comme une cession de créance : l'éleveur avait cédé la créance qu'il avait à l'encontre de l'abattoir au fournisseur, en paiement partiel de la dette qu'il avait envers ce dernier. Cette interprétation conduit ici au même résultat que la délégation parfaite : ayant accepté la cession de créance en paiement partiel de la dette de l'éleveur, le fournisseur n'a pas de recours contre lui si l'abattoir fait défaut de payer. Pour un autre point de vue complémentaire sur cet arrêt, voir M. TANCELIN et D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 840.

créance, qui, quant à elle, opère le transfert d'une créance à un nouveau créancier. La conception de la délégation comme une cession de dette est donc conforme à sa finalité.

2.2 La formation de la délégation

La délégation pose des difficultés particulières lorsqu'il s'agit de rendre compte de sa formation. Qui doit intervenir dans le cas de la délégation et à quelles fins ?

La réponse dépendra de la conception de la délégation qui est retenue. La conception traditionnelle voit dans la délégation la création d'une nouvelle obligation contractée entre le nouveau débiteur et le créancier, à la demande de l'ancien débiteur. La conception nouvelle que nous proposons voit la délégation comme une cession de la dette intervenant entre l'ancien et le nouveau débiteur. La principale différence introduite par notre conception de la délégation au stade de sa formation concerne la participation du créancier, comme nous le verrons sous peu.

Examinons tour à tour le rôle de chacune des parties dans la formation de la délégation.

2.2.1 L'ancien débiteur (délégant)

La nécessité de l'intervention de l'ancien débiteur lors de la délégation est généralement reconnue, même si elle n'est pas clairement énoncée par le *Code civil du Québec*⁵². Elle permet en outre de distinguer la délégation de l'expromission⁵³, qui est une novation par changement de débiteur intervenant sans le concours de l'ancien débiteur : le nouveau débiteur contracte envers le créancier une obligation en remplacement de l'ancienne et ce dernier libère l'ancien débiteur. La nécessité pour l'ancien débiteur d'être partie à la délégation imparfaite peut se justifier par le fait qu'il demeure garant de la bonne exécution de l'obligation par le nouveau débiteur, tout en perdant le contrôle sur cette exécution⁵⁴.

52. L'article 1667 C.c.Q. ne fait qu'évoquer « la désignation par le débiteur d'une personne qui paiera à sa place ».

53. Cette notion est évoquée à l'article 1660 C.c.Q. en matière de novation.

54. *Service de grues Laval Ltée c. Schokbéton Québec Inc.*, [1986] R.J.Q. 1537 (C.P.), p. 1543. Il est toutefois intéressant de se poser la question à savoir s'il ne serait pas possible pour le nouveau débiteur et le créancier de conclure une cession parfaite de la dette sans le concours de l'ancien débiteur. Cette possibilité est admise par le Code civil allemand (BGB, art. 414). La situation étant peu courante dans la pratique, nous ne traiterons pas longuement de cette hypothèse. C'est un peu comme si nous nous demandions si un débiteur et un créancier peuvent décider ensemble de céder la créance à un tiers. Dans

Dans la conception traditionnelle de la délégation, le délégant doit lancer l'opération, qui se conclut par l'engagement du nouveau débiteur envers le créancier et l'acceptation de ce dernier. Il est malaisé, dans cette conception, d'expliquer le rôle de l'ancien débiteur, puisqu'il n'est pas partie au rapport juridique qui y apparaît comme fondamental, soit celui entre le nouveau débiteur et le créancier.

La conception la plus classique de la délégation, si nous nous en tenons aux formes par lesquelles celle-ci s'effectuait selon le droit romain, la décompose en deux actes : l'ordre ou l'autorisation donnée par l'ancien débiteur (le *jussum*), puis l'échange des consentements intervenant entre le nouveau débiteur et le créancier⁵⁵. La nature juridique du *jussum* étant difficile à déterminer, plusieurs auteurs ont affirmé, plus simplement, que l'ancien débiteur doit donner, d'une façon ou une autre, son consentement à l'opération qui prend donc la forme d'une convention tripartite⁵⁶. Pourquoi ? Aucune explication satisfaisante n'est avancée.

Le professeur Billiau a proposé d'interpréter l'intervention de l'ancien débiteur lors de la délégation comme une offre, faite au nouveau débiteur, de s'engager envers le créancier. Lorsque le nouveau débiteur accepte, il se forme un premier contrat entre l'ancien et le nouveau débiteur, qui devra ensuite faire l'objet d'une nouvelle acceptation par le créancier⁵⁷. Cette approche nous semble préférable aux précédentes, car elle met l'accent sur l'existence d'un contrat entre l'ancien et le nouveau débiteur, qui s'avère primordial.

En effet, l'obligation du nouveau débiteur de payer la dette de l'ancien trouve sa source dans un contrat entre ces deux parties et non dans un contrat intervenant entre le nouveau débiteur et le créancier. Lorsque l'engagement du nouveau débiteur comporte une contrepartie, cette dernière lui provient de l'ancien débiteur⁵⁸. Les rapports entre le nouveau débiteur

les deux cas, il faudrait peut-être faire appel à la stipulation pour autrui en vue d'expliquer comment une personne a pu conférer un avantage à autrui soit en reprenant sa dette, soit en lui cédant une créance.

55. L. LESAGE, *op. cit.*, note 48, n^{os} 108 et suiv.

56. *Id.*, nos 168 et suiv. ; F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, nos 105, 106, 118 et suiv.

57. M. BILLIAU, *op. cit.*, note 10, n^{os} 16 et suiv.

58. L. LESAGE, *op. cit.*, note 48, n^o 192, qui interprète la délégation comme la création, sur l'ordre de l'ancien débiteur, d'une nouvelle obligation entre le nouveau débiteur et le créancier ayant le même objet et la même cause que l'obligation entre l'ancien débiteur et le créancier, a de la difficulté à rendre compte des effets de la délégation entre l'ancien et le nouveau débiteur. Comment expliquer que l'ancien débiteur doit compenser le nouveau pour le paiement que fait ce dernier en faveur du créancier ? Lesage invoque l'enrichissement sans cause, ce qui ne nous paraît pas très satisfaisant. En fait, c'est le contrat entre l'ancien et le nouveau débiteur, dans lequel s'opère la délégation, qui détermine quelle en sera la contrepartie.

et le créancier, quant à eux, se limitent au lien de droit que constituera la dette déléguée⁵⁹.

Il est d'ailleurs faux de prétendre que l'ancien débiteur prend, dans tous les cas, l'initiative de la délégation. Souvent c'est le créancier, inquiet de la solvabilité de l'ancien débiteur, qui lui demande de se faire remplacer par le nouveau débiteur, plus solvable⁶⁰. Il faudra ensuite que les débiteurs s'entendent sur les conditions auxquelles le nouveau débiteur acceptera de se lier envers le créancier à la place de l'ancien : c'est en tant que partie à ce contrat que l'ancien débiteur intervient à la délégation.

Nous avons démontré que l'engagement du nouveau débiteur naît d'un contrat entre lui et l'ancien débiteur. Cela explique que celui-ci, à titre de partie, doit consentir à la délégation. Nous sommes d'avis que le contrat entre les deux débiteurs opère une cession de la dette. Il serait néanmoins possible de prétendre, comme le fait le professeur Billiau au soutien de la conception traditionnelle, que le nouveau débiteur s'y engage à contracter un nouvel engagement envers le créancier. Examinons maintenant le rôle joué par le nouveau débiteur.

-
59. Si nous devons justifier notre point de vue sur le terrain dangereux de la cause, nous dirions que le fait pour le nouveau débiteur d'accepter d'être tenu à la dette de l'ancien débiteur a pour cause la contrepartie qu'il reçoit de l'ancien débiteur : voir J. GHESTIN, *op. cit.*, note 15, n° 87 ; *In re Belleau*, précité, note 17). Par contre, l'obligation cédée elle-même, qui est due dorénavant par le nouveau débiteur au créancier, continue à avoir la même cause, qui découle cette fois des rapports entre l'ancien débiteur et le créancier (J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 11, n° 394). De même, dans la cession de créance, il convient de distinguer la cause de la cession et la cause de la créance. Il peut aussi arriver que la délégation se fonde sur une intention libérale du nouveau débiteur envers l'ancien. Pour qu'il s'agisse véritablement d'une délégation, il faudrait néanmoins que la reprise de la dette par le nouveau débiteur se fasse dans le contexte d'un acte intervenant à titre gratuit entre lui et l'ancien débiteur. Si le nouveau débiteur se contente de payer la dette de l'ancien débiteur, il n'y a pas délégation, mais paiement par un tiers. Si le nouveau débiteur s'engage envers le créancier à payer la dette, tout en exigeant que le créancier libère l'ancien débiteur, il pourrait s'agir d'une expromission, variété de novation par changement de débiteur (voir aussi *supra*, note 54, concernant la possibilité qu'une cession parfaite de la dette puisse intervenir entre le nouveau débiteur et le créancier). Si le nouveau débiteur s'engageait envers le créancier, sans qu'il y ait libération de l'ancien débiteur, il ne pourrait y avoir qu'un cautionnement, car le nouveau débiteur ne peut pas se substituer à l'ancien en tant que débiteur principal, sans son consentement.
60. Pensons au cas du sous-traitant qui demande à être payé directement par le maître d'ouvrage ou à celui de l'exportateur qui exige la fourniture d'un crédit documentaire.

2.2.2 Le nouveau débiteur (délégué)

Il est certain que le nouveau débiteur doit consentir, à titre de partie, à la délégation. Précisons la portée exacte de son engagement. Dans la délégation, le nouveau débiteur accepte d'être obligé personnellement envers le créancier à payer la dette de l'ancien débiteur. L'article 1667 précise à cet égard que « le délégué s'oblige personnellement au paiement envers le créancier délégataire » ; autrement, la « désignation par le débiteur d'une personne qui paiera à sa place [...] ne constitue qu'une simple indication de paiement ».

Or, il arrive fréquemment, pour des raisons de commodité, qu'un débiteur accepte d'effectuer un paiement qu'il doit à son créancier directement au créancier de son créancier. Il ne peut toutefois s'agir d'une délégation que si le premier a accepté d'être tenu personnellement envers le troisième. Sinon, c'est une indication de paiement, généralement interprétée comme un mandat⁶¹. Loin de s'engager personnellement envers le créancier, le mandataire effectue un paiement au nom et pour le compte du mandant. Même lorsque le mandataire s'engage envers son mandant à payer le créancier, il n'est pas tenu personnellement envers lui⁶².

Il est souvent difficile de déterminer si l'intention des parties a été d'opérer une délégation de la dette ou d'effectuer une indication de paiement. Pour y parvenir, il est important de tenir compte de l'intérêt que chacune des parties peut avoir à procéder à une délégation de la dette, par opposition à une simple indication de paiement.

Lorsque la délégation a lieu à la demande du créancier, c'est le plus souvent parce que celui-ci cherche à remplacer un débiteur peu solvable (l'ancien débiteur) par un débiteur qui l'est davantage (le nouveau débiteur). Par exemple, un sous-traitant (créancier) demande que le donneur d'ouvrage (nouveau débiteur) s'oblige à lui payer directement les montants qui lui seront dus par l'entrepreneur général (ancien débiteur). La délégation apparaît alors comme une forme de sûreté et se présente d'ailleurs comme l'envers d'un cautionnement : au lieu d'être accessoirement tenu

61. Voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 13, p. 1035 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, n° 522 ; M. BILLIAU, *op. cit.*, note 10, n°s 115 et suiv. ; *Mathon c. Hotels Delta Ltd.*, J.E. 2000-293 (C.S.).

62. Certains auteurs désignent comme la cession interne d'une dette le fait pour un tiers de s'engager envers le débiteur à payer la dette de ce dernier, sans que les parties aient l'intention de conférer un droit au créancier à l'encontre du tiers : (voir J. GHESTIN, *op. cit.*, note 15, n° 78. Cette situation doit, selon nous, être analysée comme une indication de paiement, puisque le tiers s'engage à payer le créancier au nom et pour le compte du débiteur, et non en son nom personnel, en tant que cessionnaire de la dette.

de rembourser la dette, comme l'est la caution, le nouveau débiteur est tenu de le faire à titre principal, et l'ancien débiteur, à titre accessoire. Il est évident que l'indication de paiement, au contraire de la délégation, n'accorde pas au créancier la protection voulue, puisqu'elle ne crée aucun lien de droit entre le mandataire et le créancier⁶³.

Lorsque la délégation a lieu à l'initiative de l'ancien et du nouveau débiteur, c'est généralement parce que le second est mieux en mesure que le premier d'assurer l'exécution de l'obligation ou parce qu'il trouve un intérêt à s'engager selon les modalités de l'ancienne dette, plus avantageuses que celles qu'il aurait lui-même la possibilité d'obtenir. Ainsi, l'ancien débiteur trouve un intérêt dans la délégation lorsque cette solution lui permet d'échapper aux sanctions auxquelles l'exposerait la rupture prématurée de son engagement. Par exemple, lors de la vente par l'ancien débiteur de son entreprise au nouveau débiteur, l'ancien débiteur peut avoir intérêt à charger le nouveau de poursuivre le paiement des dettes liées à l'exploitation de l'entreprise.

Le nouveau débiteur trouve un intérêt dans la délégation lorsque la dette dont il assume la responsabilité est conclue selon des modalités plus avantageuses que celles qu'il aurait lui-même le pouvoir de négocier ou lorsque le fait de se substituer à l'ancien débiteur lui permet d'éviter le coût de transaction lié à la conclusion d'un nouveau contrat. Par exemple, la reprise du prêt hypothécaire présente un intérêt certain pour un nouveau débiteur lorsque le taux d'intérêt du marché est supérieur à celui qui s'applique en vertu du prêt cédé.

Il est vrai que l'indication de paiement peut répondre aux besoins de l'ancien ou du nouveau débiteur que nous venons de mettre en évidence. La délégation paraît toutefois mieux adaptée, car elle crée des rapports directs et stables entre le nouveau débiteur et le créancier.

Dans d'autres cas, le nouveau débiteur reçoit une contrepartie pour le service qu'il rend à l'ancien débiteur en s'engageant à payer sa dette. Pensons à l'institution financière qui s'engage personnellement à payer certaines dettes de son client, moyennant des frais ou l'ouverture d'un crédit. Ces frais sont, bien entendu, à la hauteur du risque que prend l'institution financière en acceptant d'être tenue personnellement au paiement de la dette envers le créancier de son client.

63. *T. Havill inc. c. Corp. financière Brome inc.*, précité, note 19 ; *Terreau et Racine Ltée c. Napoléon Trudel et Fils inc.*, précité, note 18 ; *Dominion Sound Equipments Ltd. c. A.B. Clarke (1964) Ltd.*, précité, note 18 ; *Cold Springs Farm Ltd. c. Viandes et aliments Or-fil (Canada) inc.*, précité, note 19.

S'il demeure possible qu'une délégation soit conclue uniquement pour faire l'économie d'un déplacement de valeurs, fondement que lui attribuent certains auteurs⁶⁴, le fait que c'est là le seul but des parties milite plutôt, selon nous, en faveur de la qualification d'indication de paiement. Il convient d'être prudent dans de tels cas et de prendre soin de vérifier si le nouveau débiteur a bien entendu être lié personnellement envers le créancier⁶⁵.

La délégation prend donc la forme d'un contrat, généralement à titre onéreux, intervenant entre l'ancien et le nouveau débiteur, par lequel le second accepte d'être tenu personnellement de payer la dette du premier. Ce contrat peut être dans l'intérêt de l'un ou l'autre des débiteurs, comme il peut être dans l'intérêt du créancier.

Voyons maintenant en quoi consiste la participation du créancier à la délégation.

2.2.3 Le créancier (délégataire)

L'article 1668 du *Code civil du Québec* affirme que « le créancier délégataire, s'il accepte la délégation, conserve ses droits contre le débiteur délégant, à moins qu'il ne soit évident que le créancier entend décharger ce

64. Voir la section 2.1.

65. Dans l'arrêt *Gagné c. Desjardins*, [1976] C.S. 333 (confirmé en appel), le contrat entre un club de hockey et un joueur professionnel prévoyait que le club verserait, à même la rémunération du joueur, une somme de 12 000 \$ directement à l'agent du joueur, à titre d'honoraires. N'ayant pas été payé par le club, l'agent poursuit le joueur. Ce dernier plaide que le contrat a opéré une délégation parfaite de la dette, ce qui n'est manifestement pas le cas. Cependant, l'agent aurait-il eu un recours contre le club ? Autrement dit, s'agissait-il d'une indication de paiement ou d'une délégation ? Pour le savoir, il faudrait examiner les raisons qui ont motivé les parties à s'organiser ainsi. En vue de faire l'économie d'un déplacement de valeur ? Il faudrait y voir une indication de paiement, qui ne lie pas le club envers l'agent. En vue d'assurer à l'agent le paiement de ses honoraires ? La qualification de délégation s'impose alors. Dans l'affaire *In re 125258 Canada Inc.*, [1990] R.J.Q. 1547 (C.A.), il est question d'une opération appelée *ceding*, qui permet la simplification des paiements au sein d'un groupe de compagnies affiliées. Supposons que la compagnie A doit 3 \$ à la compagnie B, celle-ci doit 5 \$ à la compagnie C et cette dernière doit 8 \$ à A. L'application du *ceding* réduit chacune de ces dettes du montant de la dette la moins élevée, soit 3 \$. Ainsi, A ne doit plus rien à B, celle-ci doit 2 \$ à C et cette dernière doit 5 \$ à A. Pour expliquer cette opération sur le plan juridique, il est possible d'avoir recours à la délégation, combinée à la compensation. C'est la dette la moins élevée qui fait l'objet de la délégation. Ainsi, A cède sa dette de 3 \$ à C, dont la dette envers A est réduite en conséquence. C et B deviennent alors réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre, ce qui permet l'application entre elles de la compensation légale. Il est certain que, dans ce cas, l'indication de paiement ne permettrait pas d'obtenir le résultat voulu par les parties.

débiteur». Notons que le Code n'affirme pas que le consentement du créancier à la délégation, même imparfaite, est requis : l'article 1668 se contente d'énoncer qu'une telle acceptation, si elle est donnée, ne libère pas pour autant l'ancien débiteur. Il invite ainsi à distinguer les deux objets auxquels peut se rapporter l'acceptation du créancier : la délégation elle-même ou la libération de l'ancien débiteur. Il rappelle aussi que, ce n'est pas parce que le créancier accepte la délégation, qu'il entend par là libérer l'ancien débiteur⁶⁶.

Selon la conception traditionnelle de la délégation, le créancier doit y consentir pour des raisons techniques, parce que sa participation est nécessaire pour que soit formée la nouvelle obligation entre lui et le nouveau débiteur⁶⁷. Cette exigence ne s'impose nullement dans l'intérêt des parties. Comme nous l'avons vu, en dehors de l'hypothèse où le créancier a un intérêt légitime à ce que le débiteur s'exécute en personne, il n'a aucune objection valable à faire valoir à l'encontre de la délégation, dans la mesure où l'ancien débiteur continue à être garant de l'exécution conforme de l'obligation.

Un des points forts de la conception que nous proposons est qu'elle permet de ramener le rôle du créancier à de plus justes proportions. En effet, nous verrons que l'exigence du consentement du créancier à la délégation, même imparfaite, est susceptible de déjouer les attentes et les intérêts légitimes des trois parties, de diverses façons.

Nous discuterons d'abord de la nécessité pour le créancier de consentir à une délégation imparfaite, puis à une délégation parfaite. Nous nous demanderons ensuite si la délégation doit être rendue opposable au créancier et si oui, de quelle façon.

66. La reprise de dette en droit allemand est structurée de façon que l'acceptation par le créancier ait automatiquement pour effet de libérer l'ancien débiteur (BGB, art. 415). Nous pourrions obtenir ici le même résultat en stipulant que la cession de dette est conditionnelle à ce que le créancier accepte de décharger l'ancien débiteur. Advenant le refus du créancier, la cession serait caduque.

67. M. BILLIAU, *op. cit.*, note 10, relève que la plupart des auteurs n'offrent pas d'autre justification que celle-là à la nécessité du consentement du délégataire. Or cette analyse est critiquable, selon lui, étant donné les développements qu'a connus le droit civil à propos de la stipulation pour autrui et qui font dorénavant reconnaître qu'il est possible de faire naître un avantage au profit d'un tiers, à la condition qu'il ait la possibilité de repousser cet avantage, s'il le veut. La volonté du tiers est alors « confortative » et non constitutive de droit (nos 165 et suiv.). En fait, si le consentement du créancier délégataire est nécessaire, selon le professeur Billiau, c'est parce que la délégation modifie le rapport d'origine entre le créancier et l'ancien débiteur en ce que le premier accepte que le second sera déchargé lorsque le nouveau débiteur aura exécuté sa propre obligation (n° 171). Cette explication ne nous convainc guère plus que la précédente.

2.2.3.1 L'acceptation, par le créancier, de la délégation imparfaite

Dans la conception que nous en avons, le concours du créancier à la délégation imparfaite n'est aucunement requis⁶⁸. Celle-ci se réalise grâce à l'accord de l'ancien et du nouveau débiteur. Sur le plan pratique, cette règle, si elle était acceptée, permettrait d'éviter de nombreuses difficultés.

Le consentement du créancier, lorsqu'il est exigé, pose tout d'abord des problèmes que nous pourrions qualifier de diagnostiques, parce que le créancier, avisé de l'entente intervenue entre les deux débiteurs, n'éprouve pas toujours le besoin de l'accepter officiellement. Le simple fait pour le créancier d'accepter les paiements du nouveau débiteur en satisfaction de la dette de l'ancien ne permet pas de conclure à son acceptation de la délégation, car il peut tout aussi bien les recevoir à titre de paiements pour autrui, au sens de l'article 1555. Il est vrai que la demande de paiement adressée par le créancier au nouveau débiteur ou le recours en justice intenté contre lui peuvent être interprétés comme une acceptation de la délégation⁶⁹. Cette solution présente néanmoins l'inconvénient de laisser planer l'incertitude sur l'existence ou non de la délégation, jusqu'au moment où le créancier accomplit un acte qui peut être interprété comme une acceptation⁷⁰. Elle soulève ensuite le problème de savoir s'il convient d'accorder ou non à cette acceptation un effet rétroactif à la date de l'accord intervenu entre l'ancien et le nouveau débiteur.

La conception traditionnelle risque également, dans certains cas, de nuire indûment au créancier. Si le créancier meurt avant de manifester son acceptation, on devrait conclure à l'inexistence de la délégation⁷¹. De même, le créancier qui n'a pas accepté la délégation ne pourrait pas s'opposer à ce que les débiteurs décident de la révoquer⁷².

Plusieurs auteurs qui se sont penchés sur la qualification juridique de la lettre de crédit ont vu un obstacle à sa qualification comme une délégation

68. Voir la section 1.1.

69. L. LESAGE, *op. cit.*, note 48, n° 173; *Société immobilière Maxima c. Leclerc*, [1994] R.D.I. 6 (C.A.), p. 10; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 2, n° 1321. Voir néanmoins A. DUVAL, « Étude de la délégation de paiement dans ses rapports avec la cession de créance et la stipulation pour autrui », (1952) 54 R. du N. 452, qui trouve étrange que l'action puisse être considérée comme l'acceptation nécessaire à la constitution du droit (p. 473): « normalement, l'action en justice suppose le droit, elle ne le crée pas ».

70. Selon la conception traditionnelle, la délégation n'existe pas, tant que le créancier ne l'a pas acceptée: J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, n° 521. Voir A. DUVAL, *loc. cit.*, note 69.

71. Voir *Gratton c. Lemay*, (1917) 51 C.S. 493.

72. F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, n° 154; *Rocheleau c. Béliveau*, (1936) 60 K.B. 60; voir aussi *Forest c. Lindsay*, (1923) 25 C.B.R. 229.

tion le fait que le régime juridique de la délégation (dans sa conception traditionnelle) exige le consentement du créancier. Cette exigence leur paraissant incommode et superflue, ils ont préféré qualifier la lettre de crédit d'opération *sui generis*, afin d'en contourner l'application⁷³.

La collaboration du créancier, si elle est requise, présente également des inconvénients, dans la mesure où un créancier pourrait faire échec à la délégation sans raison légitime⁷⁴. Si, par exemple, dans un contexte où les taux d'intérêt évoluent à la hausse, l'acheteur d'un immeuble souhaitait se prévaloir du prêt hypothécaire de son vendeur, dont le taux est inférieur aux taux en vigueur au moment de la vente, l'institution prêteuse pourrait avoir intérêt à refuser de concourir à la délégation, pour contraindre le vendeur à rembourser son prêt par anticipation. Or, cet exemple illustre bien que la mobilité des dettes présente un avantage pour les emprunteurs, tout comme celle des créances offre un avantage aux créanciers, et qu'il n'y a pas lieu d'assujettir la délégation au bon vouloir du créancier.

73. L. SARNA, *Letters of Credit—The Law and Current Practice*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1986, p. 37 et suiv. Cet auteur affirme ceci (p. 39-40) :

At first glance, the appropriateness of the imperfect delegation analysis is evident. The obligations of the bank and its customer toward the beneficiary are not joint and several, and neither can the bank be considered as a guarantor or surety. To a limited extent, the obligations of the bank toward the beneficiary are autonomous of those between its customer and the beneficiary.

Upon greater reflection, there are certain deficiencies in the mechanism which would impede a more full application of the commercial practice. According to one author [Kozolchyk], the main failure of the mechanism lies in its inability to supply an adequate explanation respecting the time of establishment of the credit. The time of establishment of the credit between the parties may most accurately be determined at the moment of receipt of the credit by the beneficiary, the moment of receipt by the beneficiary being preferable to the moment of issuance of communication of the credit. The notion of imperfect delegation requires the consent of the beneficiary to accept the delegee or bank as an alternate debtor. Prior to such consent, no delegation is possible. There is, therefore, an inconsistency between what is perceived as the commercial practise, and the law, the latter establishing the credit promise at the time of receipt by the beneficiary and the former requiring an expression and conveyance of consent of the beneficiary.

Voir aussi L. M. COSTA, *Le crédit documentaire*, Paris, L.G.D.J., n^{os} 326 et suiv., 422 et suiv. ; les civilistes continuent néanmoins à voir la lettre de crédit comme une application de la délégation : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 38, n^o 946 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, n^o 517 ; H.-L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 40, n^o 1234.

74. Nous citons en ce sens A. DUVAL, *op. cit.*, note 69, p. 470 : « on peut avec raison se demander de quel droit le délégataire pourrait faire échec à la formation du contrat entre le créancier et le débiteur alors que dans la stipulation pour autrui et la cession de créance, ni le stipulant, ni le débiteur n'ont ce pouvoir. Il nous paraît erroné que la délégation ait besoin d'une acceptation du délégataire pour être valable. Il a fallu à vrai dire d'étranges détours à la jurisprudence pour arriver à le soutenir. »

La nécessité d'obtenir le consentement du créancier à la délégation a toujours causé bien des soucis aux auteurs et à la jurisprudence⁷⁵. Certains auteurs ont nommé *delegatio inchoata* la situation juridique existant durant l'intervalle de temps qui sépare l'accord de l'ancien et du nouveau débiteur et son acceptation par le créancier⁷⁶. L'effet juridique de la *delegatio inchoata* étant la source de bien des tracas, c'est un grand avantage que de pouvoir se passer du concours du créancier, pour y voir enfin une délégation valablement formée.

2.2.3.2 L'acceptation, par le créancier, de la délégation parfaite

Nous avons vu que la nécessité d'obtenir l'assentiment du créancier se justifie lorsque l'ancien débiteur souhaite être libéré par une cession parfaite de la dette. Il doit être permis au créancier d'évaluer la solvabilité du nouveau débiteur pour s'assurer qu'elle est aussi bonne ou meilleure que celle de son débiteur actuel. Il n'est pas nécessaire que l'assentiment du créancier intervienne dès la formation de l'acte : la délégation, d'abord imparfaite, deviendra parfaite lorsque l'ancien débiteur aura obtenu sa libération⁷⁷.

75. Voir *Ryan c. Halpin*, [1856] B.R. 61. Les auteurs et les juges ont parfois le réflexe de faire intervenir la stipulation pour autrui pour pallier l'absence du consentement du créancier et donner effet à l'accord des débiteurs. Voir : R. COMTOIS, « Ventes successives où l'acquéreur s'engage à payer l'hypothèque à l'acquit du vendeur », (1990) 92 *R. du N.* 354 ; C.K. IRVING, « Article 1029 C.C. : Stipulation for a Third Party — Notes on the Jurisprudence of Quebec », (1963) 9 *R.D. McGill* 337 ; *Proulx c. Leblanc*, précité, note 16. Cela ne fait toutefois que repousser plus loin la difficulté. Faudrait-il en déduire que la délégation est une espèce de stipulation pour autrui ? Que certaines délégations sont des stipulations pour autrui ? Que faire lorsque le régime de la délégation entre en conflit avec celui de la stipulation pour autrui ? Lire à ce sujet : L. LESAGE, *op. cit.*, note 48, n^{os} 285 et suiv., qui voit une intersection entre la délégation et la stipulation pour autrui ; A. DUVAL, *op. cit.*, note 59, M. BILLIAU (*op. cit.*, note 10, n^{os} 21 et suiv.) et F. HUBERT, (*op. cit.*, note 5, n^o 160), qui critiquent ce point de vue ; l'Office de révision du Code civil, qui proposait une assimilation du régime de la délégation à celui de la stipulation pour autrui : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 46, t. I, art. 230. L'approche préconisée par l'Office a été abandonnée par la suite. Il est clair, dans le Code actuel, que la délégation et la stipulation pour autrui constituent des institutions distinctes, comme en témoigne l'opposition des articles 1669 et 1450 C.c.Q. Voir aussi J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, n^o 521 ; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 38, n^o 951.

76. L. LESAGE, *op. cit.*, note 48, n^{os} 120 et suiv. ; F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, n^o 98.

77. *Gervais c. Monty*, [1989] R.J.Q. 1452 (C.A.). *Contra* : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, n^o 519.1. Si elles le souhaitent, les parties peuvent, bien entendu, rendre la délégation conditionnelle à ce que l'ancien débiteur soit libéré par le créancier : voir *supra*, note 66 ; *Perreault c. Paul Poulin (1984) inc.*, [1993] R.L. 205 (C.A.).

En dehors des domaines où le législateur encadre l'exercice, par le créancier, de sa faculté d'agrément⁷⁸, les créanciers font de leur pouvoir de libérer ou non l'ancien débiteur un usage qui pourrait dans l'ensemble être qualifié d'abusif : ils préfèrent accumuler les débiteurs, plutôt que de les libérer, même lorsqu'ils en acquièrent un nouveau plus solvable. La pratique qui s'est développée au Québec en matière de délégation, nettement défavorable à l'ancien débiteur, n'est-elle pas attribuable à la conception traditionnelle, qui fait du consentement du créancier une condition de la délégation elle-même, et non seulement de la libération de l'ancien débiteur ? Cette condition soumet l'opération dans son entier au bon vouloir du créancier.

La conception de la délégation comme une cession de dette projetée sur cette pratique un éclairage nouveau : non seulement le créancier ne devrait pas avoir à consentir à une délégation imparfaite, mais, lorsque les parties principales à la délégation lui demandent la libération de l'ancien débiteur, nous croyons que le créancier devrait user raisonnablement de son droit de la refuser.

Souhaitons qu'une nouvelle conception de la délégation modifie la pratique dans le sens d'une acceptation plus large de la cession parfaite de la dette : dans la mesure où le nouveau débiteur est aussi solvable que l'ancien, celle-ci devrait constituer la norme, plutôt que l'exception.

2.2.3.3 L'opposabilité de la délégation au créancier

Nous avons vu que le créancier n'a pas à être partie à la délégation imparfaite, qui opère la substitution du nouveau à l'ancien débiteur du seul fait de l'accord de ces deux parties. La délégation imparfaite doit néanmoins être rendue opposable au créancier, dont elle modifie la situation juridique. En effet, c'est dorénavant au nouveau débiteur que devra s'adresser le créancier pour obtenir le paiement de la dette.

78. En matière de bail, par exemple, « le locateur ne peut refuser de consentir à la [...] cession du bail sans un motif sérieux. Lorsqu'il refuse, le locateur est tenu d'indiquer au locataire, dans les quinze jours de la réception de l'avis, les motifs de son refus ; s'il omet de le faire, il est réputé avoir consenti » (art. 1871 C.c.Q.). La cession de bail ayant pour effet de libérer l'ancien locataire, le principal motif de refus admis par la jurisprudence concerne la solvabilité du nouveau locataire. Comme il s'agit ici de la cession d'un contrat et non simplement d'une dette, la jurisprudence admet également que le refus se fonde sur l'incompatibilité de l'usage prévu par le nouveau débiteur avec les clauses du bail. Elle n'hésite pas à imposer la cession de bail à un locateur dont le refus semble abusif, discriminatoire ou empreint de mauvaise foi.

Le Code ne prévoit pas de mécanisme particulier permettant de rendre la délégation opposable au créancier, tout comme d'ailleurs il n'en a aucun pour rendre la subrogation opposable au débiteur. Il nous semble qu'il serait approprié d'appliquer par analogie, à la délégation, l'article 1641 qui définit les conditions d'opposabilité de la cession de créance au débiteur cédé. La délégation pourrait ainsi être portée à la connaissance du créancier par l'envoi d'une copie ou d'un extrait pertinent de l'acte de cession ou d'une autre preuve de la cession qui soit opposable au nouveau débiteur. Le fait pour le créancier d'acquiescer à la délégation lui rendrait également celle-ci opposable.

Nous tenons à préciser les effets d'une délégation qui n'aurait pas été signifiée au créancier. L'acte produisant tous ses effets entre les parties, c'est le nouveau débiteur qui serait tenu au paiement de la dette. Cette situation n'étant pas opposable au créancier, ce dernier pourrait exercer ses recours contre l'ancien débiteur en lui réclamant le paiement de la dette. L'ancien débiteur ne pourrait pas lui opposer la délégation. Par contre, ayant payé le créancier, il se trouverait à l'égard du nouveau débiteur dans la situation de celui qui a payé la dette d'autrui, en étant subrogé dans les droits du créancier.

Maintenant que nous avons présenté le rôle de chaque partie dans la formation de la délégation, attachons-nous à ses effets.

2.3 Les effets de la délégation

Sur le plan des effets, les conséquences positives de la conception de la délégation que nous préconisons sont multiples. Nous aborderons tour à tour les effets de la délégation à l'égard du nouveau débiteur, de l'ancien débiteur et du créancier.

2.3.1 Les effets à l'égard du nouveau débiteur (délégué)

Le nouveau débiteur, en raison de la délégation, devient personnellement tenu de payer la dette de l'ancien débiteur au créancier. Précisons la portée de son engagement et les exceptions qu'il pourra invoquer, le cas échéant, pour ne pas avoir à payer cette dette.

2.3.1.1 La portée de l'engagement du nouveau débiteur

Selon la conception traditionnelle, la nouvelle dette contractée par le nouveau débiteur porte sur le même objet que l'ancienne, de telle sorte que le paiement de la nouvelle dette entraîne l'extinction de l'ancienne. Comme nous le verrons, le fait qu'il s'agit d'une dette *nouvelle* portant sur le *même* objet pose des difficultés aux auteurs quant à savoir si les exceptions

qu'aurait pu invoquer l'ancien débiteur à l'encontre du créancier peuvent être soulevées par le nouveau débiteur.

Si la délégation se conçoit comme une cession de dette, le nouveau débiteur est simplement substitué à l'ancien et se trouve lié envers le créancier exactement selon les mêmes modalités et dans la même mesure que lui⁷⁹.

Il faut alors se demander en quoi consiste l'obligation du nouveau débiteur à l'égard de l'ancien. Or, l'effet du contrat de cession est simplement d'investir le nouveau débiteur de la dette de l'ancien. Le nouveau débiteur n'a pas d'obligation envers l'ancien, outre le fait qu'il est dorénavant tenu au paiement de sa dette. Nous verrons néanmoins que, dans la mesure où le défaut de payer du nouveau débiteur est susceptible de causer préjudice à l'ancien, ce dernier disposera de certains moyens pour se protéger.

2.3.1.2 Les exceptions que peut invoquer le nouveau débiteur

Les exceptions que le nouveau débiteur est susceptible d'invoquer à l'encontre du créancier sont liées soit au contrat qui opère la délégation, soit à la dette déléguée.

En ce qui concerne les exceptions liées au contrat qui opère la délégation, l'article 1669 du *Code civil du Québec* précise que « le [nouveau débiteur] ne peut opposer au [créancier] les moyens qu'il aurait pu faire valoir contre [l'ancien débiteur], même s'il en ignorait l'existence au moment de la délégation ». Le second alinéa introduit néanmoins une exception à cette règle, qui « ne s'applique pas, si, au moment de la délégation, rien n'est dû au [créancier] ».

Nous avons vu que l'obligation du nouveau débiteur envers le créancier trouve sa source dans un contrat intervenant entre lui et l'ancien débiteur. Nous ne pouvons pas rendre compte de la délégation, même dans sa conception traditionnelle, en faisant abstraction de ce rapport. Dès lors, il peut sembler paradoxal que le nouveau débiteur ne puisse pas opposer au créancier l'inexécution, par l'ancien débiteur, d'une obligation qui constitue la contrepartie de son engagement.

Dans la conception traditionnelle de la délégation, des auteurs expliquent ce résultat en affirmant que l'obligation contractée par le nouveau débiteur envers le créancier est une obligation « abstraite » de sa cause⁸⁰.

79. Voir en ce sens *Laberge c. Caisse de dépôt et de placement du Québec*, précité, note 16.

80. J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 38, n° 954 ; H.-L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *op. cit.*, note 40, n° 1246.

Encore une fois, la conception de la délégation comme une cession de dette nous permet de fournir une explication plus satisfaisante. Commençons par établir une analogie avec la cession de créance.

Dans la cession de créance, le nouveau créancier acquiert la créance et non un droit au paiement que lui promettrait l'ancien créancier : c'est pourquoi il ne peut pas reprocher à l'ancien créancier le fait qu'il n'a pas reçu satisfaction du débiteur, à moins que l'ancien créancier ne lui ait garanti précisément la solvabilité du débiteur⁸¹.

De même, dans la cession de dette, le nouveau débiteur ne s'engage pas envers l'ancien débiteur à payer le créancier ; il accepte de devenir débiteur à sa place. Or ce résultat est atteint dès la formation du contrat de cession, si la dette cédée est alors existante. Obligé de payer la dette, le nouveau débiteur ne peut plus y échapper, sous prétexte qu'il n'a pas obtenu de l'ancien débiteur la contrepartie espérée.

La portée du second alinéa de l'article 1669 du *Code civil du Québec*, qui fait exception à cette règle, dans les cas où, « au moment de la délégation, rien n'est dû au [créancier] », demeure incertaine. Cet alinéa tire son origine de l'article 1180, al. 2 du *Code civil du Bas Canada*, qui avait vraisemblablement pour objet de permettre au nouveau débiteur d'invoquer la nullité dont aurait été frappée l'obligation déléguée. Toutefois, cette solution peut dorénavant s'appuyer sur l'article 1670, qui permet au nouveau débiteur d'invoquer les exceptions qu'aurait pu invoquer l'ancien. L'article 1669, al. 2 pourrait trouver à s'appliquer dans un cas où le contrat entre l'ancien et le nouveau débiteur prévoit la délégation de dettes futures. Il serait alors logique que le nouveau débiteur puisse refuser de devenir titulaire d'une dette, dans la mesure où l'ancien débiteur ne s'est pas acquitté de ses propres obligations découlant du contrat de délégation : il s'agirait d'une application de l'exception d'inexécution. N'étant pas encore devenu titulaire de la dette, puisqu'elle n'existe pas encore, le nouveau débiteur pourrait encore refuser de le devenir.

Examinons maintenant les exceptions que le nouveau débiteur peut invoquer, et qui sont liées à la dette déléguée.

L'article 1670 précise à ce sujet que « le [nouveau débiteur] peut opposer au [créancier] tous les moyens que [l'ancien débiteur] aurait pu faire valoir contre le [créancier] ». Bien entendu, la compensation fait exception à la règle, comme le précise le second alinéa.

81. C.c.Q., art. 1640.

Nous avons vu que, dans la conception traditionnelle, les moyens de défense de l'ancien débiteur ne devraient pas, en principe, pouvoir être invoqués par le nouveau débiteur, puisqu'il a contracté une nouvelle dette envers le créancier. En revanche, cette dernière portant sur le même objet que la dette d'origine, il peut être tentant d'intégrer à l'objet les exceptions, pour que l'obligation du nouveau débiteur soit exactement à l'image de celle de l'ancien⁸². Quelques auteurs estiment que cette dernière solution peut être davantage conforme à l'intention des parties. C'est le cas d'Hubert lorsqu'il affirme que le nouveau débiteur peut invoquer les exceptions, « s'il avait été stipulé, lors de la délégation, que le délégué ne s'engageait envers le délégataire que pour remplacer le délégant, et dans la même mesure que lui⁸³ ».

Il va sans dire que la conception de la délégation comme une cession de dette permet d'expliquer très simplement la règle énoncée dans l'article 1670 : c'est la dette même qui est cédée par la délégation, avec ses accessoires et ses exceptions. Rappelons que rien n'interdit aux parties de circonscrire les exceptions que le nouveau débiteur pourra invoquer à l'encontre du créancier⁸⁴.

Notons, par ailleurs, — ce qui constitue un nouvel argument en faveur de la conception que nous préconisons — que l'article 1670 introduit une différence notable entre le régime de la délégation et celui de la novation. En effet, l'article 1663 énonce, à propos des exceptions que peut invoquer le nouveau débiteur, la règle exactement inverse à celle de l'article 1670. Cette différence entre le régime de la délégation et de la novation, qui existe

82. C'est la solution que préconise L. LESAGE, *op. cit.*, note 48, nos 98 et suiv. et 130 et suiv., qui affirme que l'objet et la cause de l'ancienne obligation sont incorporées dans la nouvelle (n° 136) : « En s'obligeant, le délégué n'épouse-t-il pas la dette du délégant ? Pourquoi alors n'épouserait-il pas en même temps la cause de cette obligation ? Il le doit ; il ne peut les séparer sans les détruire. La réponse s'impose donc. Il sera, en conséquence, tenu envers le délégataire de la même façon que le délégant, dans la même mesure et pour la même cause. ».

83. F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, n° 209. Les auteurs français distinguent parfois la délégation certaine, qui désigne le cas où le nouveau débiteur s'engage à rembourser la dette à laquelle est tenu l'ancien débiteur, abstraction faite des exceptions, et la délégation incertaine, où la dette déléguée se mesure à celle qu'aurait à payer l'ancien débiteur, tenant compte des exceptions. Voir aussi *supra*, note 8.

84. Dans le cas du crédit documentaire, par exemple, le processus de vérification de la conformité des documents fournis par le vendeur à l'appui de sa demande de paiement permet une définition objective des exceptions issues du contrat de vente (défaut de livraison ou absence de conformité des marchandises vendues). Lorsque le crédit est payable à demande, c'est que toutes les exceptions ont été écartées par les parties. Voir aussi J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 38, nos 949, 950 et 954.

également à propos des accessoires de la dette, rend difficile l'application de la conception traditionnelle de la délégation en vertu du *Code civil du Québec*. Si, quelque temps après la délégation, le créancier libère l'ancien débiteur, cela a-t-il pour effet, en transformant la délégation en novation par changement de débiteur, d'effacer les exceptions qu'aurait pu autrement invoquer le nouveau débiteur à l'encontre du créancier ? Faudrait-il, pour éviter ce problème, considérer, comme le suggèrent certains auteurs, que la délégation conclue imparfaite ne peut, par la suite, devenir parfaite⁸⁵ ?

Nous sommes plutôt d'avis que la délégation imparfaite peut très bien, par la suite, devenir parfaite. Seulement, la délégation parfaite ne se confond pas avec la novation par changement de débiteur. En tant que cession véritable de la dette, elle demeure soumise aux seules règles de la délégation.

2.3.2 Les effets à l'égard de l'ancien débiteur (délégant)

Des trois parties engagées dans la délégation, lorsque celle-ci est imparfaite, c'est l'ancien débiteur qui nous paraît occuper la position la plus incertaine. Il est parfois comparé à une caution, ce qui nous semble une observation très pertinente, mais la jurisprudence et la doctrine dominantes ont affirmé que le nouveau et l'ancien débiteur sont tenus à la dette *in solidum*⁸⁶. Cette qualification pourrait autoriser certains rapprochements avec le régime juridique de la solidarité ; d'ailleurs, parmi les articles sur la solidarité, le second alinéa de l'article 1537 se lit comme suit : « Cependant, si l'obligation a été contractée dans l'intérêt exclusif de l'un des débiteurs ou résulte de la faute d'un seul des codébiteurs, celui-ci est tenu seul de toute la dette envers ses codébiteurs, *lesquels sont alors considérés, par rapport à lui, comme ses cautions.* »

Cet article autorise le renvoi au régime du cautionnement pour préciser les règles et recours s'appliquant dans les rapports entre les codébiteurs solidaires, dans le cas où l'un est seul tenu à rembourser toute la dette. Or, c'est bien le cas de l'ancien et du nouveau débiteur.

Une étude globale des règles s'appliquant à la caution, au débiteur solidaire ou *in solidum* et au débiteur délégant serait souhaitable pour parvenir à

85. Voir J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, nos 519.1 et 520.

86. Voir *Proulx c. Leblanc*, précité, note 16 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 38, n° 955 ; M. TANCELIN, « Stipulation pour autrui ou délégation ; obligation solidaire ou *in solidum* », (1969) 10 C. de D. 810. La qualification *in solidum* permet d'obtenir des résultats juridiques semblables à ceux de la solidarité, dans des cas où il est impossible de considérer qu'une dette est solidaire, en raison du fait que la solidarité ne se présume pas. Or aucun texte de loi n'affirme que l'obligation résultant d'une délégation est solidaire.

des solutions sûres et précises. Nous nous contenterons ici d'esquisser les règles qui semblent, selon nous, devoir s'appliquer à l'ancien débiteur.

2.3.2.1 L'étendue de la responsabilité de l'ancien débiteur

En cas de délégation parfaite, l'ancien débiteur est libéré, ce qui met fin à tout recours que le créancier pourrait exercer contre lui, en vertu de la dette cédée.

S'il y a délégation imparfaite, le Code prévoit, à l'article 1668, que le créancier « conserve ses droits contre le débiteur délégant ». La question qui se pose alors, avec beaucoup d'acuité, est celle de savoir si le créancier est tenu d'épuiser d'abord ses recours contre le nouveau débiteur, avant de se retourner contre l'ancien. Autrement dit, l'ancien débiteur peut-il invoquer le bénéfice de discussion, sa responsabilité étant devenue subsidiaire par rapport à celle du nouveau débiteur⁸⁷ ?

Cette question a beaucoup préoccupé les auteurs. En général, ils parviennent à la conclusion que le créancier peut poursuivre le débiteur de son choix, non sans regret d'ailleurs, parce que tous semblent trouver cette situation injuste pour l'ancien débiteur. Pour reprendre la formule ironique d'un auteur, « on enseigne en général que le délégant échange seulement la certitude d'être poursuivi directement contre la possibilité de ne l'être pas⁸⁸ ».

Quelques auteurs ont néanmoins soutenu qu'il serait plus conforme à l'intention véritable des parties de conférer à la dette de l'ancien débiteur un caractère subsidiaire, en lui accordant le bénéfice de discussion⁸⁹.

87. Serait-il possible de déduire de l'application de l'article 1537 C.c.Q., grâce au renvoi qu'il contient aux règles sur le cautionnement, que l'ancien débiteur peut invoquer le bénéfice de discussion à l'encontre du créancier ? Certainement pas. En premier lieu, l'article 1537 ne concerne que les rapports entre les codébiteurs, et non leurs rapports avec le créancier. En second lieu, l'article 1528 en matière de solidarité prévoit que le créancier a le choix de poursuivre celui de ses codébiteurs qu'il choisit. Comme si ce n'était pas déjà assez, l'article 2352 affirme que la caution qui s'oblige solidairement avec le débiteur principal ne peut plus invoquer le bénéfice de discussion. Le rapprochement avec le régime juridique du cautionnement qu'invite à faire l'article 1537 ouvre néanmoins, selon nous, d'autres perspectives intéressantes : voir la section 2.3.2.2.

88. M. BILLIAU, *op. cit.*, note 10, n° 210, citant Beudant.

89. E. GAUDEMET, *op. cit.*, note 1, p 276-277 : « Il est probable, en effet, que le délégant n'a pas voulu procurer à son créancier un bénéfice gratuit, en lui fournissant un nouveau débiteur. Il a voulu avant tout améliorer sa propre situation : la délégation imparfaite ne lui permet pas de se libérer entièrement ; mais elle lui permet du moins, dans notre système, d'écarter les poursuites du créancier, en s'abritant, en quelque sorte, derrière l'obligation nouvelle du délégué, acceptée par le délégataire. Il retire ainsi de la délégation un avantage immédiat. Son obligation ne reparaît que si le délégué est incapable de satisfaire le délégataire. » Voir aussi F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, n° 192.

Selon l'analyse que nous avons proposée de la cession de dette imparfaite, c'est le nouveau débiteur qui est tenu, à titre principal, de payer la dette. Contre l'ancien débiteur, le créancier peut exercer les recours découlant du gage commun. Plus précisément, nous croyons que le recours d'exécution en nature de l'obligation peut être intenté uniquement contre le nouveau débiteur⁹⁰. En revanche, les recours d'exécution par un tiers aux frais du débiteur et d'exécution par équivalent pécuniaire, qui font appel au gage commun, peuvent être intentés contre l'un ou l'autre débiteur⁹¹. L'ouverture de l'ensemble de ces recours nécessite que le nouveau débiteur soit en demeure de s'exécuter⁹².

Suivant notre analyse, il n'est donc pas possible pour l'ancien débiteur d'invoquer le bénéfice de discussion à l'encontre du créancier qui le poursuit avant d'avoir exercé ses recours contre le nouveau débiteur. Le créancier doit néanmoins mettre le nouveau débiteur en demeure de payer, pour donner ouverture à ses recours contre l'ancien débiteur⁹³.

2.3.2.2 Les moyens dont dispose l'ancien débiteur contre le nouveau débiteur

Il faut se demander si l'ancien débiteur dispose de certains moyens contre le nouveau débiteur pour le contraindre à payer le créancier.

Les dispositions sur la délégation ne fournissant pas de réponse à cette question, il est approprié de s'inspirer des dispositions en matière de cautionnement, qui prévoient un régime complet de moyens et de recours en ce sens. Ainsi, l'ancien débiteur est, selon nous, autorisé à poursuivre le nouveau débiteur pour l'obliger à payer soit lorsque l'ancien débiteur est lui-même poursuivi en justice par le créancier, soit lorsque le nouveau débiteur est devenu insolvable ou encore lorsque la dette est devenue exigible par l'arrivée du terme, suivant l'article 2359 du *Code civil du Québec*.

90. C.c.Q., art. 1601.

91. C.c.Q., art. 1602, 1607.

92. C.c.Q., art. 1590.

93. F. HUBERT, *op. cit.*, note 5, n° 193. Le projet de loi 125 comportait la règle suivante, qui n'a pas été retenue : « [Le créancier] ne peut, toutefois, exiger le paiement [de l'ancien débiteur] qu'après s'être adressé au [nouveau] » (*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Québec, Éditeur officiel, 1987, art. 1719, al. 2).

Ensuite, l'ancien débiteur, poursuivi par le créancier, peut appeler en garantie le nouveau débiteur⁹⁴. Enfin, l'ancien débiteur contraint à payer le créancier dispose d'un recours en remboursement contre le nouveau débiteur. En effet, il se trouve alors subrogé dans les droits du créancier⁹⁵.

2.3.3 Les effets à l'égard du créancier (délégataire)

Il nous reste maintenant à préciser les effets de la délégation à l'égard du créancier. Nous mesurerons d'abord l'étendue des recours du créancier, pour aborder ensuite une question précise, qui a suscité une jurisprudence abondante au cours des dernières années : le créancier a-t-il un devoir de renseignement à l'égard de l'ancien débiteur ?

2.3.3.1 L'étendue des recours du créancier

Nous avons vu que la délégation donne ouverture, en faveur du créancier, à l'exercice de tous les recours, découlant de la dette déléguée, contre le nouveau débiteur. Dans la délégation imparfaite, il continue à bénéficier des recours découlant du gage commun à l'encontre de l'ancien débiteur, qu'il ne peut exercer qu'en cas de défaut du nouveau débiteur⁹⁶.

Une question qui intéressera tout particulièrement le créancier concerne le sort réservé aux accessoires de la dette. Dans la novation, les hypothèques liées à l'ancienne dette sont effacées en même temps que cette dernière, sauf si les parties ont pris soin de les réserver pour les reporter sur la nouvelle⁹⁷. La conception traditionnelle de la délégation comporte

94. C.p.c., art. 216 et suiv. Voir *Blanchet c. Caisse populaire Desjardins Immaculée-conception*, [1998] R.D.I. 292 (C.S.).

95. C.c.Q., art. 1656 (3). Dans l'arrêt *Société immobilière Maxima c. Leclerc*, précité, note 69, la Cour d'appel, tout en reconnaissant l'existence d'un recours de l'ancien débiteur, qui a payé le créancier, contre le nouveau débiteur fonde ce recours sur un lien direct entre ces deux parties, plutôt que sur la subrogation. En effet, la Cour considère que la délégation donne lieu à une obligation du nouveau débiteur envers l'ancien à payer le créancier ; nous sommes plutôt d'avis que le nouveau débiteur accepte simplement de devenir responsable de la dette. Son obligation de payer existe uniquement à l'égard du créancier.

96. Il ne faudrait surtout pas interpréter le fait que le créancier épuise tous ses recours contre le nouveau débiteur, avant de se retourner contre l'ancien débiteur, comme une renonciation à ses droits à l'encontre de ce dernier : le créancier ne fait alors qu'agir conformément aux effets de la délégation imparfaite, en respectant le caractère subsidiaire de son recours contre l'ancien débiteur : 2758-6635 *Québec inc. c. Domaine de la Rivière-aux-Pins inc.*, J.E. 96-1161 (C.S.); *Caisse populaire St-Conrad d'Anjou c. Stadler*, J.E. 97-1374 (C.S.).

97. Cette réserve doit être expresse : C.c.Q., art. 1662.

donc un piège pour les parties : le créancier qui libère l'ancien débiteur perd en principe son hypothèque, s'il oublie de se la réserver⁹⁸. La délégation conçue comme une cession de dette assure le maintien des hypothèques se rapportant à la dette cédée, que la délégation soit parfaite ou imparfaite⁹⁹.

Le sort du cautionnement lié à la dette cédée peut être plus difficile à circonscrire. Si, comme c'est généralement le cas, le cautionnement a été accordé en considération de la personne du débiteur, la caution est libérée par la cession parfaite de la dette¹⁰⁰.

Une autre question susceptible de se poser, si la théorie de la cession de dette est retenue, est celle de savoir si les parties à la cession (l'ancien et le nouveau débiteur) peuvent révoquer celle-ci après l'avoir conclue, sans le consentement du créancier. Selon nous, elles peuvent le faire, de même que le nouveau débiteur peut, s'il le souhaite, céder la dette à un troisième débiteur. La question plus délicate est de savoir si le créancier conserve alors ses recours contre le nouveau débiteur. Or, il nous semble que le nouveau et l'ancien débiteur ne peuvent pas donner à leur révocation un effet rétroactif de manière à priver le créancier, sans son consentement, des droits qu'il a acquis grâce à la cession. Si leur révocation est sans effet rétroactif à l'égard du créancier, elle doit être considérée, à son égard, comme une rétrocession de la dette. Puisque le nouveau débiteur aura été, quelque temps, le débiteur du créancier, ce dernier garde à son encontre les recours découlant du gage commun, dont il ne pourra être privé sans son consentement¹⁰¹. Cette règle permet de protéger la confiance légitime du créancier, qui a pu modifier sa position en se fiant au changement de débiteur.

2.3.3.2 Le devoir de renseignement du créancier

Nous abordons maintenant une question qui suscite, depuis quelques années, une jurisprudence aussi abondante que contradictoire, dans le contexte précis des reprises de prêt hypothécaire. Le problème social qui est à

98. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, n° 519, note 1731. Curieusement, cette difficulté semble avoir échappé à tout un courant jurisprudentiel : voir la section 2.3.3.2.

99. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 3, n° 25.

100. *Ibid.* C'est ce qui a été jugé dans des affaires de cession de bail : *D'Ovidio c. 2626-8441 Québec inc.*, J.E. 96-1939 (C.A.); *Vorga c. Chlumsky*, J.E. 95-2081 (C.Q.). Voir aussi *Beaudette c. Caisse populaire de East Angus*, J.E. 96-1641 (C.S.).

101. C'est ce qui aurait dû être décidé dans l'affaire *Rocheleau c. Béliveau*, précitée, note 72, si la Cour n'avait pas conclu à l'absence d'une délégation, faute de consentement du créancier.

l'origine de cette jurisprudence est préoccupant : trop souvent, le vendeur qui délègue son prêt hypothécaire à l'acquéreur de son immeuble ignore qu'il demeure ensuite tenu de rembourser la dette. Ou encore, sans l'ignorer entièrement, il est peu conscient du risque qu'il prend, en n'étant pas libéré par le créancier. Des années peuvent ensuite se passer, pendant lesquelles il n'entend plus parler ni du nouveau débiteur ni du créancier. Ces derniers, le plus souvent, renouvelleront le prêt à son échéance, en en modifiant les modalités, sans que l'ancien débiteur en soit avisé. Ce dernier est alors pris par surprise, lorsque plusieurs années plus tard il est poursuivi par le créancier. Plusieurs débiteurs dans cette situation ont résisté à l'action du créancier, faisant appel aux tribunaux. Or la jurisprudence est nettement divisée en deux courants. La controverse, d'abord confinée à la Cour supérieure, vient de gagner la Cour d'appel.

Le premier courant, favorable à l'ancien débiteur, s'est montré réceptif à deux arguments mis en avant pour justifier le rejet de l'action du créancier¹⁰². Le premier consiste à dire que le fait pour le créancier de négliger l'ancien débiteur pendant de longues années, alors même que le prêt fait l'objet d'un ou de plusieurs renouvellements, constitue une manifestation de son intention de le libérer de sa dette. Notons que cet argument doit être employé avec prudence : le créancier qui fait affaire uniquement avec le nouveau débiteur, n'exerçant ses droits contre l'ancien débiteur qu'en dernier recours, ne fait qu'agir conformément à la délégation¹⁰³. Pour y voir une intention de libérer l'ancien débiteur, il faudrait que le créancier ait une obligation positive de le tenir informé de l'évolution de la dette.

Le second argument avalisé par le courant jurisprudentiel favorable à l'ancien débiteur concerne précisément l'existence d'un devoir de renseignement du créancier et se fonde sur la jurisprudence de la Cour suprême qui a reconnu et sanctionné l'existence d'un tel devoir. Dans l'arrêt *Banque nationale c. Soucisse*, le juge Beetz a affirmé que la violation par un

102. Pour ce qui est de la Cour supérieure : *Banque Laurentienne du Canada c. Adeclat*, J.E. 99-1643 (C.S.); *Caisse populaire Desjardins Domaine St-Sulpice c. 2425-0771 Québec inc.*, J.E. 98-392 (C.S.); *Caisse populaire de Vaudreuil c. Construction Daniel Bédard inc.*, C.S. Beauharnois, n° AZ-00026074, 15 novembre 1999; *Caisse populaire St-René-Goupil c. Satyawan*, J.E. 98-454 (C.S.) (en appel); *Caisse populaire Desjardins de St-Rédempteur c. Auclair*, J.E. 99-101 (C.S.); *Co. Trust Royal c. Entreprises M.B. St-Jean inc.*, J.E. 97-1158 (C.S.); *Banque nationale du Canada c. Portelance*, [1997] R.R.A. 1119 (résumé), J.E. 97-1713 (C.S.); *Banque Nationale du Canada c. Hogue*, C.S. Saint-Hyacinthe, n° AZ-99026093, 11 janvier 1999; *Banque Laurentienne du Canada c. MacKay*, [1999] R.J.Q. 238 (C.S.), infirmé en appel.

103. Voir *supra*, note 96.

créancier du devoir de renseignement à l'égard d'une caution peut justifier d'opposer une fin de non-recevoir à son action¹⁰⁴. Dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, le juge Gonthier a reconnu qu'il existe, en droit civil, « une obligation positive de renseignement dans les cas où une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable, d'où des dommages pourraient s'ensuivre¹⁰⁵ ». L'argument de la fin de non-recevoir s'ajoute donc à celui de la novation pour justifier le rejet de l'action du créancier contre l'ancien débiteur.

À ce premier courant jurisprudentiel s'oppose un courant favorable au créancier¹⁰⁶, où les juges se disent incapables de voir dans la preuve qui leur est soumise des éléments suffisants pour leur permettre de conclure que le créancier a libéré l'ancien débiteur. Ces juges rejettent également l'argument fondé sur la violation d'un devoir positif de renseignement du créancier envers l'ancien débiteur. Certains d'entre eux invoquent le fait que l'article 2345 du *Code civil du Québec*, en matière de cautionnement, n'impose aucun devoir positif de renseignement au créancier. Au contraire, selon cet article, il appartiendrait à la caution de se renseigner auprès du créancier pour connaître l'évolution du prêt. La même règle devrait s'appliquer dans le contexte d'une délégation. Ils affirment également que, même s'il existait un devoir positif de renseignement, le nouveau débiteur ne subirait aucun préjudice du fait de la violation de ce devoir. En effet, que pourrait-il faire de plus, en étant au courant de l'évolution de la dette ?

Les deux arrêts rendus récemment par la Cour d'appel ne permettent pas de trancher définitivement le débat. La Cour d'appel a d'abord infirmé

104. *Banque nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

105. *Banque de Montréal c. Bail Ltée* [1992] 2 R.C.S. 554, 587.

106. Dans les affaires suivantes, le débiteur a invoqué l'argument fondé sur la novation ainsi que celui qui repose sur la violation d'un devoir de renseignement. Pour ce qui est de la Cour supérieure : *Caisse populaire Jean-Talon c. Pierre-Paul*, [1999] R.D.I. 435 ; *Caisse populaire St-Conrad d'Anjou c. Stadler*, précité, note 96 ; *Crédit industriel Desjardins inc. c. Moulins Grover Ltée*, J.E. 2001-69 (C.S.) (en appel) ; *Caisse d'économie des Portugais de Montréal c. Shelton*, C.S. Montréal, n° AZ-99026465, 2 juillet 1999 ; *Caisse populaire de Lachute c. 2848-2933 Québec inc.*, C.S. Terrebonne, n° AZ-00026464, 27 avril 2000 (appels rejetés sur requête) ; *Crown Life Insurance Co. c. 2329-7294 Québec inc.*, J.E. 99-1949 (C.S.) ; *Co. Montréal Trust du Canada c. 3093-3147 Québec inc.*, J.E. 98-2011 (C.S.) ; *Banque nationale c. 2640-9375 Québec inc.*, C.S. Montréal, n° AZ-99026579, 7 septembre 1999, infirmé en appel (*Salvatore L. Briqueteur inc. c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 2002-1486 (C.A.)). Dans les affaires suivantes, le débiteur a invoqué l'argument fondé sur la novation, mais non celui qui est basé sur la violation du devoir de renseignement : *Morness Investment inc. c. Chahbazi*, J.E. 96-1525 (C.S.) ; *Confédération (La), compagnie d'assurance-vie c. Traklin Holdings Inc.*, J.E. 94-705 (C.S.) ; *2151-9186 Québec inc. c. Delwasse*, J.E. 97-1330 (C.S.) ; *Banque Nationale de Grèce (Canada) c. Immeubles Mille-Îles Inc.*, [1992] R.D.I. 110 (C.S.).

la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *MacKay*¹⁰⁷, qui figurait parmi les mieux articulés et les plus souvent cités du premier courant, favorable à l'ancien débiteur. Sous la plume du juge Baudouin, la Cour affirme même que « certaines décisions récentes paraissent avoir été sensiblement moins exigeantes dans la preuve requise et ont peut-être eu tendance à trouver des intentions de nover là où, à [son] humble avis, il n'y en avait pas vraiment ». Le juge Baudouin cite néanmoins avec approbation plusieurs jugements du premier courant et insiste sur le fait que la détermination de l'existence ou non d'une intention de libérer l'ancien débiteur est une question de fait qui dépend des circonstances de chaque espèce. Il adopte la même approche pour déterminer si le créancier a violé son devoir de renseignement, concluant que dans les faits de l'espèce ce n'était pas le cas. Le juge Baudouin formule également une mise en garde, à savoir qu'il ne faut pas confondre le non-respect par le créancier de son devoir de renseignement avec une intention, de sa part, de libérer l'ancien débiteur.

Quelques mois plus tard, la Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Salvatore*¹⁰⁸, qui fait partie du second courant, favorable au créancier. Les juges Robert et Rousseau-Houle ont estimé que, dans cette affaire, le comportement des parties démontrait leur intention de libérer l'ancien débiteur. Le juge Robert accueille également l'appel pour le motif que le créancier a failli à son devoir de renseignement envers l'ancien débiteur. Enfin, il affirme, au contraire du juge Baudouin dans l'arrêt *MacKay*, que la violation du devoir de renseignement peut être un élément pertinent pour déterminer si l'ancien débiteur a été libéré.

Ces arrêts doivent être analysés conjointement avec une jurisprudence abondante en matière de cautionnement, dont les principaux arrêts ont été rendus dans les affaires *Guida*¹⁰⁹ et *Losier*¹¹⁰ par la Cour d'appel, qui concernent le devoir de renseignement du créancier à l'égard de la caution. Tâchons de dégager quelques grands principes de ces quatre décisions.

Tout d'abord, plusieurs arrêts effectuent un rapprochement entre la situation de la caution et celle de l'ancien débiteur, en ce qui a trait au devoir de renseignement du créancier. Il nous paraît logique, en effet, que le créancier ait sensiblement les mêmes devoirs à l'égard de l'ancien débiteur que ceux qu'il a envers une caution.

107. *Banque Laurentienne du Canada c. MacKay*, [2002] R.J.Q. 365 (C.A.).

108. *Salvatore L. Briqueteur inc. c. Banque Nationale du Canada*, précité, note 106. La Cour d'appel a rendu trois opinions séparées, les juges Robert et Rousseau-Houle étant d'avis d'accueillir l'appel, le juge Morin étant dissident.

109. *Fiducie du Groupe Investors Ltée c. Guida*, [2001] R.J.Q. 84 (C.A.).

110. *Trust La Laurentienne du Canada inc. c. Losier*, J.E. 2001-254 (C.A.).

Existe-t-il un devoir positif de renseignement du créancier envers l'ancien débiteur ou la caution ? Plusieurs juges du second courant ont répondu par la négative, en raison de la formulation de l'article 2345, qui semble exiger que la caution prenne l'initiative de se renseigner elle-même : « Le créancier est tenu de fournir à la caution, sur sa demande, tout renseignement utile sur le contenu et les modalités de l'obligation principale et sur l'état de son exécution. »

Le juge Rochon, dans l'affaire *Losier*, rejette cette analyse. Nous sommes tout à fait du même point de vue et nous nous permettons de reproduire cet extrait de son raisonnement :

Cet article n'a pas pour effet de restreindre la portée de l'obligation positive de renseignement. Cet article a un contenu spécifique particulier. Il permet à la caution d'obtenir « sur demande » des renseignements concernant « le contenu et les modalités de l'obligation principale et de l'état de son exécution ». Cette disposition se comprend d'autant plus que la caution est généralement un tiers. L'article autorise le créancier à révéler à la caution les renseignements pertinents sur le dossier du débiteur sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'autorisation de ce dernier.

L'article 2345 C.c.Q. ajoute peut-être aux droits de la caution par rapport au droit antérieur, mais certes ne les restreint pas. Soutenir la thèse contraire conduirait à une aberration. Si l'on devait restreindre, en matière de cautionnement, la théorie générale de l'obligation de renseigner au seul contenu de l'article 2345 C.c.Q., il faudrait conclure que la théorie globale embrasse l'ensemble des champs contractuels à l'exception du contrat de cautionnement¹¹¹.

Nous sommes d'avis que le créancier a, en principe, un devoir positif d'informer la caution ou l'ancien débiteur lorsque le prêt arrive à échéance et qu'il s'apprête à en négocier le renouvellement avec le débiteur principal. D'aucuns pourraient vouloir étendre davantage le devoir de renseignement du créancier pour l'obliger également à informer l'ancien débiteur ou la caution d'une dégradation de la situation financière du débiteur principal, mais, au minimum, il nous semble essentiel que la caution ou l'ancien débiteur soient informés des renouvellements du prêt. Il pourra y avoir exception à cette règle lorsque des rapports étroits unissent la caution ou l'ancien débiteur au débiteur principal, de telle sorte qu'ils ont déjà un accès direct à ces renseignements¹¹².

111. *Id.*, 9. Appliquant les critères dégagés par le juge Gonthier dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, le juge Rochon estima néanmoins que le créancier n'avait pas d'obligation positive de renseignement envers la caution dans le cas qui lui était soumis, parce que celle-ci était actionnaire unique de la compagnie débitrice et avait donc un accès direct aux renseignements pertinents.

112. *Ibid.*

Ce devoir positif de renseignement étant reconnu, le fait pour le créancier de ne pas s'en acquitter constitue, selon nous, un indice factuel dont peut tenir compte le juge pour déterminer si le créancier a libéré l'ancien débiteur, comme l'a reconnu la Cour d'appel dans l'arrêt *Salvatore*. Cette détermination doit, bien sûr, tenir compte de l'ensemble de la preuve et des circonstances propres à chaque espèce. Qui plus est, il ne s'agit pas, selon nous, de se demander uniquement si le créancier a eu l'intention véritable de libérer l'ancien débiteur ou la caution, mais aussi de vérifier si le comportement du créancier a pu susciter chez le débiteur ou la caution raisonnables l'impression d'être libéré.

Comme nous l'avons démontré, la libération de l'ancien débiteur peut très bien survenir postérieurement à la délégation, si l'ensemble de la preuve est en ce sens. Selon notre conception de la délégation, cette libération n'a pas pour effet d'anéantir les hypothèques accessoires à la dette déléguée, puisqu'elle n'emporte pas novation de la dette.

Lorsque la preuve ne permet pas de conclure à la libération de l'ancien débiteur, mais démontre néanmoins que le créancier a failli à son devoir de renseignement, ce manquement constitue une fin de non-recevoir à l'action du créancier contre l'ancien débiteur, s'il lui a porté préjudice. Or, ce manquement est en effet susceptible de causer du tort à l'ancien débiteur. Ce dernier pourrait, par exemple, intervenir auprès du nouveau débiteur, à l'échéance du prêt, pour qu'il obtienne sa libération. Si le nouveau débiteur ne se montrait pas coopératif, l'ancien débiteur pourrait, selon nous, se prévaloir du recours de l'article 2359 à l'encontre du nouveau débiteur, afin de le contraindre à rembourser la dette. Or, l'ancien débiteur est privé de ces moyens s'il n'est pas informé, par le créancier, du renouvellement de la dette.

L'arrêt *Guida*, rendu récemment par la Cour d'appel en matière de cautionnement, est précisément en ce sens. Ayant établi que le créancier avait manqué à son devoir de renseignement à l'égard de la caution, la Cour affirme que la perte, par la caution, de la possibilité de faire valoir son recours contre le débiteur principal pour le contraindre à payer la dette à l'échéance constitue un préjudice suffisant pour donner ouverture à la fin de non-recevoir¹¹³.

113. *Fiducie du Groupe Investors Ltée c. Guida*, précité, note 109, p. 87 :

The legislator, by section 1961 C.C.L.C., provides for the continued responsibility of the surety if a delay for repayment of the Loan is granted, under the proviso that in spite of the delay, he may oblige the principal debtor to pay the debt. Payment of the debt would also, of course, put an end to the suretyship.

C'est donc avec raison, selon nous, que les tribunaux acceptent, lorsque les circonstances le justifient, d'interpréter le comportement du créancier à l'égard de l'ancien débiteur comme donnant lieu à la libération de ce dernier ou encore de sanctionner le fait de ne pas informer l'ancien débiteur des renouvellements du prêt par une fin de non-recevoir.

Nous avons démontré, dans la seconde partie de notre étude, que la conception de la délégation comme une cession de dette permet de rendre compte de l'ensemble des articles pertinents du *Code civil du Québec*, tout en palliant certaines difficultés éprouvées dans l'application de la conception traditionnelle. En particulier, nous avons relevé deux conflits importants entre le régime de la novation et celui de la délégation, qui rendent dorénavant nécessaire, selon nous, la dissociation de ces deux opérations. En effet, la délégation et la novation réservent un sort différent aux exceptions et aux accessoires liés à la dette. Si délégation parfaite équivaut à novation, quel régime leur est-il applicable : celui de la novation ou de la délégation ? Que faire lorsque la délégation imparfaite devient parfaite, le créancier ayant libéré l'ancien débiteur ? S'il fallait appliquer dans ce cas les règles de la novation, le créancier perdrait son hypothèque, et le nouveau débiteur, ses exceptions. Cette difficulté semble avoir échappé temporairement à la jurisprudence, même si certains auteurs l'avaient bien perçue¹¹⁴. Pour nous, la délégation parfaite n'équivaut pas à une novation par changement de débiteur. Elle continue à être soumise au régime de la délégation.

If the creditor acts in such a way so as to prevent or pre-empt the surety from availing himself of the recourse afforded him by Article 1961 C.C.L.C., then the suretyship, because of the conduct of the creditor, is not enforceable against the surety. The latter is thus liberated from the payment of the debt.

In other words, if because of the fault of the creditor, the surety's right to pursue the debtor to have the debt paid is rendered illusory, the creditor suffers the consequence of losing the benefit of the suretyship.

114. J. PINEAU, D. BURNAM et S. GAUDET, *op. cit.*, note 22, n° 519.1.

Conclusion

Trois raisons essentielles justifient que les juristes québécois interprètent dorénavant la délégation comme une cession de dette. Premièrement, cette interprétation rend compte de la finalité de la délégation, qui est de réaliser le transfert économique d'une dette. Deuxièmement, elle explique les solutions du Code et de la jurisprudence, tout en évitant les conflits de régime qui surviennent actuellement entre la novation et la délégation : dorénavant, la délégation parfaite ne doit plus être assimilée à une novation par changement de débiteur ; ainsi, les accessoires et les exceptions de la dette s'appliquent à la dette déléguée, même si l'ancien débiteur est libéré par le créancier. Elle ramène également la participation du créancier à de plus justes proportions et parvient à un meilleur équilibre entre ses intérêts et ceux de l'ancien débiteur. Troisièmement, enfin, elle constitue une évolution positive et nécessaire du droit québécois vers la reconnaissance d'autres opérations plus complexes, notamment la cession de contrat.

Nous espérons maintenant voir la délégation connaître un nouvel essor, sur un fondement répondant enfin à sa finalité économique première.

Pourquoi nover lorsqu'il est possible d'innover ?