

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Novation

Jacquemin, Hervé

Published in:

Obligations : traité théorique et pratique

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2010, Novation. Dans *Obligations : traité théorique et pratique*. Kluwer, Bruxelles.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Chapitre 1^{er}

Novation

par HERVÉ JACQUEMIN¹

Plan

Section 1 ^{re} .	Notion
Section 2.	Conditions
	§ 1 ^{er} . Obligation ancienne remplacée par une obligation comportant un élément nouveau
	§ 2. Intention de nover et capacité d'exercice
Section 3.	Effets

Bibliographie sélective

- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967.
- DEKKERS, R., *Handboek Burgerlijk Recht*, t. III, 3^e éd. par A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, Anvers, Intersentia, 2007.
- GHESTIN, J., BILLIAU, M. et LOISEAU, G., *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, Paris, L.G.D.J., 2005.
- KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. et DE TEMMERMAN, B., «Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, pp. 171 et s.
- STIJNS, S., VAN GERVEN, D. et WÉRY, P., «Chronique de jurisprudence – Les obligations. Le régime général de l'obligation (1985-1995)», *J.T.*, 1999, pp. 821-853.
- VAN GERVEN, W. et COVEMAEEKER, S., *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2001.
- VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations», *R.C.J.B.*, 1988, pp. 33-200.

- 0.1 Après avoir défini la novation (section 1^{re}), nous présentons les conditions de validité auxquelles elle est soumise (section 2), avant d'analyser les effets qui lui sont attachés (section 3).

1. Maître de conférences aux F.U.N.D.P. (Unité de droit des obligations).

SECTION 1^{re}. NOTION

- 1.1 La novation est la convention par laquelle une obligation contenant un élément nouveau remplace une obligation ancienne qui, par voie de conséquence, disparaît¹.

Cette dernière caractéristique explique que la novation soit considérée comme un mode d'extinction des obligations. On ne peut toutefois la réduire à cette seule caractéristique. Les deux éléments mentionnés dans la définition sont en effet indissociables: s'il faut nécessairement la disparition de l'obligation initiale, sa substitution par une autre obligation est également requise. Du reste, elle illustre clairement la notion de «*contrat*» (au sens de *negotium*), entendu comme l'accord de volontés destiné à produire des effets de droit, à savoir créer, éteindre, modifier ou transmettre des obligations. On note que le caractère conventionnel de l'opération emporte diverses conséquences qui seront examinées par la suite (voy. *infra*, section 2).

La novation est régie aux articles 1271 à 1281 du Code civil.

- 1.2 Trois catégories de novation, qui correspondent aux trois sortes d'éléments nouveaux susceptibles d'être rencontrés, sont énumérées à l'article 1271 du Code civil². Une distinction est faite entre la novation par changement d'objet (1^o), la novation par changement de débiteur (2^o) et la novation par changement de créancier (3^o). Il importe de les présenter succinctement, tout en les différenciant d'institutions voisines. On observe que, dans certains cas d'espèce, les modifications peuvent se cumuler.

Il y a novation par *changement d'objet*³⁻⁴ «*lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte*» (art. 1271, 1^o C. civ.). Tel peut être le cas lorsqu'entre les mêmes parties à un contrat de travail, certains éléments de celui-ci – en l'occurrence, la fonction, la rémunération et le lieu de travail – sont modifiés⁵⁻⁶. Encore faut-il établir dans quelle mesure l'obligation nouvelle doit différer de l'obligation ancienne pour admettre que l'on est en présence d'une novation (à ce propos, voy. *infra*, n^o 2.3).

1. Pour une définition de la novation, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 563-564, n^o 556; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence – Les obligations. Le régime général de l'obligation (1985-1995)», *J.T.*, 1999, p. 844; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2001, p. 395; R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, t. III, 3^e éd. par A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, Anvers, Intersentia, 2007, p. 350, n^o 622.

2. Sur les trois catégories de novation et les éléments qui les distinguent des institutions voisines, voy. H. DE PAGE, *o.c.*, pp. 568 et s., n^{os} 559 et s. et pp. 588-592, n^{os} 587 et s.

3. Avec cette hypothèse, H. De Page mentionne également la novation par changement de cause (*o.c.*, pp. 582-583, n^o 583).

4. Pour des exemples de novations par changement d'objet (le cas échéant, discutées parce que l'une des conditions ne serait pas satisfaite), voy. Anvers, 20 décembre 2007, *Limb. Rechtsl.*, 2008, p. 211; Liège, 30 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 861; Bruxelles, 28 novembre 2003, *R.W.*, 2007-2008, p. 236; Comm. Courtrai, 11 mars 2003, *T.G.R.*, 2006, p. 113.

5. C. trav. Anvers, 28 mars 2002, *R.A.B.G.*, 2003, p. 259, note M. DESMEDTS. Voy. aussi Trib. trav. Audenarde, 4 novembre 1999, *T.G.R.*, 2001, p. 144 (en l'occurrence, seules les dispositions salariales sont modifiées).

6. Dans le cadre d'une relation de travail, les conséquences de la novation sont importantes puisqu'un nouveau contrat est conclu, avec les conséquences qui en résultent sur les droits et obligations respectifs des parties.

La novation par *changement de débiteur* opère «*lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier*» (art. 1271, 2° C. civ.)¹. Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec la délégation ou l'*expromissio*, dans lesquelles un tiers intervient à la dette, respectivement à l'initiative du débiteur initial ou de son propre chef.

La délégation est un mécanisme tripartite par lequel une personne (le délégant) charge une autre personne (le délégué) de s'engager, en son nom personnel, envers une troisième personne (le délégataire)². En l'absence d'accord de cette dernière de libérer le délégant, on parle de délégation imparfaite³. Le créancier (délégataire) dispose alors de deux débiteurs tenus *in solidum*. Logiquement, l'opération ne constitue pas une novation puisque l'ancienne obligation n'est pas éteinte, à défaut d'*animus novandi* du créancier⁴. *A contrario*, si ces conditions sont réunies et que le débiteur initial est déchargé de ses obligations par le créancier, la délégation devient parfaite et peut être qualifiée de novation.

Quand un tiers s'engage envers le créancier de sa propre initiative (sans demande du débiteur originaire, à la différence de la délégation), il y a *expromissio* si le débiteur initial est libéré de ses obligations – il s'agit dès lors d'une novation – ou *adpromissio* dans le cas contraire – qui ne peut être qualifié de novation.

Enfin, la novation par changement de créancier intervient «*lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé*»⁵ (art. 1271, 3° C. civ.). Ce mécanisme ne peut être confondu avec celui de la cession de créance puisqu'avec celle-ci, une obligation n'est pas éteinte et remplacée par une autre: l'obligation est maintenue mais transmise à un autre créancier. Il en résulte que le concours du débiteur initial n'est pas requis: tout au plus faut-il accomplir les formalités prescrites par l'article 1690, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, pour faire en sorte que la cession lui soit opposable. En outre, le débiteur n'a pas à supporter les conséquences de l'extinction de l'ancienne obligation (comme dans la novation) et peut invoquer à l'égard du nouveau créancier les exceptions dont il disposait dans sa relation avec le créancier initial.

Les novations par changement de débiteur ou de créancier doivent également être distinguées du mandat donné par le débiteur à un tiers de s'acquitter de sa dette ou de celui donné par le créancier à un tiers de recevoir le paiement. Dès lors que le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant, on peut

1. Pour des exemples de novation par changement de débiteur (le cas échéant, discutées parce que l'une des conditions ne serait pas satisfaite), voy. Liège, 21 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1633; Liège, 30 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1631; Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1487; Cass., 5 décembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2346; Liège, 5 novembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 120; Liège, 26 mai 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1274; Cass., 14 novembre 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 292.

2. Sur ces éléments et leur application, voy. Mons, 20 janvier 2002, *R.G.D.C.*, 2007, p. 218, note N. CARETTE; Liège, 5 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 518.

3. Sur la distinction entre la délégation et la novation, voy. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, «Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, pp. 707-708, n° 387; B. WYLLEMAN, «Novatie door verandering van schuldenaar en delegatie», note sous Bruxelles, 25 septembre 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, pp. 565-567. En jurisprudence, voy. not. Mons, 20 janvier 2002, *R.G.D.C.*, 2007, p. 218, note N. CARETTE; Bruxelles, 10 mai 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 7.

4. Voy. l'art. 1275 C. civ., aux termes duquel «*le créancier n'a pas expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation*».

5. Pour un exemple de novation par changement de créancier, voy. Civ. Hasselt, 22 mars 2001, *R.G.D.C.*, 2001, p. 506.

difficilement considérer qu'une obligation s'est éteinte pour être remplacée par une autre, dans laquelle le débiteur ou le créancier serait différent. En cas de transfert d'entreprise (qui implique des changements de créancier et de débiteur), on note que la thèse suivant laquelle l'article 1275 du Code civil primerait la C.C.T. n° 32bis a été défendue, avec la conséquence qu'en l'absence de consentement du travailleur, l'ancien employeur demeurerait tenu *in solidum* des engagements futurs¹. Cette position est cependant contestée, avec raison².

SECTION 2. CONDITIONS

- 2.1 La novation exige la réunion de diverses conditions, que nous examinons successivement³. Outre l'existence d'une obligation ancienne, remplacée par une obligation comportant un élément nouveau (§ 1^{er}), il est requis que les parties, jouissant par ailleurs de la capacité d'exercice, aient eu la volonté de nover (§ 2).

§ 1^{er}. *Obligation ancienne remplacée par une obligation comportant un élément nouveau*

- 2.2 Pour qu'il y ait novation, il faut nécessairement une obligation ancienne. Son extinction, et son remplacement corrélatif par une obligation nouvelle, constituent en effet le cœur même du mécanisme. Cette obligation doit en principe être valide. Des tempéraments existent néanmoins⁴. Lorsqu'en raison d'un vice de forme ou de fond, cette obligation ancienne est susceptible d'être annulée, une distinction est faite selon qu'il s'agit d'une nullité absolue ou relative. Dans le premier cas, la novation est impossible. Dans l'autre, la solution est différente puisque la nullité relative peut être confirmée, par exemple en procédant à une novation (dès lors que les conditions de la confirmation sont réunies). Une obligation naturelle pourrait aussi faire l'objet d'une novation, pour autant que, ce faisant, les parties connaissent le caractère de

1. C. trav. Mons, 3 février 1995, *J.T.T.*, 1995, p. 342.

2. A ce propos, voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, pp. 845-846, n° 68; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, pp. 708-709, n° 389; Trib. trav. Bruxelles, 25 janvier 1995, *J.T.*, 1995, p. 89; C. trav. Bruxelles, 1^{er} octobre 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 467; C. trav. Anvers, 16 avril 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 373.

3. Sur les conditions de la novation, voy. H. DE PAGE, *o.c.*, pp. 574 et s., n^{os} 565 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations», *R.C.J.B.*, 1988, pp. 139-140, n° 228; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, pp. 706 et s., n^{os} 385 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, p. 844, n° 65; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *o.c.*, pp. 396-398; R. DEKKERS, *o.c.*, pp. 350-353, n^{os} 623-624. En jurisprudence, reprenant ces différentes conditions (ou la plupart d'entre elles), voy. Comm. Courtrai, 11 mars 2003, *T.G.R.*, 2006, p. 113; Liège, 5 novembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 120.

4. Sur ces cas de figure, voy. H. DE PAGE, *o.c.*, pp. 575 et s., n^{os} 567 et s.

cette obligation et expriment ainsi leur volonté de la nover¹. On admet aussi qu'une dette susceptible d'être prescrite, mais pour laquelle le moyen tiré de cet argument n'a pas été soulevé, fasse l'objet d'une novation.

- 2.3 A la disparition de la dette ancienne est étroitement liée la naissance d'une obligation nouvelle, qui doit se distinguer de la première.

Cette obligation nouvelle doit en principe être régulière. Lorsqu'une nullité absolue est susceptible de frapper celle-ci, la novation ne peut se produire. Il en va différemment en cas de nullité relative, s'il y a confirmation expresse ou aussi longtemps que le moyen n'est pas soulevé par le titulaire de l'action en nullité. Dans l'hypothèse où l'obligation est effectivement annulée, seule subsistera l'obligation ancienne.

Un élément nouveau doit différencier la dette ancienne de celle qui la remplace. Reste à établir dans quelles hypothèses cet *aliquid novi* est présent. En principe, ce point ne devrait pas engendrer de grandes contestations en cas de novation par changement de créancier ou de débiteur. Les discussions sont par contre à craindre lorsque les parties sont les mêmes mais souhaitent modifier l'objet de la dette. Faut-il qu'un élément essentiel de celle-ci ait été changé? Peut-on se satisfaire de la modification d'un accessoire – un terme, l'octroi de facilités de paiement, etc.? En réalité, comme l'enseigne H. De Page, la question doit se résoudre par référence à la condition de l'*animus novandi*² (*infra*, n° 2.4) et la manière dont celle-ci est extériorisée. Si la volonté de nover est expresse, peu importe s'il ne s'agit pas d'un élément essentiel: la liberté contractuelle autorise en effet les parties à procéder à une novation pour un changement relativement mineur³. En ce qui concerne la novation tacite, par contre, on parviendra difficilement à établir l'*animus novandi* en présence de «*modifications (dans la novation inter easdem personas), qui ne sont pas de nature telle, de portée suffisamment grave pour qu'on puisse admettre l'intention de nover. Tout revient alors à ceci: rien ne s'oppose en soi à ce que la dette ancienne subsiste. Tandis qu'il est des changements qui s'opposent, en soi, au maintien de l'obligation ancienne*»⁴. Un arrêt de la Cour du travail d'Anvers illustre cette dernière hypothèse puisqu'en l'occurrence, la fonction du travailleur, sa rémunération ainsi que son lieu de travail avaient été modifiés⁵.

1. Autrement dit, si les parties croient à tort qu'il s'agit d'une obligation civile, la novation ne serait pas valable.

2. Voy. par ex. Mons, 27 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1334: dans ce litige, la question s'est posée de savoir si une reconnaissance de dette emportait également novation. La convention résultant de cette reconnaissance déterminait en effet des modalités de paiement différentes. Il a toutefois été jugé qu'il n'y avait pas «modification d'un élément essentiel de la dette initiale» et qu'il n'existait pas de «circonstances particulières» dont on aurait pu déduire une intention des parties consistant à substituer une dette nouvelle à l'obligation initiale. Voy. aussi Civ. Bruxelles, 20 novembre 1989, *Pas.*, 1990, III, p. 58.

3. Il ne faudrait cependant pas que, ce faisant, elles ôtent au mécanisme toute raison d'être.

4. H. DE PAGE, *o.c.*, pp. 580-581, n° 579. Voy. Gand, 5 décembre 1989, *R.W.*, 1989-1990, p. 1196 (crédit de soudure de quatre mois transformé en une sorte de crédit à durée indéterminée); Liège, 14 février 1980, *J.L.*, 1980, p. 145 (l'obligation relative au prix ne porte plus sur le prix d'une Mercedes mais d'une Volvo).

5. C. trav. Anvers, 28 mars 2002, *R.A.B.G.*, 2003, p. 259, et la note de M. DESMEDTS, «Over de wijziging van arbeidsvoorwaarden in onderling akkoord en schuldvernieuwing». Voy. aussi Cass., 24 avril 1978, *T.S.R.*, 1978, p. 340; Cass., 28 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1116; Trib. trav. Audenarde, 4 novembre 1999, *T.G.R.*, 2001, p. 144 (modification des conditions salariales uniquement). Comp. C. trav. Anvers, 22 mai 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 989 (la novation n'est pas prouvée en l'espèce et le juge se fonde notamment sur le maintien contractuel de l'ancienneté ou la scission de rémunération).

§ 2. *Intention de nover et capacité d'exercice*

- 2.4 Le caractère conventionnel de la novation exige que les parties possèdent l'*animus novandi*, l'intention de nover. Elles doivent en effet avoir la volonté d'éteindre une obligation, pour en créer une nouvelle, qui s'en distingue à certains égards.

La question est importante: de cet élément dépend en effet l'existence d'une novation ou, au contraire, d'un autre mécanisme juridique proche – cession de créance, délégation, mandat, etc. – avec les conséquences qui sont respectivement attachées à chacun d'eux. L'*animus novandi* est un élément d'ordre psychologique. Aussi la difficulté consiste-t-elle à établir son existence. Dans des conditions matérielles ou de fait similaires – par exemple un tiers intervient à la dette à la demande du débiteur –, l'opération peut être qualifiée de délégation lorsque ce dernier n'est pas déchargé de ses obligations, de novation dans le cas contraire. L'élément qui permet de distinguer les deux hypothèses est l'*animus novandi*.

L'article 1273 du Code civil énonce que «*la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte*». Pour saisir correctement le sens de cette disposition, il convient de faire le départ entre la démonstration de l'*animus novandi*, au sens d'objectif à atteindre (fin) et les modes de preuve susceptibles d'être mobilisés dans ce cadre (moyen).

A l'analyse, cet article concerne le premier élément. L'intention de nover doit être certaine¹. Il ne peut y avoir de doute quant à l'existence de cette condition. La solution est logique à la lumière des considérations qui précèdent et qui ont montré que, très souvent, cet élément, et lui seul, permet de différencier la novation d'institutions voisines.

Il reste à établir *de quelle manière* cette preuve doit être apportée. Il est généralement admis qu'à partir du moment où elle est certaine, rien ne s'oppose à ce que la volonté de nover soit tacite² et, dès lors, qu'elle se déduise de circonstances diverses ou d'éléments de fait (bref, de présomptions). Elle ne doit pas nécessairement être expresse et s'extérioriser dans un écrit.

Il faut néanmoins observer le droit commun de la preuve, applicable en l'espèce³. La novation est en effet un acte juridique. Dès lors, en cas de contestation, la partie sur laquelle repose la charge de la preuve doit la prouver par écrit, si les conditions de l'article 1341 du Code civil sont réunies. Tel n'est pas le cas, notamment, lorsque l'acte est de nature commerciale dans le chef de la personne contre laquelle il faut prouver (art. 1341, al. 2 C. civ. et art. 25 C. comm.), ou si le montant n'est pas supérieur à 375 EUR. Les présomptions et les témoignages pourraient également être recevables s'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.) ou en cas d'impossibilité de prouver par écrit (art. 1348 C. civ.). Les règles de preuve spécifiques à certains

1. Soulignant cette exigence, voy. par exemple Bruxelles, 10 mai 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 7.

2. En ce sens, Bruxelles, 28 novembre 2003, *R.W.*, 2007-2008, p. 236; Sent. arb. Namur, 10 juillet 2003, *Res. jur. imm.*, 2007, p. 17; Bruxelles, 26 septembre 2002, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1452; Gand, 5 décembre 1989, *R.W.*, 1989-1990, p. 1196.

3. Voy. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 587; n° 586; Liège, 5 novembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 120; Mons, 18 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 292, note J.-P. BUYLE; Bruxelles, 14 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 490, *J.D.S.C.*, 2004, p. 87, note S. GILCART; Bruxelles, 10 juin 1997, *Res. jur. imm.*, 1997, p. 98.

domaines (en droit du travail, par exemple) doivent également être prises en compte. On sait à cet égard qu'aux termes de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, «*la preuve testimoniale est admise, à défaut d'écrit, quelle que soit la valeur du litige*». Les témoignages, mais également les présomptions¹, sont ainsi recevables pour prouver le contrat de travail à durée indéterminée, ce qui constitue une dérogation à la première règle de l'article 1341 du Code civil²⁻³. Par contre, au moment de prouver contre ou outre un écrit, l'article 12 de la loi sur le contrat de travail n'est pas applicable⁴. Le droit commun reprend son emprise et la seconde règle de l'article 1341 du Code civil (qui impose l'établissement d'un écrit pour prouver contre ou outre un autre écrit) doit être observée⁵.

Par ailleurs, il convient d'ajouter qu'en matière commerciale, certains écrits, qui ne répondent pas aux conditions de l'acte sous seing privé ou de l'acte authentique, peuvent servir de preuve et bénéficient d'une force probante particulière. Tel est le cas de la comptabilité commerciale (art. 1329-1330 C. civ. et art. 20-24 C. comm.)⁶, qui a ainsi été admise comme preuve pour établir l'existence de l'intention de nover (hypothèse d'une novation par changement de débiteur)⁷.

Le terme «*acte*», utilisé à l'article 1273 *in fine*, du Code civil pourrait être source de confusion et instiller le doute sur la pertinence de l'analyse proposée. Aussi faut-il comprendre précisément sa portée. En théorie, trois interprétations pourraient être envisagées. Si l'on donne au mot «*acte*» le sens d'*instrumentum*, cela signifie qu'un écrit, extériorisant expressément la volonté de nover, doit être établi. Selon le cas, on pourrait juger que cet écrit est une condition de validité de la novation, auquel cas il s'agirait d'une forme solennelle (1^{re} interprétation), ou qu'il n'est requis que dans une perspective probatoire (2^e interprétation). Dans cette dernière hypothèse, le législateur aurait dérogé à l'article 1341 du Code civil, notamment en exigeant un écrit sans condition de montant. Aucune de ces interprétations ne doit cependant être retenue: le terme «*acte*», mentionné à l'article 1273 du Code civil doit en effet être compris au sens de *negotium*. L'existence d'une volonté de nover est une condition de fond, pas une règle de forme.

1. Voy. not. C. trav. Liège, 30 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 609; C. trav. Mons, 16 juin 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 318.

2. Voy. not. F. KÉFER, «Le contrat de travail sans papier», *Le droit des affaires en évolution. Le contrat sans papier*, Bruxelles, Bruylant, Anvers, Kluwer, 2003, pp. 58-59, n° 7; S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, «La preuve en droit du travail», *La preuve: questions spéciales*, Formation permanente CUP, vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 249, n° 97.

3. Celle-ci doit être écartée par application de l'adage *Specialia generalibus derogant*.

4. Voy. not. F. KÉFER, *o.c.*, p. 60, n° 8; S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, «La preuve en droit du travail», *o.c.*, p. 249, n° 98. Voy. aussi le rapport fait au nom de la Commission de l'emploi, du travail et de la prévoyance sociale par M. Vannieuwenhuyze, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1977-1978, n° 258/2, p. 59.

5. Encore faut-il, évidemment, que les conditions d'application de cette disposition soient réunies en l'espèce. Et tel n'est pas le cas si, dans le chef de la personne contre laquelle la preuve doit être apportée, l'acte est de nature commerciale (art. 1341, al. 2 C. civ. et art. 25 C. comm.). Comp. Cass., 28 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1116 («en matière de contrats de travail, lorsqu'il n'a pas été établi d'écrit de la convention opérant novation, la preuve de ce contrat peut être faite par témoins ou présomptions, même si le contrat de travail originaire a été établi par écrit»); C. trav. Liège, 3 mai 1993, *J.T.T.*, p. 360.

6. Sur ce point, voy. not. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 298 et s., n°s 648 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 264 et s., n°s 203 et s.

7. Liège, 5 novembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 120.

Il convient d'ajouter que, dans la mesure où les discussions portent sur la question de savoir si la preuve de l'*animus novandi* a pu être apportée de manière à convaincre le juge, l'issue du litige dépendra, corrélativement, de l'identification de celle des parties sur laquelle repose la charge de la preuve et le risque de la preuve, avec les conséquences qui en résultent sur l'issue du litige¹. Dans cette perspective, il faut avoir égard aux règles établies à l'article 1315 du Code civil²: il incombe au créancier de démontrer que l'obligation doit être exécutée (*actori incumbit probatio*, art. 1315, al. 1^{er} C. civ.). Comme l'énonce l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, «*reciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*» (*reus in excipiendo fit actor*).

2.5 On peut se demander si l'article 1275 du Code civil, qui traite de la délégation, remet en cause la validité des novations tacites. Aux termes de cette disposition, en effet, «*la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation*» (nous soulignons). Faut-il en déduire que, pour les novations par changement de débiteur réalisées à l'initiative du débiteur initial, et pour celles-là seulement (ce qui exclut les *expromissio* et les novations par changement de créancier ou d'objet), la volonté du créancier devra être extériorisée de manière expresse?

Ce point est discuté. A la suite d'H. De Page, nous sommes d'avis que rien ne permet de justifier cette différence de traitement: même dans cette hypothèse particulière de novation par changement de débiteur, l'*animus novandi* peut être tacite, s'il est certain³.

Des décisions de jurisprudence rendues dans des hypothèses dans lesquelles l'*animus novandi* n'était pas extériorisé de manière expresse se fondent notamment sur cette disposition légale pour décider qu'à défaut de preuve de cette condition, la novation n'était pas établie⁴. Dans un arrêt du 26 septembre 2003, la Cour de cassation a ainsi jugé que «*des seules circonstances que, 'depuis la création [par le défendeur] de la s.p.r.l. J.C.D. Piscines', à laquelle celui-ci expose avoir transféré le contrat de concession exclusive de vente qui le liait à la demanderesse, 'toutes les factures dressées par [la demanderesse] ont été libellées exclusivement au nom de cette s.p.r.l. et adressées à cette dernière' et que 'les*

1. Voy. Bruxelles, 10 juin 1997, *Res. jur. imm.*, 1997, p. 98: «*attendu que l'existence de l'animus novandi étant contestée, il appartient à la partie qui s'en prévaut, soit Mme ... d'établir l'intention de novier conformément au droit commun de la preuve, ce qu'elle reste en défaut de faire*».

2. Voy. aussi l'art. 870 C. jud., en vertu duquel «*chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue*». Sur les règles relatives à la charge de la preuve, de manière générale, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, pp. 37 et s., n^{os} 57 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve, o.c.*, pp. 92 et s., n^{os} 26 et s.

3. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 589, n^o 589; Comm. Gand, 13 mars 1902, *Pas.*, 1903, III, p. 242. *Contra*, Comm. Anvers, 30 novembre 1923, *Pas.*, 1923, III, p. 145. Dans une affaire soumise à la Cour de cassation le 5 décembre 2002, et qui concernait une novation par changement de débiteur, l'*animus novandi* n'était pas établi expressément et le Tribunal de commerce de Mons, statuant en degré d'appel, l'a déduit de la «*comparaison des rapports contractuels tels qu'ils ont réellement existé entre le bailleur et la (première défenderesse) et ceux qui ont été énoncés dans le cadre de l'acte notarié du 7 août 1998 [, et qui] démontre que les droits et obligations consentis et mis à charge de la s.p.r.l. Chado étaient fondamentalement différents de ceux convenus avec la (première défenderesse)*». Elle juge par conséquent que le moyen ne peut être accueilli, alors même que la demanderesse invoquait la violation de l'art. 1275 C. civ. (Cass., 5 décembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2346).

4. Liège, 21 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1633.

relevés de comptes lui ont été envoyés également, la cour d'appel n'a pu légalement déduire que la demanderesse avait accepté un transfert dudit contrat impliquant la décharge du défendeur»¹. Selon nous, cette décision ne permet pas de considérer que la volonté du créancier aurait dû être extériorisée de manière expresse. Tout au plus faut-il considérer que, dans le cas d'espèce, cette volonté tacite n'était pas certaine. Autrement dit, des éléments de fait avancés par les défendeurs en cassation, la volonté de novner ne peut être déduite (l'existence d'une délégation imparfaite peut en effet se défendre, sur la base des mêmes circonstances). Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles le 25 septembre 1995, il a d'ailleurs été clairement admis que la novation par changement de débiteur pouvait être tacite².

2.6 L'analyse de la jurisprudence en matière de novation montre que, très souvent, la discussion a porté sur la question de savoir s'il y avait eu *animus novandi*³.

Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Liège, des réparations devaient être exécutées sur un camion qui s'était approvisionné en carburant défectueux et la facture avait été établie au nom de la station-service, dont la responsabilité semblait avoir été admise⁴. Il est toutefois jugé qu'à défaut d'*animus novandi* démontré, il n'y a pas novation par changement de débiteur, comme le soutenait le propriétaire du camion. La Cour relève en effet que «*non seulement [le créancier] n'a pas manifesté clairement l'intention de décharger [le débiteur initial] mais [le nouveau débiteur] ne s'est pas engagé à payer [le créancier]*».

Le silence du débiteur, suite à la réception d'une facture, peut-il être interprété comme un accord, plus précisément une novation par changement de débiteur? La Cour d'appel de Liège a répondu par la négative, dans un arrêt du 30 janvier 2006, estimant que «*sa preuve ne peut découler uniquement du silence observé après la réception de cette facture et alors qu'il n'y a eu aucun rappel ni autre affirmation de l'intimée que l'appelante aurait dû contester à peine de se voir opposer la réalité de ce qui était affirmé*»⁵.

Il a aussi été jugé que le fait pour le créancier d'envoyer la facture à un tiers n'avait pas pour effet de décharger le débiteur⁶: pour avoir cette conséquence, autrement dit pour qu'une novation soit établie, l'*animus novandi* du créancier aurait dû être démontré, par exemple en envoyant une note de crédit au débiteur initial⁷.

La condition a également été jugée absente dans le cadre d'une novation par changement d'objet consistant à décharger les cautions de leur engagement⁸.

1. Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1487.

2. Bruxelles, 25 septembre 1995, *A.J.T.*, 1995-96, p. 563, note B. WYLLEMAN.

3. Outre les réf. citées, voy. par ex. Anvers, 20 décembre 2007, *Limb. Rechtsl.*, 2008, p. 211; Bruxelles, 28 novembre 2003, *R.W.*, 2007-2008, p. 236; Sent. arb. Namur, 10 juillet 2003, *Res. jur. imm.*, 2007, p. 17; Mons, 20 janvier 2002, *R.G.D.C.*, 2007, p. 218, note N. CARETTE; Civ. Hasselt, 22 mars 2001, *R.G.D.C.*, 2001, p. 506; Mons, 18 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2001, p. 292, note J.-P. BUYLE; Gand, 2 avril 1998, *R.W.*, 1999, p. 508; Bruxelles, 8 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1464; Bruxelles, 10 juin 1997, *Res. jur. imm.*, 1997, p. 98.

4. Liège, 21 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1633.

5. Liège, 30 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1631.

6. Bruxelles, 14 janvier 1998, *J.D.S.C.*, 2004, p. 87, note S. GILCART.

7. Comm. Hasselt, 14 septembre 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 1407; Comm. Hasselt, 23 décembre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 976.

8. Liège, 30 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 861.

Des documents produits au dossier, il apparaît en effet que le maintien des cautions est confirmé.

La Cour de cassation s'est prononcée le 5 décembre 2002 dans un litige portant sur la question de savoir s'il y avait cession de bail ou, au contraire, conclusion d'un nouveau contrat de bail (par novation), avec décharge du preneur initial¹. En appel, le Tribunal de commerce de Mons avait considéré que «*la comparaison des rapports contractuels tels qu'ils ont réellement existé entre le bailleur et la (première défenderesse) et ceux qui ont été énoncés dans le cadre de l'acte notarié du 7 août 1998 démontre que les droits et obligations consentis et mis à charge de la s.p.r.l. Chado étaient fondamentalement différents de ceux convenus avec la (première défenderesse); que ces différences ne sont pas contestées par (la demanderesse); que la rédaction de l'acte notarié traduit la volonté évidente du bailleur d'établir un nouveau bail avec la s.p.r.l. Chado à des conditions différentes de celles qui prévalaient dans la relation contractuelle ayant existé entre le bailleur et la (première défenderesse)*». La Cour de cassation ne censure pas cette décision, les dispositions en matière de novation n'avaient pas été violées. *A priori*, l'existence de l'*animus novandi* était principalement visée.

Il a également été jugé que les conditions de la novation étaient réunies – et la caution d'une personne substituée par celle d'un tiers – lorsque le débiteur initial avait clairement fait part à la banque de sa volonté de procéder de la sorte et que le préposé de celle-ci avait visé «*le document pour réception et n'y a[vait] pas réservé d'autre suite, [et] que, dans le même temps, la banque [avait] accept[é] les engagements de caution de B. et de E.E.*»².

- 2.7 Une autre condition peut être tirée du caractère conventionnel de la novation. S'agissant d'un acte juridique bilatéral, il doit être accompli par des personnes disposant de la capacité d'exercice (art. 1108 C. civ.). La règle est rappelée à l'article 1272 du Code civil, aux termes duquel «*la novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter*». Ainsi, les personnes frappées d'une incapacité d'exercice – en cas de minorité ou d'administration provisoire (art. 488bis C. civ.), par exemple – ne peuvent poser seules des actes juridiques. S'agissant des mineurs, il est toutefois admis que, nonobstant leur incapacité générale d'exercice, ils puissent accomplir seuls certains actes juridiques, sans l'intervention d'un tiers chargé de les assister ou de les représenter³. Sont notamment visés les actes «*de la vie courante*».

1. Cass., 5 décembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2346.

2. Bruxelles, 26 septembre 2002, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1452.

3. A ce propos, voy. A.-Ch.VAN GYSEL (sous la dir.), *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 644 et s.; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 219 et s., n^{os} 252 et s.; M. DEMOULIN, «Les mineurs et le commerce électronique: besoin de protection ou d'autonomie», *J.T.*, 2007, pp. 106 et s.; A. NOTTET, «Mineurs et téléphonie mobile», *R.G.D.C.*, 2008, p. 240.

SECTION 3. EFFETS

- 3.1 La novation a un double effet, extinctif d'une part, créateur d'autre part¹.
- 3.2 La première conséquence de la novation, qui explique qu'elle soit classée parmi les modes d'extinction des obligations, est de mettre fin à une dette (et une créance) ancienne².

Cette disparition implique l'extinction corrélative de tous les accessoires de cette obligation, en particulier les sûretés réelles ou personnelles. Ainsi, comme l'énonce l'article 1278 du Code civil, «*les privilèges et hypothèques de l'ancienne dette ne passent point à celle qui est substituée [...]*». Les cautions sont également libérées (art. 1281, al. 2 C. civ.). Cette solution est logique, compte tenu du caractère accessoire de ces sûretés. Elles mettent toutefois en lumière les dangers de l'opération pour le créancier et permettent de comprendre l'importance donnée à la preuve de la volonté de nover. On retient également que lorsque plusieurs débiteurs étaient solidairement tenus à la dette, la novation faite entre l'un d'eux et le créancier a pour effet de libérer les autres codébiteurs solidaires (art. 1281, al. 1^{er} C. civ.).

Parallèlement, le débiteur de l'obligation novée (par changement de créancier ou par changement d'objet) ou le nouveau débiteur (en cas de novation par changement de débiteur) ne peut plus invoquer les exceptions attachées à la dette originaire.

Si l'obligation initiale était porteuse d'intérêts, le cours de ceux-ci est arrêté par la novation.

Il importe de noter que, par dérogation aux principes énoncés ci-avant, des accessoires ou caractéristiques de la dette ancienne peuvent être transmis à l'obligation nouvelle, comme par exemple dans les conditions posées à l'article 1278 du Code civil (à ce propos, voy. *infra*, n° 3.3).

- 3.3 La novation possède un effet créateur: une nouvelle obligation, dont les conditions ont été arrêtées par les parties, voit le jour.

En principe, cette obligation n'est pas garantie par les sûretés réelles ou personnelles propres à la dette ancienne³. Les deux dettes – l'ancienne et la nouvelle – sont juridiquement indépendantes l'une de l'autre. Un nouveau délai de prescription commence à courir⁴. Il a également été jugé que «*la reconnaissance de dette prévue par l'article 2248 du [Code civil] n'a pour effet de substituer à la prescription ainsi interrompue une prescription différente par sa nature ou son délai que si elle comporte novation de dette*»⁵. La date d'une

1. Sur les effets de la novation, voy. H. DE PAGE, *o.c.*, pp. 594 et s., n^{os} 596 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *o.c.*, p. 845, n° 67; W. VAN GERVEN et S. COVEMAERKER, *o.c.*, p. 398; R. DEKKERS, *o.c.*, p. 353, n° 625.

2. Voy. Cass., 5 décembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2346: s'agissant dans cette affaire d'une novation par changement de débiteur et pas d'une cession de bail, la Cour décide logiquement que la première défenderesse (preneuse initiale) est libérée.

3. Voy. par exemple Gand, 5 décembre 1989, *R.W.*, 1989-1990, p. 1196.

4. Civ. Hasselt, 22 mars 2001, *R.G.D.C.*, 2001, p. 506 (dans le cas d'espèce, en l'absence de novation, le délai de prescription initialement prévu reste néanmoins d'application).

5. Cass., 9 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 642. Voy. aussi Cass., 25 janvier 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 610; Mons, 27 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1334; Civ. Bruxelles, 20 novembre 1989, *Pas.*, 1990, III, p. 58.

éventuelle novation peut également être importante à établir pour résoudre le conflit entre, par exemple, le privilège du bailleur et le gage sur fonds de commerce¹.

Toutefois, il existe des dérogations conventionnelles possibles aux conséquences de l'effet extinctif de la novation. S'agissant des sûretés réelles, l'article 1278 du Code civil admet que les privilèges et hypothèques de la dette ancienne passent à la dette qui lui est substituée si le créancier les a expressément réservés². Encore faut-il que la novation ne s'opère pas par changement de débiteur. L'article 1279 du Code civil interdit en effet, et de manière assez logique d'ailleurs, que les privilèges et hypothèques passent sur les biens du nouveau débiteur.

A proprement parler, il ne peut être dérogé à l'effet extinctif pour ce qui est de l'engagement des codébiteurs solidaires et des cautions. L'article 1281, alinéa 3, du Code civil dispose en effet que lorsque le créancier « *a exigé [...] l'accession des codébiteurs, ou [...] celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement* ». Cette accession doit être comprise comme la volonté, dans le chef de ceux-ci, d'être tenus dans le cadre de la nouvelle dette. Le consentement du débiteur et celui du créancier sont insuffisants.

1. Voy. Gand, 6 juin 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 418, où il est jugé qu'il n'y a pas novation.

2. H. De Page note à ce propos « *qu'il s'agit là d'une dérogation conventionnelle tout à fait anormale, car l'effet extinctif de la novation, et ses conséquences quant aux sûretés aussi bien que pour tout ce qui se rattache à la créance primitive, est de l'essence même de la convention novatoire* » (*o.c.*, p. 596, n° 599).