

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les pages du



**Centre de droit des affaires
et du commerce international**

De la délégation *certaine* à la délégation *incertaine* : *error communis facit jus et... legem**

Benoît MOORE

Avocat au Barreau du Québec et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

La délégation de paiement permet aux parties d'assurer, par la création d'un nouveau lien, la circulation d'une dette en remplaçant le débiteur ou en ajoutant un débiteur à l'obligation initiale. Elle offre ainsi, au moins indirectement, une alternative à la cession de dette, classiquement écartée du droit québécois. Le *Code civil du Québec* répond à l'importance économique de la délégation en lui réservant une section autonome dans le chapitre sur la transmission et les mutations des obligations, ce que ne faisait pas le *Code civil du Bas Canada*¹ lequel,

à l'instar du *Code civil français*², traitait de la délégation dans le cadre des dispositions sur la novation.

La délégation de paiement est l'opération tripartite par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre personne, le délégué, qu'elle s'engage personnellement envers une tierce personne, le délégataire³. Même s'il est très majoritairement admis que la délégation ne suppose pas nécessairement la préexistence d'un lien entre le délégant et le délégataire, de même qu'entre le délégant et le délégué, il demeure que la délégation se pré-

* « L'erreur commune fait le droit et... la loi ». Ces quelques réflexions prennent leurs sources d'un chapitre du volume 2 du *Droit québécois des obligations* que nous écrivons avec notre collègue, le professeur Didier Lluellas.

¹ Art. 1173, 1175 et 1180 C.c.B.C.

² Art. 1275 et 1276 C.c.fr.

³ Sur les différentes définitions proposées de la délégation : Philippe SIMLER, *J.-Cl. Civ.*, fasc. 104, n° 1 et suiv.

sente généralement dans de tels cas⁴. Elle constitue alors un double paiement abrégé par lequel le délégué, dans le but de payer la dette qu'il a envers le délégant, s'engage à payer celle que ce dernier a envers le délégataire⁵. Il en va ainsi dans l'exemple classique de la reprise du prêt hypothécaire où l'acheteur

(délégué), afin de payer le prix de l'immeuble au vendeur (délégant), s'engage à rembourser le prêt hypothécaire que ce dernier a envers le créancier (délégataire).

Traditionnellement on voit dans la délégation la création d'un nouveau lien entre le délégué et le délégataire⁶. Ce nouveau lien peut soit

⁴ *Mathon c. Hôtels Delta Ltd.*, J.E. 2000-293 (C.A.); Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 516, p. 855; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, n° 946, p. 760; Vincent KARIM, *Les obligations*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, p. 734. Un auteur soutient, au contraire, la nécessité qu'il y ait à la fois une obligation entre le délégant et le délégué et entre le délégant et le délégataire. La délégation serait ainsi, par sa nature même, une opération de paiement simplifié : Marc BILLIAU, *La délégation de créance*, Paris, L.G.D.J., n° 16-20 et n° 75, p. 24-31 et p. 81. Voir : Com. 21 juin 1994, Ch. com, *Rev. trim. dr. civ.* 1995.113. Ce même auteur fait remarquer qu'une lecture littérale de l'article 1275 C.c.fr. impose l'existence de ce lien initial entre le délégant et le délégataire, puisqu'il y est mentionné que « la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur [...] » : Marc BILLIAU, *Rép. civ.*, Dalloz, v° *Délégation*, n° 14. Cet argument a été contesté au motif que l'article 1275 C.c.fr. porte uniquement sur la délégation novatoire qui implique nécessairement un lien initial entre le délégant et le délégué. En droit québécois, l'article 1667 C.c.Q., en posant que « [l]a désignation par le débiteur d'une personne qui paiera à sa place ne constitue une délégation de paiement [...] », donne une définition de la notion de délégation en générale et non pas de la délégation novatoire en particulier. En ce sens, cet article reconnaît peut-être la nécessité, dans tous les cas, d'un lien initial délégant/délégué. Mais, à bien y penser, il semble qu'il doive y avoir, d'une façon ou d'une autre un lien, si ce n'est préexistant, à tout le moins concomitant entre, à la fois, le délégant et le délégué et le délégant et le délégataire. Dans le premier cas, lorsque le délégué s'engage spontanément à payer l'obligation que le délégant a envers le délégataire, cela fera naître à tout le moins une promesse de don (ou de prêt) en faveur du délégant que celui-ci accepte lorsqu'il consent à la délégation. De même, lorsque le délégant demande au délégué d'effectuer un paiement en faveur d'un délégataire à qui le délégant ne doit rien, il existe dès lors, là aussi, une promesse de don ou de prêt que le délégataire accepte lorsqu'il consent à la délégation. Voir sur ce point : Christian LARROUMET et Jérôme FRANÇOIS, *Droit civil*, t. 4, « Les obligations - Régime général », Paris, Economica, 2000, n° 509, p. 379.

⁵ Soulignant cette nature de paiement abrégé, c'est dans le titre sur l'exécution volontaire de l'obligation, à la suite des dispositions sur le paiement en général et sur le paiement avec subrogation, que l'O.R.C.C. proposait d'inclure les règles de la délégation : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *Projet de code civil*, Québec, 1977, art. V-228 à V-230.

⁶ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 4, n° 948, p. 761. Cette conception classique provient du droit romain qui ne reconnaissait ni la cession de créance, ni la cession de dette en raison d'une conception exclusivement « relationnelle » de l'obligation. Pour cette raison, on en est venu à imaginer les mécanismes de novation et de délégation qui, par le biais de la création d'un nouveau lien, permettaient indirectement de transférer les obligations : P. SIMLER, *op. cit.*, note 3, n° 3. Si le transfert de créance s'est aujourd'hui « émancipé » de la novation par le mécanisme de la cession de créance, la cession de dette recourt encore aujourd'hui à cette notion : Michelle CUMY, « La délégation du Code civil du Québec : une cession de dette? », (2002) 43 C. de D. 601, 604.

se rajouter à celui existant déjà entre le délégant et le délégataire – c'est la délégation imparfaite –, soit le remplacer – c'est la délégation parfaite. C'est la nouveauté du rapport liant le délégué au délégataire qui caractérise la théorie classique de la délégation. Ce rapport existe indépendamment de ceux qui lient le délégant au délégataire et le délégant au délégué, ce qui a amené certains à soutenir que le rapport délégué/délégataire constitue un acte abstrait, c'est-à-dire valide sans égard à sa cause⁷. Sans aller jusque là, les auteurs français s'entendent pour consacrer l'autonomie du nouveau lien délégué/délégataire face aux liens d'où il tire son origine.

Le principe de l'autonomie du lien délégué/délégataire implique que le délégué se trouve dans une situation fort désavantageuse face au délégataire, puisqu'il ne peut lui opposer aucune des exceptions issues des liens fondateurs⁸. Ainsi, le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions issues du lien délégant/délégataire qu'aurait pu lui opposer le délégant. En guise d'exemple, l'acheteur (délégué) qui s'engage à « assumer » le prêt hypo-

thécaire de son vendeur (délégant) ne pourra opposer à la banque (délégataire) la nullité du prêt. Le délégué ne pourra pas non plus opposer au délégataire les exceptions issues de cet autre rapport fondateur qu'est celui unissant le délégué au délégant. Pour reprendre le même exemple, l'acheteur (délégué) ne pourrait opposer à la banque (délégataire) la nullité du contrat de vente ou encore l'existence de vices cachés.

Il est donc traditionnel, en droit français, de soutenir que la délégation emporte l'inopposabilité totale des exceptions⁹. Le délégué se trouve dans une situation particulièrement désavantageuse, puisque les seuls moyens de défense qu'il peut faire valoir contre le délégataire sont ceux issus de son engagement envers ce dernier. Cette situation, à l'inverse très avantageuse pour le délégataire, contribue d'ailleurs à faire de la délégation une garantie éventuellement fort intéressante pour ce dernier¹⁰. Afin d'écarter le caractère absolu du principe de l'inopposabilité des exceptions, certains auteurs, s'inspirant du droit romain¹¹, ont recours à la distinction

⁷ Sur cette théorie, voir : Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Yvonne FLOUR et Éric SAVAUX, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2001, n° 440, p. 275; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 1449, p. 1335; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil – Les obligations*, t. 3, « Régime général », 11^e éd., Paris, Cujas, 2001, n° 343, p. 227; C. LARROUMET et J. FRANÇOIS, *op. cit.*, note 4, n° 533, p. 393.

⁸ C'est-à-dire les liens délégant/délégué et délégant/délégataire.

⁹ C. LARROUMET et J. FRANÇOIS, *op. cit.*, note 4, n° 533, p. 393; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et É. SAVAUX, *op. cit.*, note 7, n° 433 et suiv., p. 271 et suiv.

¹⁰ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 7, n° 1449, p. 1336.

¹¹ Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, n° 707, p. 1009; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 7, n° 340, p. 224.

entre *délégation certaine* et *délégation incertaine*¹².

La *délégation certaine* correspond à la conception classique que nous avons présentée jusqu'ici. Elle reconnaît une indépendance totale entre, d'une part, le nouveau lien créé entre le délégué et le délégataire et, d'autre part, les liens fondateurs, que ce soit celui liant le délégant au délégataire ou le délégant au délégué. Elle est donc dite *certaine* en ce que l'engagement personnel du délégué envers le délégataire ne dépend aucunement de ces autres liens : il existe par lui-même et pour lui-même. Ainsi, dans une *délégation certaine* impliquant la prise en charge, par l'acheteur d'un immeuble, de la dette hypothécaire du vendeur, il est impossible pour l'acheteur d'opposer au créancier la nullité de la vente (lien délégant/délégué) ou du contrat de prêt initial (lien délégant/délégataire).

La *délégation incertaine* se présente, quant à elle, lorsque le délégué s'engage envers le délégataire *en fonction* de l'un ou l'autre des liens fondateurs. Ainsi, le délégué s'engage envers le délégataire à payer la somme de 1 000 \$ que lui doit le délégant aux termes de tel contrat de prêt. Ou encore le délégué s'engage à payer au délégataire la somme de 1 000 \$ dans la mesure où il est lui-même débiteur de

cette somme envers le délégant. Dans ces deux illustrations, la *délégation* est dite *incertaine* parce qu'elle dépend de l'existence d'un autre lien. Dans le premier cas, elle dépend de l'existence et de la validité du rapport liant le délégant au délégataire, dans le second, de l'existence et de la validité du rapport liant le délégant au délégué. Dans un tel contexte, le délégué peut alors opposer au délégataire les exceptions issues du rapport auquel est liée son obligation. Ainsi, dans une *délégation incertaine*, fondée sur le contrat de prêt hypothécaire liant le vendeur (délégant) au créancier (délégataire), l'acheteur (délégué) pourra opposer, par exemple, le caractère lésionnaire de ce prêt. Dans une *délégation incertaine* fondée sur le contrat d'achat entre le vendeur (délégant) et l'acheteur (délégué), ce dernier pourra opposer au créancier (délégataire) l'existence de vices cachés lors de l'achat.

Cette notion de *délégation incertaine*, même si elle a déjà été reconnue par la Cour de cassation française¹³, est contestée par certains auteurs qui y voient, non pas une réelle *délégation*, mais une *cession de dette*¹⁴, puisqu'elle écarte le principe de l'inopposabilité des exceptions et permet d'intégrer un lien fondateur dans celui créé entre le délégué et le délégataire¹⁵. Cette notion de

¹² Sur ces notions : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 7, n° 341, p. 225; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et É. SAVAUX, *op. cit.*, note 7, n° 433, p. 271.

¹³ Civ. 1^{re}, 17 mars 1992, *Rev. trim. dr. civ.* 1992.765, obs. J. Mestre.

¹⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et É. SAVAUX, *op. cit.*, note 7, n° 442, p. 277; C. LARROUMET et J. FRANÇOIS, *op. cit.*, note 4, n° 537, p. 395.

¹⁵ En réalité, si on se rapproche de la cession de dette lorsque le rapport délégant/délégataire détermine le lien délégué/délégataire, on se rapproche de la cession de créance lorsque ce dernier est déterminé par le lien délégant/délégué.

délégation incertaine, ainsi que les critiques qu'elle engendre, n'est pas sans intérêt pour analyser le droit québécois.

Récemment, la professeure Michelle Cumyn, dans un article remarquable, a soutenu que le *Code civil du Québec* avait transformé la délégation de paiement en une cession de dette¹⁶. Pour elle, la délégation, qu'elle soit parfaite ou imparfaite, plutôt que de créer une nouvelle obligation, transfère celle qui préexistait entre le délégant et le délégataire pour la transposer entre le délégué et le délégataire. Si la délégation est imparfaite, la cession de dette l'est également; il y a alors *dédoublement* du lien identique entre le délégant et le délégataire ainsi qu'entre le délégué et le délégataire. Si la délégation est parfaite, la cession l'est aussi et il y a alors simple transfert: le lien délégant/délégataire existe toujours mais, cette fois, entre le délégué et le délégataire. Cette étude de la professeure Cumyn est intéressante à plus d'un titre et a le mérite de mettre notre nouveau droit de la délégation sous un éclairage différent.

Le constat principal que pose ce texte porte sur la différence fondamentale qui existe aujourd'hui entre les droits français et québécois de la délégation. C'est cette différence de régime qui pousse la professeure

Cumyn à conclure que la délégation s'est transformée, en droit québécois, en véritable cession de dette. Cette rupture se retrouve dans les règles concernant l'opposabilité des exceptions et se décompose en deux distinctions :

– La première, et la plus importante, est celle issue de l'article 1670 C.c.Q. Aux termes de cet article, et contrairement au droit français, le délégué peut désormais opposer au «délégataire tous les moyens que le délégant aurait pu faire valoir contre le délégataire»¹⁷. Ainsi, pour reprendre notre exemple de reprise de prêt hypothécaire, l'acheteur de l'immeuble (délégué) peut opposer au créancier (délégataire) la nullité, ou toute autre exception, inhérente au prêt initial. C'est sur cette règle que se fonde essentiellement la professeure Cumyn pour qualifier la délégation de cession de dette¹⁸. Pour elle, si le délégué peut opposer au délégataire les exceptions issues du lien délégant/délégataire, c'est parce qu'il est lui-même obligé à *ce lien*. Il n'y a pas alors *création* d'un nouveau lien délégué/délégataire, comme le veut la théorie classique, mais *transfert* – parfait ou non¹⁹ – du lien existant entre le délégant et le délégataire. Outre cette justification, on peut soutenir que l'article 1670 C.c.Q. consacre la notion de délégation *incertaine*, le rapport délégant/

¹⁶ M. CUMYN, *loc. cit.*, note 6, 601.

¹⁷ À l'exception de la compensation pouvant exister entre le délégant et le délégataire, la condition de réciprocité n'étant pas rencontrée (art. 1672).

¹⁸ M. CUMYN, *loc. cit.*, note 6, 637.

¹⁹ C'est-à-dire, avec libération ou non du délégant.

déléataire étant la mesure de l'obligation du délégué face au déléataire.

– La seconde différence se trouve à l'article 1669 C.c.Q. qui, tout comme l'article 1670 C.c.Q., n'a pas de correspondant dans le *Code civil français*. Or, si le principe de l'article 1669 C.c.Q., selon lequel le délégué ne peut opposer au déléataire les exceptions issues du lien délégrant/délégué, est identique au droit français, cet article contient une limitation que ne connaît pas le droit français contemporain. Le 2^e alinéa de l'article 1669 C.c.Q. prévoit, en effet, que « [c]ette règle ne s'applique pas si, au moment de la délégation, rien n'est dû au déléataire [...] ». C'est dire que, face au lien délégrant/délégué, la délégation est en principe une délégation *certaine*, sous réserve du cas où « rien n'était dû au déléataire » lors de la délégation. Même si cette deuxième différence semble bien marginale par rapport à la première, ses origines laissent paraître qu'elle a joué un rôle prédominant dans la réforme du droit québécois de la délégation.

Il est communément admis²⁰ que l'article 1669 C.c.Q. tire son origine de l'article 1180 C.c.B.C., lequel prévoyait :

Le débiteur qui consent à être délégué ne peut opposer au nouveau créancier les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre la personne qui l'a délégué, quand même, au temps de la délégation, il aurait ignoré l'existence de ces exceptions.

Cette règle n'a pas lieu, si, au temps de la délégation, il n'est rien dû au nouveau créancier, et elle ne préjudicie pas au recours du débiteur délégué contre le déléquant.

Cette disposition était, dans l'ancien code, la seule qui concernait l'opposabilité, par le délégué, des exceptions issues des liens fondateurs. Or, le principe de l'alinéa 1^{er} ne concerne que les exceptions issues du rapport délégrant/délégué et prévoit que celles-ci ne peuvent être opposées au déléataire. Ce principe, créant ainsi une séparation nette entre les rapports délégrant/délégué et délégué/déléataire, a été appliqué sans réels problèmes par une jurisprudence stable²¹.

L'exception à ce principe, prévue à l'alinéa second de l'article 1180 C.c.B.C. – et repris à l'article 1669 C.c.Q. – est, quant à elle, plus énigmatique et fut l'objet d'une interprétation qui nous semble devoir être revue. La doctrine a compris de

²⁰ C'est ce qu'énoncent les commentaires du Ministre sous l'article 1669 C.c.Q. La doctrine retient également cette filiation : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 4, n° 520, p. 860; V. KARIM, *op. cit.*, note 4, p. 742.

²¹ *Cie Trust Royal c. Place G.D. Inc.*, [1995] R.D.I. 360 (C.S.) [le délégué qui a assumé la dette hypothécaire du délégrant ne peut opposer au déléataire la nullité de la vente entre lui et le délégrant]. Voir aussi dans le même dossier : *Bouffard c. Ducharme*, J.E. 2000-1863 (C.S.) (en appel). Cf : *Garneau c. Théberge*, [1955] R.L. 432 (C.S.) [le délégué ne peut opposer au déléataire la nullité de la vente conclue avec le délégrant]; *Traders Finance Corporation Ltd. c. J.A. Massé*, [1956] R.P. 379 (C.S.); *Continental Guaranty Corporation c. Papineau*, (1930) 49 B.R. 266 [le délégué ne peut opposer au déléataire l'exception d'inexécution de son lien avec le délégrant]; *Terreau et Racine Ltée c. Napoléon Trudel et fils*, [1963] C.S. 271.

cette exception qu'elle permettait au délégué d'opposer au délégataire la nullité du rapport fondateur liant le *délégrant au délégataire*²². Le principe de l'article 1180 C.c.B.C., originellement limité à la délégation parfaite ayant été étendu à la délégation imparfaite²³, l'exception de l'alinéa second devait elle aussi trouver application dans l'ensemble des cas de délégation. On expliquait alors cette exception, tant dans le cadre de la délégation parfaite que de la délégation imparfaite, en recourant à la théorie de la cause : l'engagement du délégué envers le délégataire puisant sa cause objective dans le rapport délégrant/délégataire, il est nul pour absence de cause lorsque ce rapport délégrant/délégataire est vicié²⁴. On remarque donc que cette interprétation de l'article 1180 C.c.B.C. intégrait en droit québécois la notion de *délégation incertaine*.

Or, une lecture attentive de l'article 1180 C.c.B.C. révèle que cette interprétation doit être écartée. Cet article, rappelons-le, dispose que le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions issues du lien *délégrant/délégué*. Jamais ne traite-

t-il des exceptions issues du rapport liant le délégrant au délégataire. En toute logique, l'alinéa second, qui prévoit une exception à *ce principe*, porte également sur ce même lien délégrant/délégué et non, comme on a pu le soutenir, sur le lien délégrant/délégataire. C'est donc dire que le délégué pourra opposer au délégataire, lorsque rien ne lui était dû au moment de la délégation, les exceptions issues du lien *délégrant/délégué*.

Lorsque l'on retrace les origines de l'article 1180 C.c.B.C., cette interprétation tend à se confirmer. Cette disposition du *Code civil du Bas Canada* n'a pas de correspondant dans le *Code civil français* et a, semble-t-il, été empruntée à Maleville²⁵. À propos du *Code civil français*, ce dernier écrivait ce qui suit : « On a omis dans cette section une décision bien essentielle, c'est que le débiteur délégué et consentant à la délégation ne peut pas opposer à son nouveau créancier, l'exception qu'il aurait eue contre son créancier originaire, quand même il l'aurait ignorée, lors de la délégation : sauf, en cas d'ignorance, son recours contre le créancier originaire »²⁶.

²² Voir : Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, n^o 943 et 945, p. 553 et 554; Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, n^o 419, p. 480. Voir également : Maurice TANCELIN, *Des obligations – Contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, n^o 959.1, p. 553.

²³ *Terreau et Racine Ltée c. Napoléon Trudel et fils*, [1963] C.S. 271.

²⁴ J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 22, n^o 419, p. 480. On retrouve maintenant expressément ce principe, en ce qui concerne la novation, à l'article 1663 C.c.Q. Cette règle est également reconnue dans la doctrine française en matière de novation : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 7, n^o 1457, p. 1341.

²⁵ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. Théorêt, 1901, p. 614; *1^{er} Rapport des Commissaires pour la codification des lois du Bas Canada*, Québec, Stewart Derbishire & George Desbarats, 1863, art. 199, p. 25.

²⁶ Jacques DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. 3, Paris, Nève, 1822, p. 99. Pour justifier cette règle, Maleville réfère au *Digeste* de Justinien, Livre 46, par. 12 et 19.

Par ailleurs, Maleville ne discute pas de l'exception présente à l'article 1180 al. 2 C.c.B.C. C'est plutôt dans Pothier qu'on en trouve une explication²⁷.

Cet auteur, dans son traité sur les obligations, expose autant le principe de l'inopposabilité des défenses issues du lien délégant/délégué que son exception permettant au délégué d'opposer ces mêmes défenses lorsque rien n'est dû au délégataire. Pothier illustre cette exception par deux exemples distincts; le cas où le délégant croyait erronément être débiteur du délégataire, et celui où le délégant effectue, par le mécanisme de la délégation, une donation indirecte envers le délégataire. Dans ces deux cas, le délégué pourra exceptionnellement opposer au délégataire les exceptions issues du lien délégant/délégué et qui est à la source de son engagement envers le délégataire. Jamais Pothier n'implique le lien délégant/délégué, qui est totalement étranger au délégué et qui lui est donc inaccessible. Cette limitation au principe de l'inopposabilité des exceptions, comme l'explique Pothier, ne trouve pas sa justification dans la mécanique de la délégation, mais plutôt dans un choix d'opportunité. En effet, dans le cas où le délégataire est le créancier du délégant et qu'il accepte de décharger ce dernier afin de le remplacer par le délégué, il serait

injuste que ce dernier puisse refuser de payer le délégataire pour un motif issu d'un rapport qui lui est étranger. Il est alors plus équitable de protéger le délégataire, afin qu'il puisse recevoir ce qui lui était initialement dû, à charge au délégué de prendre ensuite son propre recours contre le délégant. Cette solution s'impose d'autant que Pothier expose cette règle dans le contexte exclusif de la délégation parfaite (alors que cette solution est étonnante aujourd'hui, en droit québécois, à la délégation imparfaite)²⁸.

Par opposition, lorsque le délégataire ne devait normalement rien recevoir du délégant, ce dernier se pensant erronément débiteur ou voulant gratifier le délégataire, il est alors plus impérieux, selon Pothier, de protéger les intérêts du délégué, qui risque de subir une perte réelle, plutôt que le délégataire « à qui rien n'était dû ». On permet alors au délégué d'opposer les exceptions issues du rapport le liant au délégant. Cette logique n'est pas inconnue du droit civil. On la retrouve ailleurs, par exemple en matière d'action en inopposabilité, où l'on préfère protéger les intérêts du créancier plutôt que ceux du tiers bénéficiaire d'un contrat à titre gratuit, et ce même si ce dernier est de bonne foi (art. 1633 C.c.Q.).

C'est donc en ce sens qu'aurait dû être interprété l'article 1180

²⁷ *Œuvres de Pothier*, par M. Bugnet, t. 2, Paris, Cosse et Marchal, n° 602, p. 320.

²⁸ Pothier présente la délégation comme une espèce de novation et ne l'imagine uniquement comme telle. Le *Code civil français* va reprendre cette présentation mais en introduisant l'article 1275 qui prévoit une délégation non novatoire (imparfaite) : Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Droit civil - Les obligations*, t. 3, « Régime général », 6^e éd., par Henri ROLAND, Paris, Litec, 1999, n° 6, p. 3.

C.c.B.C. et que devrait maintenant l'être l'article 1669 C.c.Q.²⁹. Ainsi expliqués, les articles 1669 et 1670 C.c.Q., qui pouvaient *a priori*, selon l'interprétation généralement donnée, se recouper, se complètent. L'article 1669 C.c.Q. pose que, si en principe le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions issues du lien délégrant/délégué, il le pourra lorsque rien ne lui était dû (c'est-à-dire lorsque le délégrant n'était pas son débiteur ou encore qu'il voulait, par la délégation, opérer une libéralité)³⁰. L'article 1670 C.c.Q., quant à lui, permet au délégué d'opposer au délégataire les exceptions issues du lien délégrant/délégataire, quelles qu'elles soient.

Ce que l'on constate, à l'issue de ce retour aux sources, c'est que l'article 1670 C.c.Q., non seulement codifie l'interprétation erronée de l'article 1180 C.c.B.C., qui permettait au délégué d'opposer la nullité du lien délégrant/délégataire, mais l'étend à toutes les exceptions issues de ce lien, que ce soit, par exemple, la prescription ou l'inexécution des obligations du délégataire face au délégrant. L'article 1670 C.c.Q. constitue une rupture avec

le droit classique de la délégation, toujours applicable en France, alors que le législateur québécois pensait probablement qu'il ne constituait qu'une simple extension d'un principe bien établi. Cette rupture provient donc *d'une erreur commune qui, après avoir fait le droit, a fait la loi*.

La solution que propose cette « rupture » n'est toutefois pas nécessairement moins bonne que celle du droit français, elle n'est que différente. Le délégué, au Québec, est dans une situation de loin préférable qu'il ne le serait en droit français puisqu'il peut opposer les exceptions de son délégrant et, dans une certaine mesure, les siennes. La délégation comme outil de garantie perd ainsi une partie de son intérêt et se rapproche de la cession de dette tout au moins quant à sa finalité³¹. Toutefois, contrairement à ce que soutient la professeure Cumyn, nous ne sommes *a priori* pas convaincu qu'il soit nécessaire ou même souhaitable de procéder à la fusion complète de ces notions.

La cession de dette reçoit en doctrine plusieurs sens distincts. On

²⁹ Sur l'interprétation de l'article 1669 C.c.Q., voir : M. CUMYN, *loc. cit.*, note 6, 636.

³⁰ On remarque que la règle de l'opposabilité des exceptions devient alors identique à celle applicable en matière de stipulation pour autrui dans laquelle le promettant peut opposer au tiers bénéficiaire les exceptions du rapport le liant au stipulant (art. 1450 C.c.Q.). Or, ce constat est tout particulièrement intéressant puisque, s'il y a classiquement confusion entre la délégation et la stipulation pour autrui lorsque le stipulant entend exécuter une dette qu'il a envers le tiers bénéficiaire (voir, par exemple : *Proulx c. Leblanc*, [1969] R.C.S. 765), cette confusion existe aussi lorsque la délégation est utilisée par le délégrant pour effectuer une donation envers le délégataire. Les deux situations sont alors inextricablement liées mais reçoivent, par l'article 1669, al. 2 C.c.Q., un régime d'opposabilité des exceptions identique.

³¹ C'est d'ailleurs une des critiques que certains auteurs français font de la délégation *incertaine* : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et É. SAVAUX, *op. cit.*, note 7, n° 442, p. 277; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 7, n° 1449, p. 1336.

peut ainsi référer à une cession interne qui ne vaut qu'entre l'ancien et le nouveau débiteur, à la cession imparfaite qui, tout en soumettant le délégué à la dette initiale ne libère par le délégant de cette même dette, et enfin à la cession parfaite par laquelle le délégant est libéré³². Si ces différents mécanismes peuvent tous correspondre à une certaine forme de cession de dette en ce qu'ils permettent, sur un plan strictement économique, un *déplacement* de la dette, nous sommes plutôt enclin à penser que la cession de dette en tant que *notion juridique particulière* doit se limiter à un sens qui crée un parallélisme, une analogie, avec la cession de créance. Dans ce contexte, deux éléments caractérisant la cession de créance devraient également se retrouver pour obtenir une cession de dette

véritable : l'absence du consentement du créancier et la libération du débiteur initial³³. Si ce résultat paraît impossible, du moins sans intervention législative, des mécanismes autres peuvent être établis afin de parvenir aux mêmes fins, mais par une *technique juridique* distincte.

C'est ce que fait précisément, selon nous, le régime de la délégation en vertu du *Code civil du Québec*. Celui-ci, tout particulièrement par l'article 1670 C.c.Q., reconnaît une certaine circulation de l'obligation, non pas par le biais d'un *transfert* ou d'une *cession* de dette, mais par celui de l'*adjonction* d'un nouveau débiteur à l'objet de la dette existante³⁴. Certes, les mécanismes se rapprochent par les fins visées, mais ils s'éloignent par la technique, tant parce que le délè-

³² Sur ces différents sens, voir : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 7, n° 313, p. 211.

³³ De cet avis : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et É. SAVAUX, *op. cit.*, note 7, n° 442, p. 245; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, note 28, n° 6, p. 3. Sur cette question, voir : M. CUMYN, *loc. cit.*, note 6, 618.

³⁴ Quant à la délégation « parfaite », nous ne sommes *a priori* pas enclin à lui reconnaître, comme le fait la professeure Cumyn, la faculté de *transmettre* l'obligation initiale, ce qui aurait nécessité une reconnaissance structurée de la notion de cession de dette. À ce stade de notre réflexion, il nous semble plutôt que la « délégation parfaite » ne constitue qu'un cas de novation par changement de débiteur [notion qui perdrait toute utilité si on retirait de son domaine la délégation parfaite : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 7, no 349, p. 233], à laquelle ne doivent être appliquées que les règles de la novation des articles 1660 et suiv. (de cette opinion, voir : Daniel GARDNER, « Le point sur deux mécanismes aux contours mal définis : la novation par changement de débiteur et la théorie des fins de non-recevoir », (2002) 104 R. du N. 511, 516; Maurice TANCELIN, *Des obligations - Actes et responsabilité*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 1318, p. 674). En matière d'opposabilité des exceptions, c'est alors l'article 1663 C.c.Q. qui s'applique. Selon les Commentaires du Ministre, cette disposition découle, tout comme l'article 1669 C.c.Q., de l'article 1180 C.c.B.C. En réalité, il découle lui aussi de l'interprétation erronée de l'ancien Code et prévoit que le nouveau débiteur peut opposer au créancier la nullité du lien entre ce dernier et l'ancien débiteur. Cette disposition prévoit également une exception au principe de la disparition, par l'effet novatoire, des accessoires à l'obligation initiale, permettant ainsi à une hypothèque de survivre, lorsque le nouveau débiteur achète de l'ancien le bien sur lequel est inscrite cette hypothèque. Cette possibilité vise à permettre à un créancier hypothécaire de « décharger » son débiteur initial lorsque l'acheteur du bien entend « assumer » la dette. L'utilisation de l'expression « décharger le débiteur » de l'article 1668 C.c.Q. [qui

gant n'est pas délié de son obligation que parce que le délégataire doit consentir à la délégation³⁵. Sur ce dernier point, on ne peut pas, semble-t-il, écarter l'existence d'un lien obligationnel distinct entre le délégué et le délégataire, lien qui s'oppose à l'idée d'une réelle cession de dette³⁶. En fait, si le délégué peut invoquer les exceptions du lien fondateur délégrant/délégataire, c'est parce que ce lien est précisément

l'objet de sa propre prestation nouvellement contractée envers le délégataire et que ces exceptions en font ainsi partie intégrante³⁷. *Le lien fondateur est la mesure du lien nouveau*³⁸. C'est alors une consécration du principe de délégation *incertaine* qui est reconnu, principe qui pourra toutefois être écarté par les parties en faveur d'une délégation *certaine* si tel en est leur volonté.

l'emprunte de l'article 1660 C.c.Q.] ainsi que le régime de l'article 1663 C.c.Q. semblent donc indiquer, pour nous, que le régime de la novation est celui qui s'applique dans le contexte d'une délégation *libératoire*. De plus, cette manière de voir nous semble plus simple à opérer [quoique le résultat soit le même] que celle retenue par certains auteurs qui appliquent l'article 1669 C.c.Q. aux deux types de délégation et l'article 1670 C.c.Q. uniquement à la délégation imparfaite : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 4, n° 520, p. 858; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 4, n° 953 et suiv., p. 763 et suiv.

³⁵ Sur ce point l'exigence du consentement du délégataire, en matière de délégation imparfaite, peut sembler une exigence « purement technique » en ce que la délégation imparfaite ne crée aucune incidence négative pour le délégataire : M. CUMYN, *loc. cit.*, note 6, 614, pour qui la délégation imparfaite doit pouvoir être formée sans le consentement du délégataire, rapprochant, une fois de plus, la délégation de la cession de dette (p. 630 et suiv.).

³⁶ L'article 1667 C.c.Q. n'exige-t-il pas que « le délégué s'oblige personnellement au paiement envers le créancier délégataire [...] ».

³⁷ De cet avis : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et É. SAVAUX, *op. cit.*, note 7, n° 441, p. 276.

³⁸ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 7, n° 341, p. 225.

