

## **CHAPITRE 2: La circulation de l'obligation indépendante du paiement**

On a vu que l'obligation pouvait être transmise activement via le paiement de la créance lorsque ce paiement est effectué par un tiers au rapport d'obligation. Mais parfois aussi, cette obligation peut circuler sans pour autant faire l'objet d'un paiement. Traditionnellement, cette transmission est active, c'est-à-dire qu'elle concerne les créances. Elle résulte principalement d'une cession de créance. Quant à la transmission passive de l'obligation, c'est-à-dire la cession de dettes, elle était classiquement interdite même si les mécanismes de la délégation et de la novation permettaient indirectement de parvenir à un résultat similaire.

**Ces solutions ont été remises en causes par l'ordonnance du 10 février 2016** qui a doublement innové en instaurant la cession de dettes et la cession de contrat. On étudiera 4 mécanismes. La cession de créance (Section 1), la cession de dettes (Section 2), la cession de contrat (Section 3) et enfin la délégation (Section 4).

### **Section 1: La cession de créance**

Cette cession de créance présente des points communs avec la subrogation que l'on a déjà vue, ce qui a pour conséquence que ces deux mécanismes se trouvent dans une sorte de concurrence dans la vie des affaires.

**Dans les deux cas**, le créancier initial va recevoir une somme et la créance dont il est titulaire va circuler. Mais en réalité, ces grands traits communs masquent **une différence de nature**.

Alors que la subrogation est liée au paiement de la créance, la cession de créance n'opère pas paiement de la créance. Il s'agit simplement d'un contrat par lequel les parties vont décider du transfert de la créance d'un patrimoine à un autre.

Juridiquement, la cession de créance est donc une cession, ce qui signifie qu'elle est comparable à une vente, une donation, un échange ou un apport en société portant sur un bien particulier, c'est-à-dire une créance.

**Mais attention, le contrat de cession de créance est autonome par rapport à ces différents contrats que l'on vient d'énumérer du point de vue des règles applicables.**

Traditionnellement, la cession de créance porte sur une créance isolée et c'est ce mécanisme qui fait l'objet d'une réglementation dans le code civil.

Mais la vie des affaires a donné lieu à une multiplication des cessions de la part de créanciers professionnels, notamment des banques.

Pour faciliter les cessions de créance en masse, le législateur est intervenu pour instaurer des règles relatives aux cessions de créances professionnelles. C'est ce qu'on appelle **la cession Dailly**, en rapport avec **une loi dite Dailly du 2 janvier 1981, loi facilitant le crédit aux entreprises**.

Ainsi, il conviendra d'étudier d'abord la cession de créance de droit commun (§1) et ensuite la cession de créance professionnelle (§2)

#### **§1 La cession de créance de droit commun**

C'est **l'article 1321 du code civil** depuis **l'ordonnance du 10 février 2016**, qui définit la cession de créance. Celle-ci est **un contrat par lequel le créancier transmet tout ou partie de sa créance, contre le débiteur, à un tiers**. Le texte ajoute que **ce transfert peut être fait à titre gratuit ou onéreux**.

Par ailleurs, d'un point de vue terminologique, le créancier qui cède **la créance est nommé cédant**, le **débiteur cédé**, et le **tiers** (c'est à dire le nouveau créancier) **cessionnaire**. On s'attachera d'abord aux fonctions de cette cession de créance (A) puis à ses conditions de validité (B) avant d'en voir les effets (C). On verra que les règles qui la gouvernent sont sorties extrêmement modifiées de la réforme de 2016.

##### **A. Les fonctions de la cession de créance**

Les fonctions de cette cession de créance sont diverses. Elle peut d'abord servir à mobiliser une créance comme on l'avait vu pour la subrogation dans le cadre de l'affacturage.

Le cédant transfère la propriété d'une créance avant qu'elle ne soit à terme, en échange d'un prix, de façon à améliorer sa trésorerie. Quant au cessionnaire, il tirera un profit de l'opération, on y reviendra.

La cession de créance peut aussi avoir une fonction de paiement, servir à titre de paiement du cédant au cessionnaire. L'hypothèse est que le cessionnaire est créancier du cédant. Au lieu de payer directement le cessionnaire, le cédant va donc lui céder l'une de ses créances en tout ou partie. C'est donc en se faisant payer par le débiteur cédé que le cessionnaire obtiendra satisfaction.

La question est plutôt de savoir si la cession de créance peut être utilisée dans un autre but, c'est-à-dire à titre fiduciaire ? L'idée est la suivante, comme dans le cas précédent, le cessionnaire est créancier du cédant.

Afin de garantir le paiement au cessionnaire, le cédant va lui transférer une créance par le mécanisme de la cession de créance.

Mais contrairement au cas précédent, ce transfert a vocation à n'être que temporaire.

De deux choses l'une :

Soit **le cédant exécute son obligation envers le cessionnaire** et la créance cédée réintègre alors le patrimoine du cédant parce que le transfert de propriété à titre de garantie n'a plus de raison d'être.

Soit ensuite, **le cédant ne s'exécute pas**, et alors le cessionnaire conserve la créance cédée et peut se faire payer par le débiteur cédé.

Cette cession de créance fiduciaire, c'est-à-dire sous forme de transfert de propriété temporaire à titre de garantie, **n'est pas admise toutefois par la cour de cassation**. On le voit **depuis un arrêt de la chambre commerciale du 19 décembre 2006**. Les contrats, en ce sens, sont requalifiés en nantissement de créance. Ce nantissement est une sûreté sur biens incorporels, mais qui n'entraîne pas transfert de propriété. Il s'agit donc d'une garantie moins efficace pour le créancier. En effet, le droit de propriété sur les créances permet de les revendiquer dans le cadre de la procédure collective du cédant et donc d'échapper à l'interdiction des paiements.

**Cette solution sera-t-elle remise en cause par la réforme du 10 février 2016 ?** force est de constater que **les nouveaux textes restent silencieux sur cette question** et dès lors on peut estimer que la solution de la cour de cassation se maintiendra.

## **B. Conditions de validité de la cession de créance**

Ces conditions de validité sont de deux ordres. Elles concernent le fond (1) et la forme (2).

### **1. Conditions de fond de la cession de créance**

On notera en premier lieu, que la cession de créance, en tant que contrat entre cédant et cessionnaire, répond aux conditions de droit commun de formation du contrat. Conditions sur lesquelles on ne va pas revenir.

Par ailleurs, il existe des conditions de validité spécifiques à la cession de créance.

Ces conditions sont en réalité relatives aux créances concernées.

Quelles créances peuvent-elles être cédées ? À cet égard, trois questions sont à étudier.

**Les créances futures.** Les textes antérieurs à 2016 restaient silencieux sur ce point. Mais la cour de cassation avait validé la cession portant sur des créances futures du moment que leur identification était suffisante. Cela ressortait notamment d'**un arrêt de la première chambre civile du 20 mars 2001**. Les faits de cet arrêt nous fournissent un exemple de cette situation. Une cession portait sur des créances de loyers que pourraient produire un bien immobilier, créance qui n'était pas née à la date du contrat. La cour de cassation en l'espèce casse un arrêt de cour d'appel qui avait refusé de reconnaître la validité de la cession. Les juges d'appel auraient dû vérifier si l'identification des créances cédées était suffisante. Cela montre que la cession de créance future n'est pas en soi illicite. Elle est simplement subordonnée à cette identification. Plus encore, les créances peuvent être éventuelles. Il n'est même pas nécessaire qu'elles aient un caractère certain, quoique futur. **Cette solution jurisprudentielle**, qui facilite l'utilisation de la cession de créance, elle est reprise par **l'article 1321 alinéa 2**, issu de **l'ordonnance de 2016**. Le texte **admet en effet que la cession puisse porter sur des créances présentes ou futures à conditions qu'elles soient déterminées ou déterminables**. Cela signifie que même si la créance n'est pas née, elle doit pouvoir être individualisée à partir de la personne du débiteur ainsi que l'objet de la créance, ou en tout cas l'acte qui la fera naître.

**Tout ou partie de la créance.** C'est une expression qui résulte de *l'article 1321 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil*. Le texte dispose que « **la créance peut être cédée en tout ou partie** ». Il est donc tout à fait possible que la créance soit fractionnée. Le cédant restera créancier pour une partie de la créance et le cessionnaire le deviendra pour l'autre partie. Le débiteur devra alors payer chacun des deux, cédant et cessionnaire, pour la partie de la créance dont il est titulaire.

Il reste alors à savoir, qui du cédant ou du cessionnaire primera en cas de conflit, lorsque le débiteur cédé sera dans l'impossibilité de désintéresser chacun des deux.

**Le texte ne traite pas de cette question.** En matière de cession de créance, il n'existe pas de règle comparable à celle qui octroie la priorité au subrogeant contre le subrogé, on l'avait vu en matière de subrogation.

Donc, on peut raisonnablement en conclure que tous deux entreront en concours (le cédant et le cessionnaire) sans qu'aucune préférence ne soit donnée à l'un ou l'autre.

**Les créances incessibles.** Cette incessibilité est évoquée à *l'article 1321 alinéa 4 du code civil*. Elle résulte d'une clause d'incessibilité.

- En principe, en effet, toute créance est cessible et ce contrat entre créancier cédant et créancier cessionnaire ne nécessite nul accord du débiteur cédé. À cet égard, le texte ne distingue pas entre les créances monétaires et les créances d'obligations en nature.

- Mais par exception, il est possible pour le créancier et le débiteur de prévoir une clause interdisant la cession de créance, sauf accord du débiteur à cette cession. **Telle est l'hypothèse visée à l'alinéa 4 du texte.** Pourquoi cette règle ? À priori, on pourrait s'attendre à ce que le consentement du débiteur soit indifférent à la cession de créance.

D'abord parce qu'il est tiers au contrat de cession. Même si sa situation est évidemment différente par rapport aux autres tiers.

Ensuite, parce que son sort n'est pas si affecté par l'opération. Le débiteur cédé de toutes façon s'est engagé à accomplir une prestation et cela ne change rien du fait de la cession de créance.

Ce qui change, c'est uniquement la personne qui recevra la prestation mais pas la prestation elle-même. Il est permis de penser que peu importe la personne du créancier du point de vue du débiteur.

Et c'est ce qui explique qu'en principe la cession puisse avoir lieu hors consentement du débiteur.

Pourtant, dans certains cas, le débiteur pourra avoir intérêt à conserver le même créancier. Par exemple, parce que le cessionnaire peut se montrer moins enclin à lui accorder des délais de paiement ou des remises partielles de dettes.

Pour éviter que le débiteur ne voit son sort aggravé par du fait de la cession, il pourrait être sage de lui accorder cette possibilité de s'opposer à la cession. Mais attention, il ne pourra le faire que par exception, lorsque lui et le créancier ont introduit dans le contrat cette possibilité.

## **2. Conditions de forme de la cession de créance**

On sait que le **principe en matière contractuelle est celui du consensualisme** : pas de forme particulière du consentement. Mais **la cession de créance qui est un contrat constitue une exception à ce principe**.

**Avant l'ordonnance du 10 février 2016**, la cession de créance faisait l'objet de règles éclatées car elles prenaient la forme soit d'une vente soit d'une donation pour prendre les hypothèses les plus répandues. Or, si une vente peut être consensuelle, une donation doit être nécessaire passée par acte authentique. Il fallait donc distinguer pour déterminer le formalisme applicable, se référer à l'existence ou non d'une contrepartie au transfert de la créance.

S'il existait une telle contrepartie, les règles de la vente s'appliquaient et aucun formalisme n'était requis. Dans le cas contraire, les règles de la donation trouvaient application et un acte authentique devait constater la cession.

***L'ordonnance du 10 février 2016 a modifié ces règles puisque la cession de créance est désormais indépendante de la vente et de la donation.***

Depuis la réforme, ***l'article 1322 du code civil*** prévoit **dans tous les cas un formalisme ad validitatem** (écrit avec condition de validité), **sans distinguer selon que la cession est à titre onéreux ou gratuit.**

Selon cette disposition, la cession de créance n'est valable qu'à condition d'être constatée par un écrit. Autrement dit, elle appartient à présent à la catégorie des contrats solennels.

Une cession de créance tacite serait nulle. Il s'agit donc **d'un renforcement du formalisme.**

Ce formalisme ne va tout de même pas jusqu'à exiger un acte authentique, le terme générique « écrit » désigne tout aussi bien un acte authentique qu'un acte sous seing privé, mais on peut en tout cas penser que la cession devra revêtir l'une de ces deux formes sous peine de nullité.

Il restera alors à savoir quelle sera la nature de la nullité relative ou absolue.

### **C. Effets de la cession de créance**

Il est nécessaire de distinguer les effets de la cession de créance entre les parties (1) et vis à vis des tiers (2).

#### **1. Effets de la cession de créance entre les parties**

Ces effets entre les parties sont le transfert de la créance, en toute hypothèse (a) mais aussi parfois la garantie du cédant envers le cessionnaire (b).

##### **a. Le transfert de la créance**

Tout comme la subrogation, la cession de créance se caractérise d'abord par son effet translatif entre les parties. Cela signifie que la créance est transférée du patrimoine du cédant au patrimoine du cessionnaire. Elle est transférée à la date de l'acte, ***article 1323 nouveau du code civil*** en ce sens, et elle est transférée avec toutes ses caractéristiques.

Ainsi, ***l'article 1321 alinéa 3***, dispose que la cession, et donc l'effet translatif, s'étend aux accessoires de la créance. Cette règle qui est commune avec la subrogation, signifie que la créance restera garantie par les mêmes sûretés dont bénéficiait précédemment le cédant et tous les droits et actions accompagnant la créance vont également subsister au profit du cessionnaire.

Seule exception à cette prise d'effet à la date de l'acte dans le cas où la créance cédée est future. Logiquement, c'est à la date de naissance de la créance que s'opère le transfert qui évidemment n'aura pas pu avoir lieu auparavant.

Du coup, quelles différences entre la cession de créance et la subrogation si les effets en sont semblables ?

Il faut bien comprendre que les mécanismes juridiques en sont très différents.

La subrogation est liée, comme on l'a vu, au paiement de la créance, qui, de façon exceptionnelle n'est pas extinctif parce qu'il n'a pas été fait par le débiteur définitif.

La cession de créance ne repose pas sur le paiement. Certes lorsqu'elle est faite à titre onéreux, elle va impliquer un transfert monétaire du cessionnaire vers le cédant, mais il ne s'agit pas du paiement de la créance, il s'agit simplement du paiement d'une somme prévue par le contrat de cession en contrepartie du transfert de la créance impayée.

La conséquence de cela, c'est une dissociation entre le paiement et l'effet translatif.

En matière de subrogation, on l'a vu, le transfert de la créance s'opère à hauteur du paiement.

Tel n'est pas le cas dans le cadre de la cession de créance, parce que les parties peuvent tout à fait convenir d'un prix de cession différent du montant nominal de la créance.

Par exemple, soit A le créancier et B le débiteur d'une obligation d'un montant de 100.

Première hypothèse, imaginons que C paie en lieu et place de B et se trouve subrogé dans les droits du créancier A.

Si C paie 100, il est subrogé à hauteur de 100, s'il paye 90, il est subrogé à hauteur de 90, la subrogation est faite à hauteur du montant du paiement.

Deuxième hypothèse, imaginons que A cède sa créance à C en la forme d'une cession de créance de ***l'article 1321***. A le cédant et C le cessionnaire fixent un prix de cession de 90 pour le transfert de la totalité de la créance. C le cessionnaire devient donc le propriétaire de la créance en son intégralité et il pourra poursuivre le paiement auprès du débiteur cédé, B, à hauteur de l'intégralité, c'est-à-dire de 100.

On voit donc que la cession de créance, par opposition à la subrogation, est de façon inhérente, un instrument de spéculation parce que le cessionnaire peut acquérir une créance pour un prix inférieur au montant nominal et ensuite il peut se faire payer ce montant nominal par le débiteur cédé, il va donc en tirer un profit.

S'agissant du cédant, l'intérêt est le même que pour un créancier subrogeant qui accepte le paiement avant terme. Il obtient un peu moins que le nominal de sa créance mais, ce paiement est immédiat et dépourvu d'aléa. Le risque d'impayé ne va plus peser sur lui désormais mais sur le cessionnaire.

On voit donc que les deux parties ont un intérêt évident à l'opération de cession.

### **b. La garantie du cédant envers le cessionnaire**

***L'article 1326 nouveau du code civil*** met en place un système de garantie au profit du cessionnaire.

En effet, on a vu que la cession permettait de transmettre la créance du cédant au cessionnaire. Mais une fois ce transfert intervenu, il reste encore au cessionnaire à obtenir le recouvrement de la créance.

Si le débiteur cédé est insolvable, c'est donc le cessionnaire qui supportera le poids de cette insolvabilité et qui restera impayé.

Ainsi, raisonnons sur **le cas où la cession de créance intervient à des fins de paiement**.

Le cédant était débiteur du cessionnaire, et il cède une créance, qui est un élément d'actif de son patrimoine, à ce cessionnaire (de façon à désintéresser ce cessionnaire).

Dans ce cas, à quel moment peut-on considérer que le cédant s'est acquitté de sa dette envers le cessionnaire ? Est-ce dès la date de la cession ?

Et bien, **telle n'est pas la position adoptée par la jurisprudence**. Dans ***un arrêt du 23 juin 1992, la chambre commerciale de la cour de cassation*** a considéré que **la cession de créance n'emportait pas par elle-même extinction de la dette préalable du cédant envers le cessionnaire**. Le cédant ne pouvait être libéré de sa dette envers le cessionnaire que par deux moyens.

Par une remise de dette consentie par le cessionnaire au moment de la cession de créance.

Par le paiement de la créance cédée. C'est le paiement par le débiteur cédé qui va libérer le cédant de sa dette préalable vis-à-vis du cessionnaire.

Faisons maintenant abstraction de ce cas particulier de la cession de créance consentie aux fins de paiement. De façon générale, comme on l'a déjà souligné, le cessionnaire va acquérir une créance sans être certain de pouvoir en recouvrer le montant auprès du débiteur cédé.

● **Cela pose des difficultés moindres lorsque la cession a lieu à titre gratuit**, autrement dit, lorsque la cession de créance était une donation de la créance du cédant au cessionnaire.

Dans ce cas en effet, le cessionnaire n'a rien versé au cédant et son patrimoine n'a pas été altéré. S'il ne parvient pas à obtenir le paiement de la créance par le débiteur cédé, les conséquences pour lui ne sont pas exagérément graves, l'opération est alors neutre pour lui, il n'a rien déboursé pour obtenir les créances et il n'en obtient rien, en définit.

● **En revanche, si la cession est intervenue à titre onéreux**, si le cessionnaire a donc versé une somme en contrepartie du transfert de la créance, il sortira appauvri de l'opération si le débiteur cédé est insolvable et ne peut pas le payer. Pour éviter ce désagrément au cessionnaire, ***l'article 1326 du code civil*** prévoit une garantie du cédant au profit du cessionnaire. Cette garantie concerne les cessions faites à titre onéreux, puisque c'est dans ce cas l'insolvabilité du débiteur cédé est la plus préjudiciable pour le cessionnaire.

Cette garantie est cependant à géométrie variable puisqu'il existe en réalité trois niveaux de garantie.

⇒ En principe, 1er niveau de garantie, **n'est garantie que l'existence de la créance** et non pas la solvabilité du débiteur cédé.

C'est seulement s'il s'est avéré que la créance n'existait pas, que le cessionnaire pourra obtenir restitution du prix versé au cédant, voire l'octroi de dommages-intérêts.

Encore faudra-t-il pour cela que le cessionnaire n'ait pas eu connaissance de l'aléa pesant sur l'existence de la créance, cela concerne les créances futures éventuelles.

La garantie légale de ***l'article 1326 alinéa 1*** est aussi exclue lorsque le cessionnaire a stipulé acquérir la créance à ses risques et périls. Il a émis l'engagement de prendre à sa charge les conséquences de l'impayé, il a exclu la garantie.

Au-delà de cette garantie légale de l'article 1326 alinéa 1

⇒ 2ème niveau de garantie ***l'article 1326 alinéas 2 et 3***, accorde aux parties **la possibilité de prévoir une extension conventionnelle de garantie**. Ainsi, il peut être prévu dans l'acte de cession que le cédant garantira non seulement l'existence de la créance mais aussi la solvabilité du débiteur cédé.

Dans ce cas, le cédant devra rembourser le cessionnaire des sommes versées en cas d'impayé de la part du débiteur cédé. Cependant, ce remboursement ne sera pas du tout à hauteur du nominal de la créance, mais uniquement des sommes versées au titre du prix de cession.

Ainsi soit une créance de 100. A étant le créancier et B le débiteur. A cède sa créance à C pour un prix de 90 et A et C conviennent dans le contrat de cession que A garantira la solvabilité du débiteur B en plus de l'existence de la créance. Lorsque la créance devient exigible, C le cessionnaire, demande le paiement à B le débiteur cédé, mais il obtient le paiement de zéro car B était en réalité insolvable. C le cessionnaire, peut alors mettre en œuvre la garantie conventionnelle de solvabilité auprès de A le cédant. Mais il ne peut obtenir que les sommes versées, c'est-à-dire 90, quand bien même le montant nominal de la créance était de 100.

Cependant, cette garantie conventionnelle ne s'applique en principe qu'à la solvabilité actuelle du débiteur cédé, c'est ce que précise ***l'article 1326 alinéa 3***.

Autrement dit, la garantie n'est due, à défaut de précision contraire, que si la solvabilité du débiteur cédé était déjà compromise à la date de l'acte de cession.

En revanche, la garantie n'est pas due si le débiteur était soluble à la date de l'acte, mais qu'il est devenu insolvable à la date de l'échéance.

⇒ Enfin, le 3ème niveau de garantie **s'applique uniquement si le cédant y consent expressément**. Il s'agit de la **garantie conventionnelle**, non pas uniquement de la solvabilité actuelle du débiteur cédé, mais aussi plus encore de sa solvabilité future.

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le débiteur cédé était soluble à la date de la cession, mais est devenu insolvable à la date de l'échéance. Dans ce cas, le cessionnaire pourra obtenir du cédant le remboursement des sommes versées au titre du prix de cession. Mais il ne pourra le faire que si une clause spécifique du contrat de cession le prévoit.

À défaut d'une telle mention la garantie conventionnelle ne couvre que la solvabilité actuelle.

## **2. Effets de la cession de créance à l'égard des tiers**

3 questions se posent, à quelles conditions les parties peuvent se prévaloir de la cession vis-à-vis des tiers (a), quelles sont les règles d'opposabilité des exceptions par le débiteur cédé vis-à-vis du cessionnaire (b), le débiteur cédé devra-t-il s'acquitter des frais supplémentaires indus par la cession ©

### **a. Conditions d'opposabilité de la cession de créance**

**Avant la réforme du 10 février 2016**, ces conditions d'opposabilité étaient régies par le célèbre article 1690 du code civil qui représentait l'un des obstacles majeurs à l'utilisation de la cession de créance dans la pratique des affaires. En effet, ce texte subordonne l'opposabilité de la cession au débiteur cédé et aux autres tiers (car le débiteur cédé est tiers à la cession), à l'accomplissement de certaines formalités :

Soit une signification de la cession par voie d'huissier au débiteur cédé.

Soit une acceptation de sa part par acte authentique.

Étant entendu que cette acceptation ne devait pas être entendue au sens propre du terme.

Elle s'entendait en réalité d'un aveu écrit de la part du débiteur du débiteur cédé, de sa connaissance de la cession.

Ainsi, même s'il était prouvé que le débiteur cédé avait connaissance de la cession, elle lui restait inopposable en l'absence d'écrit en ce sens émanant de sa part.

**C'est ce que décidait la cour de cassation de longue date**, depuis *un arrêt d'assemblée plénière du 14 février 1975*. La cour **refusait également d'alléger l'exigence de significations** en posant notamment qu'une notification de la cession, sans exploit d'huissier, était insuffisante.

En ce sens, en dernier lieu nous avons *un arrêt de la 3ème cb civ de la cour de cassation du 9 avril 2014*.

Ce formalisme était assez lourd et gênant.

Tant que la cession n'était pas signifiée au débiteur cédé, par voie d'huissier, celui-ci pouvait se prévaloir de l'inopposabilité de la cession à son égard pour refuser de payer le cessionnaire.

Et inversement, le cédant pouvait continuer à lui demander le paiement sans qu'il ne puisse s'y opposer alors même que la cession était déjà valable entre cédant et cessionnaire puisque la cession prenait effet entre eux : *solo consensu*.

Par ailleurs, le coût de cette signification pesait sur la rentabilité économique de l'opération.

Pour cette raison, des créanciers professionnels, désireux de céder ou de se voir céder de nombreuses créances, se tournaient plutôt vers d'autres mécanismes : subrogation ou cession de créance professionnelle.

Il est vrai que **la jurisprudence avait réduit la portée de l'inopposabilité**. *La 1ère civ de la cour de cassation*, **avait notamment décidé dans un arrêt du 4 décembre 1985** que **les tiers désignés par l'article 1690 du code civil étaient ceux qui avaient intérêt à ce que le cédant reste créancier**.

Tel n'est pas le cas d'un autre créancier du débiteur cédé. La situation de cet autre créancier n'est nullement modifiée par la cession de créance et donc par la substitution du cessionnaire au cédant.

Il se trouvait donc, **selon la cour**, dans **l'impossibilité de se prévaloir de l'inobservation des formalités de l'article 1690**.

Pour autant, ce système demeurait insatisfaisant.

Pour pallier cet inconvénient, **le législateur de 2016 a modifié les règles d'opposabilité de la cession**. Ces règles résultent aujourd'hui *des articles 1323 et 1324 du code civil*.

Les textes réservent un sort différent aux débiteurs et aux autres tiers :

**S'agissant du débiteur cédé**, la cession lui est opposable selon *l'article 1324* si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. Par conséquent, **le nouveau texte n'aligne pas la date d'opposabilité au débiteur sur la date de transfert de la créance** et surtout, **l'opposabilité n'est pas automatique à l'égard du débiteur**.

Ce décalage reste dommageable pour le cessionnaire. Celui-ci devra toujours recourir à des formalités afin de pouvoir demander le paiement au débiteur cédé.

Mais ces formalités sont tout de même allégées par rapport au régime antérieur à 2016.

- Une signification par voie d'huissier n'est plus nécessaire, une simple notification est requise.
- L'envoi d'une simple (LRAR) lettre recommandée avec accusé de réception fera l'affaire.
- Quant à la prise d'acte, il est clair qu'elle exige toujours une reconnaissance, un aveu par le débiteur, qu'il est au fait de la cession. Le texte ne fournit aucune précision à ce sujet, on peut penser que toute forme sera admise. Mais la simple preuve de la connaissance de sa part de la cession demeurera en toute hypothèse insuffisante.

**Un seul cas particulier est à noter**, celui dans lequel le débiteur cédé a consenti à la cession par exemple dans le cas déjà étudié, où la créance était incessible.

Dans ce cas, il est bien clair et c'est ce qu'indique *l'article 1324*, que **l'opposabilité au débiteur est automatique et immédiate**.

Concernant à présent l'opposabilité au tiers autre que le débiteur, l'article 1323 du code civil énonce une règle simple « La cession est opposable à la date de l'acte ».

Cette précision est importante car =

Avant la réforme de 2016, l'opposabilité aux autres tiers que le débiteur cédé était subordonnée aux formalités de l'article 1690 pourvu que ces tiers y trouvent un intérêt.

Aujourd'hui, le sort du débiteur cédé et des autres tiers est dissocié. La conséquence en est la suivante :

**Dès la date de l'acte**, les saisies effectuées par les créanciers du cédant sur la créance seront inefficaces car la créance sera déjà cédée et cette cession sera d'ores et déjà opposable aux tiers.

**À l'inverse**, les créanciers du cessionnaire pourront théoriquement dès cette date faire pratiquer une saisie-attribution sur la créance cédée puisque la cession leur sera déjà opposable.

**Le problème** est que la cession demeurera inopposable au débiteur tant qu'elle ne lui aura pas été notifiée, si bien que celui-ci, le débiteur, pourra refuser de payer jusqu'à ce moment. Le créancier du cessionnaire ne saurait avoir plus de droits que le cessionnaire lui-même contre le débiteur cédé.

**On voit donc que la dissociation entre l'opposabilité au débiteur et l'opposabilité au tiers n'est pas sans poser certaines difficultés pratiques.** Une solution pour y remédier pourrait être pour les parties à la cession, de faire intervenir le débiteur à cette cession pour que l'opposabilité à son égard soit immédiate. Mais évidemment, on ne peut pas dire que cela contribue à la simplicité du mécanisme.

## **b. Opposabilité des exceptions dans la cession de créance**

La problématique est ici la même qu'en matière de subrogation.

La créance circule de créanciers en créanciers. Or, cette créance est affectée de certains vices qui constituaient autant de moyens de défense pour le débiteur cédé auprès du cédant.

La question est donc de savoir si le débiteur cédé pourra également se prévaloir de ces vices, de ces moyens de défense, bref, de ces exceptions, lorsque le paiement lui sera réclamé par le cessionnaire ?

La réponse logique à cette question *est dictée par l'effet translatif de la cession de créance*.

C'est la même créance dont le cédant était titulaire et dont le cessionnaire est à présent titulaire.

Elle comporte donc les mêmes avantages, notamment les accessoires (tels que les actions et les sûretés) mais elle est aussi affectée des mêmes défauts.

Il faut cependant comme pour la subrogation, **affiner cette première approche** en distinguant selon plusieurs types d'exception. Il est en effet nécessaire de rappeler que ces exceptions peuvent concerner =

Soit la dette en elle-même.

Soit le lien obligatoire entre le créancier et le débiteur.

**L'article 1324 alinéa 2** suit effectivement cette distinction en évoquant deux types d'exceptions.

Celles qui sont inhérentes à la dette

Celles qui sont nées dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé.

Les règles à cet égard sont identiques à celles qui gouvernent la subrogation (on l'a vu : article 1346-5).

● **Les exceptions inhérentes à la dette tout d'abord**, elles peuvent être opposées par le débiteur cédé au cessionnaire en toute hypothèse. Ce sont celles qui touchent à l'obligation elle-même et non pas au lien entre le cédant et le débiteur cédé. **L'article 1324** énumère plusieurs exemples de cela tout comme d'ailleurs l'article 1346-5 pour la subrogation. Ces exemples sont : la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution et la compensation des dettes connexes. Cette liste n'est que limitative, on peut y ajouter par exemple le paiement ou la prescription qui éteignent l'obligation en elle-même.

● **Quant aux exceptions nées des rapports entre le cédant et le débiteur cédé**. Ce dernier ne peut les opposer au cessionnaire qu'à une condition, qu'elle soit née avant que la cession ne soit opposable au débiteur cédé. Ces exceptions sont tirées du lien entre le cédant et le débiteur cédé.

Les exemples fournis par **l'article 1324 du code civil** sont les suivants : l'octroi d'un terme, la remise de dettes ou encore la compensation de dettes non-connexes.



S'agissant de ces exceptions nées des rapports entre le cédant et le débiteur cédé, il convient donc pour savoir si elles sont opposables au cessionnaire, de **comparer leur date de naissance avec la date d'opposabilité de la cession, c'est-à-dire la date de notification de la cession ou la date de prise d'acte de la cession par le débiteur.**

Cette prise en compte de la date d'opposabilité est logique. Avant cela, même si la cession est valable entre les parties, elle est dépourvue d'effet sur le débiteur cédé, si bien que celui-ci traite encore avec le cédant. Pour cette raison, il pourra se libérer entre les mains du cédant, on l'a vu.

Mais de même, le cédant peut toujours lui accorder valablement une remise de dette ou lui octroyer un terme. Dans la mesure où cette exception est née avant l'opposabilité de la cession au débiteur cédé, celui-ci pourra s'en prévaloir auprès du cessionnaire.

On voit donc tout le paradoxe de cette cession de créance qui transfère une créance mais dont les effets vis-à-vis du débiteur cédé sont neutralisés jusqu'à la notification. Pour ces raisons, il est fondamentale pour le cessionnaire de procéder le plus vite possible à la notification. Cela lui permet de recevoir le paiement plus rapidement, et cela lui évite aussi de voir s'accumuler des exceptions pouvant lui être opposées par le débiteur cédé.

### **c. Les frais supplémentaires occasionnés par la cession**

On enseigne traditionnellement que la cession de créance est neutre pour le débiteur cédé c'est-à-dire qu'elle ne lui profite ni ne lui nuit.

Pourtant, on a vu qu'un changement de créancier pouvait être dommageable pour lui.

La meilleure preuve de cela réside dans ***l'article 1324 dernier alinéa*** qui **instaure une nouvelle règle depuis 2016 « Si la cession occasionne pour le débiteur des frais supplémentaires le débiteur n'en sera pas tenu, mais le cessionnaire »**. On prendra l'exemple d'un paiement rendu plus onéreux par la distance géographique séparant le cessionnaire du débiteur cédé.

Cette règle emporte plusieurs conséquences.

D'abord, le débiteur ne pourra pas se voir demander le paiement de ces frais supplémentaires par le cessionnaire lorsque celui-ci lui réclamera le paiement de la créance cédée.

Ensuite, si le débiteur avance ses frais pour une raison ou pour une autre, il pourra en demander le remboursement solidairement au cessionnaire ou au cédant. ***L'article 1324*** en dispose également ainsi.

Et si le cédant rembourse le débiteur cédé de ses frais, il pourra ensuite se retourner contre le cessionnaire puisque ce dernier en assume la charge définitive sauf clause contraire du contrat de cession.

## **§2 La cession Dailly**

On l'a dit, la cession de créance de droit commun n'est pas dénuée d'inconvénient.

Les formalités de l'article 1690 du Code civil notamment ont constitué un frein à l'efficacité de cette transmission.

Or, il existait un besoin chez certains opérateurs économiques de recourir à des transferts de créance en masse. Même si le développement de l'affacturage a pu contribuer à accélérer la mobilisation des créances, malgré tout le législateur est intervenu. Plutôt que d'assouplir les formalités de la cession ce qui n'a été fait qu'en 2016 et pas de façon très radicale, le législateur va d'abord créer un nouveau type de cession simplifiée de créance réservé aux professionnels.

Tel était l'objet d'***une loi du 2 janvier 1981 dite loi Dailly***.

Aujourd'hui codifié ***aux articles L.313-23 et suivants du Code monétaire et financier***.

L'objectif visé était comme l'indique le titre de la loi Dailly de **faciliter le crédit aux entreprises en leur permettant de mobiliser plus facilement leur créance professionnelle**. Même si le mécanisme est celui d'une cession de créance la cession par bordereau Dailly présente certaines spécificités.

Nous allons le voir à travers l'étude des conditions de la cession (A) puis de ses effets (B).

## A. Conditions de la cession Dailly

Ces conditions sont de fond (1) mais de aussi de forme (2).

### 1. Conditions de fond

*L'article L.313-23 du Code monétaire et financier* pose une triple condition pour qu'il soit procédé à la cession de créance par bordereau Dailly.

Quant aux parties concernées, quant aux opérations concernées et quant aux créances concernées.

#### a. Les parties concernées

Tout le monde ne peut pas recourir à la cession Dailly puisque des exigences sont posées du point de vue de la personne du cessionnaire et de la personne du cédant.

Le cessionnaire est nécessairement un établissement de crédit ou une société de financement. La cession Dailly est une opération de banque et seuls des établissements faisant l'objet d'un agrément en ce sens peuvent y recourir.

Quant au cédant, il peut s'agir soit d'une personne morale de droit privé ou de droit public soit d'une personne physique agissant dans les besoins de son activité professionnelle.

On voit donc que la cession Dailly a une vocation purement économique et professionnelle.

#### b. Les opérations concernées

Elles confirment cet état de fait que l'on vient de décrire.

Une cession de créance par bordereau Dailly ne peut intervenir qu'à l'occasion d'un crédit octroyé par le cessionnaire, établissement de crédit, au cédant professionnel.

En réalité, la cession Dailly doit revêtir deux fonctions :

Elle peut opérer paiement de tout ou partie du crédit. Au lieu de payer ses échéances sous forme monétaire, le cédant va transférer la propriété de ses créances au cessionnaire.

La cession Dailly peut aussi garantir le remboursement de ce crédit. La cession intervient alors à titre fiduciaire. L'idée est que la banque devient provisoirement propriétaire des créances cédées et que ces créances seront restituées une fois que le crédit sera totalement remboursé. Ou comme l'indique **la Cour de Cassation** « **une fois épuisement de l'objet de la garantie consentie** ». C'est une expression utilisée par un **arrêt de la chambre commerciale du 22 novembre 2005**. Formulé en d'autres termes, la cession fiduciaire de créance qui est une garantie de paiement du crédit perd son objet lorsque ce crédit finit d'être remboursé. Au passage cela permet de constater que la cession Dailly a un grand avantage sur la cession de droit commun, elle permet de céder des créances à titre de garantie,, à titre fiduciaire alors qu'on a vu que **la Cour de Cassation requalifie en nantissement la cession de droit commun faite à cet effet**. A voir si cette position restera inchangée sous l'empire de l'ordonnance de 2016 mais on peut penser que tel sera le cas.

#### c. Les créances concernées

Les créances cédées sont nécessairement des créances du cédant sur des tiers personnes morales de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice de leur activité professionnelle.

Il s'agit donc **uniquement de créance professionnelle** pour le reste *l'article L.313-23* ne pose guère d'exigences sur les caractères de la créance cédées. Elle peut être présente ou future, exigible ou non exigible, liquide ou non liquide. Les parties disposent donc d'une large marge de manœuvre

### 2. Conditions de forme

La cession Dailly a lieu matériellement par la remise d'un bordereau de la part du cédant au cessionnaire. Un certain nombre de **mentions obligatoires doivent figurer sur ce bordereau** :

- Le fait qu'il s'agisse d'une cession de créance professionnelle soumise **aux articles L.313-23 et suivants du Code monétaire et financier**.

- Le nom du cessionnaire.
- La désignation ou l'individualisation des créances cédées ou les éléments permettant de l'identifier. À savoir : nom du débiteur, lieu du paiement, indication ou estimation du montant, éventuellement la date d'échéance.

**L'article L.313-25** ajoute que le bordereau **doit être signé et daté**.

Si ce formalisme n'est pas respecté le bordereau n'opérera pas cession Dailly.

Il est cependant possible que tout ne soit pas perdu pour les parties puisque l'acte pourra éventuellement valoir cession de créance de droit commun si les conditions en sont remplies.

Il faudra voir si la jurisprudence accepte cette requalification de la cession Dailly en cession de droit commun.

L'avantage de cette cession de créance professionnelle par bordereau c'est qu'elle permet de transférer en masse de multiples créances de façon simplifiée comme on peut le voir à l'étude des effets de la cession.

## **B. Effets de la cession Dailly**

Les effets se déploient d'abord dans les rapports entre cédant et cessionnaire (1) ensuite vis-à-vis des tiers dont le débiteur cédé (2).

### **1. Les effets de la cession Dailly entre cédant et cessionnaire**

Entre le cédant et le cessionnaire le premier effet de la cession est évidemment

⇒ **le transfert de la propriété des créances cédées.**

Cet effet est translatif, comme dans la cession de droit commun ou la subrogation, s'étend aux garanties et autres accessoires de la créance. Par ailleurs, la date de transfert, indiquée par ***l'article L.313-27 du Code monétaire et financier***, c'est donc la date indiquée sur le bordereau. Le transfert est donc instantané y compris lorsque les créances cédées parviennent à échéance postérieurement.

L'autre effet de la cession est

⇒ **la garantie de paiement dû par le cédant au cessionnaire des créances.**

Cette garantie est plus étendue que dans la cession de créance de droit commun. En effet selon ***l'article L.313-24 du Code monétaire et financier*** « **le cédant est garant solidaire du paiement du cessionnaire par le cédé** ». Autrement dit, le cédant garantit non seulement l'existence des créances cédées comme dans la garantie légale de la cession de droit commun mais aussi la solvabilité du cessionnaire et plus généralement le risque d'impayé.

### **2. Les effets de la cession Dailly à l'égard des tiers**

On étudiera l'opposabilité de la cession aux tiers (a) puis les règles d'opposabilité des exceptions (b).

#### **a. L'opposabilité aux tiers de la cession Dailly**

C'est à l'égard des tiers que la cession Dailly offre le plus d'originalité par rapport à la cession de droit commun même si elle est moindre depuis 2016.

On a vu en effet que le point faible de la cession de droit commun résidait dans les règles d'opposabilité au débiteur cédé.

Tel n'est pas le cas pour la cession Dailly. ***L'article L.313-27 du Code monétaire et financier*** dispose en effet que **la cession est opposable aux tiers dès la date apposée sur le bordereau qu'elle que soit la date de naissance ou d'exigibilité des créances cédées et sans formalité**. Ainsi c'est à la même date, celle apposée sur le bordereau, que la cession prendra effet entre les parties et qu'elle sera opposable aux tiers.

Cela concerne tous les tiers, le débiteur cédé comme les autres.

Il n'existe donc pas comme pour la cession de droit commun cette période de latence durant laquelle le cessionnaire est titulaire des créances mais sans pouvoir s'en prévaloir auprès du débiteur cédé.

De plus, cette opposabilité est automatique si bien que le cessionnaire n'a nul besoin de procéder à des formalités d'opposabilité.

Ainsi la possibilité de transférer simultanément de nombreuses créances apparaît pleinement effective car il n'est pas nécessaire pour chaque créance donnée d'accomplir des formalités assez lourdes.

**L'article L.313-28** prévoit tout de même **la possibilité pour le cessionnaire de notifier la cession aux débiteurs cédés**. En effet on considère que la cession n'empêche pas le débiteur cédé de se libérer de sa dette entre les mains du cédant. Ce dernier bénéficierait d'un mandat d'encaissement et devrait ensuite reverser les sommes perçues au cessionnaire.

Cette situation peut être dangereuse pour le cessionnaire si d'aventure le cédant fait ensuite l'objet d'une procédure collective.

C'est ici qu'intervient la notification de ***l'article L.313-28***. Elle **interdit au débiteur cédé de payer le cédant** autrement dit, elle révoque le mandat d'encaissement dont bénéficie le cédant.

A compter de cette notification, le débiteur cédé ne pourra valablement payer que le cessionnaire.

On voit donc que, même facultative, cette notification présente de l'importance pour le cessionnaire.

Reste un dernier point important à élucider, que se passe-t-il lorsqu'une même créance est mobilisée plusieurs fois par le même créancier. Par exemple il recourt successivement à une cession Dailly et une cession de droit commun ou une cession Dailly et une opération d'affacturage.

Sans entrer dans les détails la réponse est fournie par les règles d'opposabilité. C'est celui dont le droit est en premier opposable qui pourra faire valoir ses droits contre le débiteur.

Cette règle d'antériorité, qui apparaît tout à fait logique, est formulée explicitement en matière de cession de créance droit commun par ***l'article 1325 du Code civil***.

Elle est en réalité transposable aux rapports entre cession de droit commun, cession Dailly et subrogation. Celui dont le droit était opposable antérieurement bénéficie donc d'un recours contre celui que le débiteur aurait payé à tort.

## **b. L'opposabilité des exceptions dans la cession Dailly**

Les règles d'opposabilité des exceptions figurent à ***l'article L.313-29 du Code monétaire et financier***.

Elle diffère selon que la cession n'ait pas été acceptée par le débiteur cédé ou qu'elle l'a été.

**En l'absence d'acceptation de la part du débiteur cédé**, le régime des exceptions est alors proche de ce qu'on a vu pour la cession de droit commun. Il convient de distinguer entre les exceptions inhérentes à la dette et celles qui sont nées dans les rapports entre cédant et débiteur cédé.

⇒ *Les exceptions inhérentes à la dette* sont opposables quelle que soit leur date de naissance parce qu'elles touchent à l'obligation elle-même et non pas au lien entre le cédant et le cédé.

⇒ *Les exceptions nées dans les rapports entre cédant et débiteur cédé* ne sont opposables que si elles sont nées antérieurement à la date d'opposabilité de la cession. Cette date on le sait est celle apposée sur le bordereau. Il n'y a donc à cet égard aucune spécificité de la cession Dailly par rapport à la cession de droit commun, si ce n'est la date à prendre en compte qui est celle du bordereau et non pas celle de la notification.

**En cas d'acceptation de la part du débiteur cédé**, ***l'article L.313-29 du CMF*** prévoit une acceptation de la cession par le débiteur cédé. Cette acceptation ne doit pas être comprise comme un consentement du débiteur à la cession ce consentement est de toute façon sans influence.

En réalité, l'acceptation désigne un engagement du débiteur envers le cessionnaire, sur sa demande, à le payer directement. Cet acte répond à un certain formalisme puisqu'il doit être constaté à peine de nullité dans un écrit intitulé « *Acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle* ».

Si le débiteur fournit un tel engagement, le régime des exceptions opposables se trouve modifié à ce moment et dans ce cas le principe est tout simplement celui de l'inopposabilité des exceptions.

## **Section 2: la cession de dette**

Nous avons vu que l'obligation pouvait être transmise activement, comme tout bien même, si les règles de transfert sont rendues plus complexes par le caractère triangulaire de l'opération.

**Mais jusqu'à récemment** le dogme voulait qu'**une obligation ne puisse pas être transmise passivement** autrement dit **la cession de dette était interdite en droit français** même si certains mécanismes, notamment la délégation, permettaient de parvenir à un résultat économiquement similaire.

Bien sûr ce dont on parle ici est la cession à titre particulier d'une dette en tant qu'élément isolé du patrimoine car une dette pouvait être transmise par voie universelle, par succession ou par fusion-absorption de sociétés. Mais classiquement, une dette isolée ne pouvait faire l'objet d'une telle cession particulière.

Les principaux arguments en ce sens étaient les suivants

d'abord un changement de créancier est en principe neutre pour le débiteur. Même si ce principe mérite d'être tempéré. Au contraire, un changement de débiteur risque fort d'être préjudiciable au créancier. Ce créancier compte le plus souvent sur les qualités personnelles et sur la solvabilité de son débiteur.

A la suite d'une cession de dette, il pourrait se trouver lié à un débiteur moins solvable ou plus généralement moins apte à accomplir la prestation promise.

Ensuite, un autre argument : s'il est assez facile de présenter une créance comme un bien cessible, il en va différemment d'une dette qui a une valeur négative. De fait, **le code civil était silencieux sur la possibilité d'une cession de dette**, pour autant **la jurisprudence avait pu sembler sensible à l'instauration d'une telle cession de dette**.

Si certaines décisions requalifiées de telles cessions de dette en délégations, **d'autres arrêts semblaient plus ambigus**. Il en était ainsi d'***un arrêt rendu le 30 avril 2009 par la 1ère chambre civile de la Cour de Cassation***. Selon cette décision, une cession de dette ne pouvait avoir effet à l'égard d'un créancier qui n'y avait pas consenti.

Certains auteurs, résonnant à contrario, en avaient déduit que la cession de dette était possible dès lors que le consentement du créancier était recueilli.

Mais pour d'autres l'arrêt se contentait de rappeler que la cession de dette devait passer par la forme d'une délégation ou d'une novation par changement de débiteur.

**Or dans un cas comme dans l'autre, il n'y a aucun effet translatif de la dette, c'est une nouvelle dette qui naît.**

***L'ordonnance du 10 février 2016 a clos le débat en introduisant en droit français la cession de dette à titre particulier.*** Aujourd'hui ce sont ***les articles 1327 à 1328-1 du Code civil*** qui en traitent.

D'un point de vue terminologique, on dira que celui qui cède la dette dont il était tenu, est nommé le cédant, le nouveau débiteur est le cessionnaire et le créancier qui aura affaire à un nouveau débiteur, est le créancier cédé. Une fois le principe admis d'une cession de dette, encore faut-il en étudier les fonctions (§1), les questions de formations (§2) ainsi que les effets (§3).

### **§1 Les fonctions de la cession de dette**

La cession de dette peut avoir différentes utilités :

Tout d'abord comme la cession de créance, **la créance de dette peut intervenir à des fins de paiement**. L'hypothèse est qu'un créancier va céder une dette dont il est par ailleurs tenu à son débiteur. Le cessionnaire va donc s'acquitter d'une dette qui au départ incombait au cédant. Se faisant, le cessionnaire va indirectement se libérer de sa propre dette envers le cédant. Finalement, l'hypothèse est donc inversée par rapport à la cession de créance aux fins de paiement. Ici le paiement ne procède pas du transfert de sa propre créance au créancier mais il procède du paiement d'une dette en lieu et place du créancier.

Deuxième application possible, **cette cession peut constituer une donation indirecte du cessionnaire de la dette au cédant**. Le cessionnaire va s'acquitter de la dette en lieu et place du cédant et il lui consent ainsi, indirectement, une donation.

Troisième application possible appelée **la défaillance**, le principe est qu'une société, pour des raisons comptables, va transférer une partie de son passif de société tout en lui transmettant par ailleurs certains éléments d'actif. La cession de dette pourrait servir de support à cette opération.

## §2 Les conditions de formation de la cession de dette

Il convient tout d'abord de souligner que *les articles 1327 et suivants du Code civil* ne soumettent la cession de dette à aucune forme particulière. A défaut, il faut donc en conclure que cette cession de dette est un contrat consensuel sur ce point elle se distingue de la cession de créance qui est à présent solennelle sans que rien ne justifie vraiment cette divergence.

Il convient tout de même de noter que *le projet de loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016* prévoit un **alignement des solutions entre ces deux opérations**.

S'agissant maintenant du fond et non plus de la forme, une condition fondamentale est requise : c'est l'accord du créancier cédé. Cet accord est nécessaire pour les raisons déjà évoquées. On doit partir du principe que ce créancier est soucieux des qualités de son débiteur, aussi ne peut-on pas lui imposer un nouveau débiteur qu'il n'aurait pas choisi en remplacement de l'ancien.

La première question concernant cet accord du créancier cédé est alors de savoir

**Quelle est sa valeur ?**

*L'arrêt précité du 30 avril 2009*, parfois analysé comme admettant a contrario la possibilité d'une cession de dette, énonçait « **une telle cession ne pouvait avoir effet à l'égard du créancier qui n'y avait consenti** ».

On pouvait en déduire que la cession n'était pas nulle à défaut d'accord du créancier mais simplement inopposable au créancier. Le visa de l'ancien article 1165 abondait dans ce sens.

Le problème n'était pas la validité de la cession mais de son opposabilité au créancier.

*En comparaison* le **nouvel article 1327 du Code civil** apparaît **plus restrictif** puisqu'il dispose « **qu'un débiteur peut avec l'accord du créancier céder sa dette** ».

Autrement dit, à suivre la lettre du texte, il ne saurait y avoir cession de dette en l'absence de cet accord. C'est donc la validité même de la cession qui serait remise en cause.

Certes a priori rien n'interdit le débiteur de passer une convention avec un tiers pour lui transférer la charge définitive de la dette. Il disposera alors d'un recours contractuel contre ce tiers, une fois qu'il aura payé le créancier.

**Mais si le créancier n'a pas donné son accord c'est bien le débiteur originaire qui reste tenu.**

Ce mécanisme est, ce qu'on appelle **une cession interne de dette**. « Interne » parce que le créancier n'est pas concerné et que la cession intervient uniquement au stade de la contribution à la dette.

Mais il ne s'agit pas là d'une véritable cession de dette *au sens de l'article 1327* parce que le créancier ne change pas de débiteur, faute d'accord de sa part.

Une fois posée l'exigence de l'accord du créancier cédé, encore faut-il savoir quelle forme doit revêtir cet accord ? **Le code civil n'en dit rien**, aussi doit-on considérer qu'aucune forme particulière n'est requise voir qu'un accord tacite suffit. *L'article 1327-1* précise par ailleurs que **l'accord peut être donné par le créancier cédé par anticipation**. Dans ce cas le contrat entre le cédant et le cessionnaire sera donc passé après l'accord du créancier.

## §3 Les effets de la cession de dette

La cession de la dette opère translation de la dette du cédant au cessionnaire.

Toutefois, cet effet translatif n'est pas symétrique à celui de la cession de créances puisque le cédant n'est pas nécessairement libéré du fait de la cession (A). Par ailleurs, il faudra s'interroger sur l'opposabilité de la cession au tiers (B), et sur les règles d'opposabilité des exceptions par le cédant et le cessionnaire (C).

## A. L'effet translatif de la cession de dette

Cet effet translatif se traduit par l'absence de modification de la dette du fait de la cession (1). Mais sa portée est variable selon que la cession est parfaite ou imparfaite (2).

### 1. L'absence de modification de la dette

En toute hypothèse, la dette dont est tenue le cessionnaire, à la suite de la cession, est la même que celle dont était tenue le cédant. Ainsi, l'effet translatif de la cession de dette est comparable à celui de la cession de créance : la dette circule en conservant les mêmes caractéristiques (son montant en capital et intérêts, la durée de la prescription, son caractère civil ou commercial de la dette ou l'existence d'un terme ou d'une condition etc). Seule certaines caractéristiques pourront être influencées par des qualités du cessionnaire. Ainsi, la compétence juridictionnelle en cas de litige peut être modifiée par la situation géographique différente du cédant et du cessionnaire, mais le principe reste celui de la neutralité de la cession vis-à-vis de la dette.

Tel est d'ailleurs **l'apport primordial de l'introduction de la cession de la dette dans le droit français. Avant 2016**, cette cession devait être réalisée indirectement via le mécanisme de la délégation ou de la novation par changement de débiteur.

Mais dans les deux cas, c'est une obligation nouvelle qui était créée : la cession de dette permet d'éviter cela et de conserver, pour l'essentiel, l'obligation telle qu'elle existait précédemment.

### 2. La distinction entre cession de dette parfaite et imparfaite

Si la cession de dette a un effet translatif comparable à celui de la cession de créance, les deux techniques ne sont pas symétriques.

Dans la cession de créance : le cédant perd la qualité de créancier (sous réserve des questions d'opposabilité aux tiers), tandis que le cessionnaire de la créance acquiert cette qualité.

Dans la cession de dette : tel n'est pas nécessairement le cas car il existe deux types de cessions :

La cession imparfaite ou cession cumulative et la cession parfaite ou cession libératoire.

La première ne libère pas le cédant contrairement à la deuxième.

#### a. La cession imparfaite (ou cumulative)

La cession imparfaite est une cession a minima. En effet, **l'art 1327-2 du Code Civil** dispose que « **sauf clause contraire, le débiteur originaire n'est pas libéré par la cession de dette, au contraire il demeure tenu solidairement de la dette avec le cessionnaire** ».

En principe la cession de dette est imparfaite. Elle ne va pas jusqu'au bout de l'effet translatif.

Un nouveau débiteur apparaît mais le cédant reste aussi tenu, le créancier est alors lié à deux débiteurs et peut s'adresser indifféremment à l'un ou à l'autre.

Cette solution est assez étonnante vis à vis du créancier, il n'y a pas de cession au sens propre du terme mais plutôt une adjonction d'un nouveau débiteur. La cession, dans ce cas, intervient plus exactement au stade de contribution de la dette. Il faut en effet considérer qu'en application de la convention de cession, la charge définitive de la dette repose sur le cessionnaire désormais et que le cédant, s'il devait payer le créancier, bénéficierait d'un recours contre le cessionnaire sur ce fondement.

Enfin, dans cette hypothèse de cession cumulative, quel est le sort des sûretés dont était assortie la dette ?

**Art 1328-1 du CC** indique **que ces sûretés subsistent**. Ce sera le cas des sûretés réelles : le créancier bénéficiera toujours des gages, hypothèques ou nantissement consentis par le cédant. De même, les sûretés personnelles subsistent si bien qu'une caution sera tenu de payer le créancier en cas de défaillance du cédant.

En pratique, on peut imaginer que le créancier, face à la défaillance du cédant, aura tendance à s'adresser au cessionnaire puisqu'il aura par définition donné son accord à la cession cumulative. Si le cédant et le cessionnaire sont dans l'impossibilité de le payer, le créancier se tournera alors vers la caution.

## **b. La cession parfaite (ou libératoire)**

La cession parfaite correspond davantage à l'idée que l'on se fait d'une cession puisque son effet est véritablement translatif au sens propre du terme.

Le cessionnaire est à présent tenu de la dette et le cédant en est déchargé.

Par conséquent, il s'agit non plus d'une adjonction d'un autre débiteur mais d'un changement de débiteur.

Cette situation est bien sûr moins favorable pour le créancier cédé car il ne gardera face à lui qu'un seul et unique débiteur au lieu de 2. C'est pourquoi, l'accord de ce créancier est requis pour que la cession soit parfaite, pour que le cédant se trouve libérer. Plus encore, le créancier doit y avoir consenti expressément d'après **l'art 1327-2 du CC**.

Il faut donc prendre soin de ne pas confondre les deux manifestations du créancier dans le cadre de la cession de dette :

En premier lieu : **l'accord du créancier cédé à la cession (art 1327)** : accord qui est une condition de la cession et a pour effet la création du lien avec le cessionnaire. Cet accord n'est soumis à aucune forme puisqu'il est dépourvu de risques pour le créancier.

En second lieu : **le consentement du créancier cédé à la libération du cédant**. Ce second consentement est nécessairement expresse car le créancier cédé, lorsqu'il l'exprime, perd un débiteur. Il risque même de perdre les sûretés qui garantissaient sa créance (comme on le verra). On doit donc être certain que sa volonté, en ce sens, ait été suffisamment exprimée.

Quelles sont les conséquences de cette libération ?

● **Art 1327-2** énonce qu'elle vaut pour l'avenir : à compter de ce moment, le créancier cédé ne peut plus obtenir le paiement de tout ou partie de la part du cédant.

● Le sort des sûretés est également différent par rapport à la cession imparfaite. **Art 1328-1** : **les sûretés consenties par le tiers ne subsistent qu'avec leur accord. A défaut d'un accord de la part du garant, la sûreté est donc éteinte**.

La raison d'être de cette règle est compréhensible : le tiers s'est vraisemblablement porté garant en considération de la personne du débiteur, c'est-à-dire du cédant, on ne saurait donc lui imposer un nouveau débiteur à garantir. Il est en effet possible que le cessionnaire soit moins solvable que le cédant, donc le garant fait face à un risque accru d'être appelé au paiement par le créancier cédé et de devoir exercer un recours assez aléatoire contre le cédant.

Son accord est donc nécessaire pour que la sûreté continue de couvrir la dette transférée au cessionnaire.

● Dernière conséquence de la libération du cédant par le créancier cédé : qu'advient-il des éventuels codébiteurs solidaires si la dette cédée était solidaire ? **Art 1328-1 du CC** prévoit que, dans cette situation, **les codébiteurs solidaires restent tenus, déduction faite cependant de la part du cédant dans la dette**. Ex : 3 débiteurs solidaires ABC d'une dette de 100 dont la part respective dans la dette est de 50 30 20. Avant la cession, le créancier pouvait réclamer 100 à chacun en raison de la solidarité entre eux. Si A cède sa part au cessionnaire D par cession parfaite, alors B et C restent tenus à hauteur de 50 chacun puisque l'on déduit la part de A dans la dette.

## **B. L'opposabilité de la cession au tiers**

La question de l'opposabilité se dédouble. Elle se pose à l'égard du créancier cédé et des autres tiers.

Le sort du créancier cédé est réglé par **l'article 1327-1 du CC** dans des termes d'une clarté relative : le texte évoque uniquement **les cas où le créancier aura donné son accord à la cession par anticipation et n'y est pas intervenu**. En somme, ces cas sont ceux où le créancier n'aura pas eu connaissance de la cession au moment même où elle se produit. L'opposabilité de la cession à son égard n'est pas immédiate, elle a lieu uniquement, selon **l'article 1327-1**, à la date où la cession est notifiée au créancier ou à la date où il en prend acte. Avant cette date, le créancier comme les parties ne pourront se prévaloir de la cession.



Ainsi, il pourra demander le paiement au cédant sans que celui-ci puisse s'y opposer quand bien même la cession serait parfaite, et symétriquement le créancier cédé ne pourra pas demander le paiement au cessionnaire avant que la cession ne lui soit opposable.

Quant aux formalités de d'opposabilité (notification et prise d'acte), elle sont les mêmes pour la cession de créances (voir cours précédent).

**L'art 1327-1** cependant ne dit rien de la situation opposée, celle où le créancier est intervenu à l'acte de cession. Par hypothèse, le créancier est déjà au fait de cette cession à laquelle il est intervenu et à laquelle il a consenti à la date même où elle est intervenu.

Il est donc possible de considérer, même si le texte ne l'énonce pas clairement, que c'est à la date même de la cession que celle-ci devient immédiatement opposable au et par le créancier cédé.

***Il reviendra à la jurisprudence de confirmer ou infirmer cette interprétation.***

Enfin les textes gouvernant la cession de dette comportent une dernière curiosité : **rien n'est prévu** s'agissant de **l'opposabilité de la cession au tiers autre que le créancier cédé**.

Pourtant certains tiers peuvent voir leurs intérêts altérés par la cession, notamment les autres créanciers du cessionnaire qui entrent en concours avec le créancier cédé du fait de la cession.

Là encore, ***en l'absence de précision dans l'ordonnance du 6 février 2016***, on peut penser que la cession est immédiatement opposable au tiers absolu, sans qu'aucune formalité ne soit requise.

C'est la solution retenue en matière de cession de créance.

### **C. L'opposabilité des exceptions dans la cession de dette**

La cession de dette est dotée d'un effet translatif : l'obligation est transférée passivement, avec ses qualités et ses vices.

En conséquence, les exceptions sont transmises avec elle. **L'art 1328 du CC** prévoit **une large opposabilité des exceptions en posant la même distinction que la cession de créances ou de subrogation : distinction entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles**.

**L'art 1328** fournit les mêmes exemples d'exception inhérentes à la dette déjà cité par les textes relatifs à la subrogation et cession de créance : nullité, résolution, exception d'inexécution et compensation des dettes connexes.

- S'agissant des **exceptions inhérentes à la dette** : elles ne sont pas affectées par la cession de dette. Le cessionnaire pourra donc les opposer au créancier cédé lorsque celui-ci lui réclamera le paiement, que la cession soit parfaite ou imparfaite. Plus encore, en cas de cession imparfaite, le cédant pourra toujours lui aussi se prévaloir de ces moyens de défense de ces exceptions.
- S'agissant des **exceptions personnelles** : **l'art 1328** dispose simplement qu'elles peuvent être opposées par chacun. Le cédant peut opposer au créancier ses exceptions personnelles uniquement et le cessionnaire peut en faire de même pour ses seules exceptions personnelles.

La règle apparaît inspirer de l'opposabilité des exceptions dans la solidarité mais elle apparaît assez étrange en matière de cession de dette en raison de l'effet translatif de la cession, effet qu'on ne retrouve pas en matière de solidarité.

En effet, ce transfert implique que le cessionnaire puisse opposer au créancier toutes les exceptions nées avant la cession de la dette, que ces exceptions soient inhérentes à la dette ou personnelles. C'est ce qui se produit pour la cession de créance ou la subrogation, à tel point que les auteurs sont divisés :

- Selon certains d'entre eux, le cessionnaire pourra opposer au créancier les exceptions personnelles du cédant né avant la cession car l'effet translatif de la cession l'exige.
- Pour d'autres, au contraire, ces exceptions ne seront pas opposables car le texte dit le contraire.

***La jurisprudence doit trancher entre les deux conceptions.***

## **Section 3 : la cession de contrat**

### ***Notions et conditions***

La cession de contrat est avec la cession de dette l'autre nouvelle venue dans les opérations translatives d'obligation.

Elle a été **intégrée dans le Code Civil par l'ordonnance de 2016 par les articles 1216 à 1216-3**. Sa place se trouve au sein des dispositions relatives au contrat et non pas au régime général de l'obligation.

Comme son nom l'indique, **elle ne concerne que les obligations contractuelles**.

Cela ne signifie pas que la cession de contrat était inconnue du ***droit français avant 2016***.

Certaines dispositions spéciales en détaillaient déjà le régime pour certains contrats, par exemple certains contrats d'assurance, bail, travail.

***La jurisprudence avait aussi fait consacré cette figure de la cession de contrat*** en dehors même des hypothèses prévues par le législateur.

Mais l'autonomie de ce cette cession de contrat était parfois douteuse : parfois les juges lui appliquaient simplement les règles de la délégation, par ex : ***arrêt de la 3e chambre civile de la cour de cassation du 12 décembre 2001***.

**A présent**, les **articles 1216 et suivants** innoveront en posant des règles applicables de façon générale.

Bien évidemment, la cession de contrat implique une transmission active des obligations (transmission de créances donc), ainsi qu'une transmission passive à travers une cession de dette.

Aucun obstacle ne s'y oppose à présent que la cession de dette a été consacrée en droit français.

Mais la cession de contrat ne se limite pas à cela puisque ***l'article 1216 du CC*** la définit comme **la cession de la qualité de partie à un contrat**. Elle consiste donc en une substitution de contractant, en un transfert de la qualité de contractant.

D'un point de vue terminologique, celui qui cède sa position contractuelle est le cédant. Celui qui devient partie au contrat est le cessionnaire et le cocontractant est le cédé.

Le champ d'application privilégié de cette cession de contrat sera nécessairement des contrats à exécution successives car ces contrats s'inscrivent davantage dans le temps et laissent donc plus de place à la possibilité d'un transfert.

Par opposition, une vente de meuble, qui opère un transfert de propriété, dès l'accord des volontés, a un caractère instantané de sorte qu'il n'existe aucune fenêtre de tir pour une cession de contrat.

Mais la cession pourra tout de même être utilisée à l'occasion de promesses synallagmatiques de ventes d'immeubles par exemple dans lesquelles il est prévu pour l'acquéreur la faculté de se substituer un tiers.

Une fois posées ces bases, on reviendra sur les conditions de formations de la cession de contrat (1), puis sur ses effets (2).

### **§1 Conditions de formation de la cession de contrat**

Ces conditions de formation attirent à la fois à la forme et au fond.

- **Sur la forme** : ***l'art 1216*** prescrit **un écrit à peine de nullité**. La cession tacite de contrat est donc impossible : la règle est donc la même que pour la cession de créance, alors que la cession de dette ne requiert aucun écrit. Cette discordance de solution apparaît difficile à expliquer et justifier.

- **Sur le fond** (surtout) : la cession de contrat requiert l'accord du cédé. Le législateur a ainsi entériné la ***jurisprudence antérieure*** : en effet ***un arrêt rendu le 6 mai 1997 de la chambre commerciale de la Cour de cassation*** avait déjà posé cette exigence. Cela apparaît compréhensible comme pour la cession de dette. En effet, la cession de contrat, dans un grand nombre de cas, emportera cession des dettes et donc changement de débiteur pour le cocontractant cédé.

Or un tel changement de débiteur n'est pas neutre pour le cédé, sans même parler des cas dans lequel le contrat a été conclu intuitu personæ, il est possible que le nouveau débiteur soit moins solvable ou moins coopératif que l'ancien. Le cédé n'a pas à nuire de la cession de contrat, aussi son accord est-il nécessaire à la cession.

Pourtant, cette question avait été très débattue par **la doctrine** : certains auteurs s'étant montrés critiques envers **la solution de la décision de l'arrêt du 6 mai 1997**. Selon eux, l'exigence d'un consentement du cédé alourdissait considérablement la cession du contrat et ce de façon parfois inutile.

Ce consentement n'a lieu d'être, en effet, que lorsque le cédant, c'est-à-dire le cocontractant initial est déchargé de ses obligations.

Dans le cas inverse, si le cédant n'est pas libéré, le cédé se trouve face à un nouveau débiteur : le cessionnaire, qui vient s'ajouter, et non se substituer, au précédent c'est-à-dire le cédant.

La protection du cédé par le recueil de son consentement est alors superflus. En dehors des contrats conclus intuitu personæ, le consentement ne devrait donc être requis que pour la cession de contrat parfaite, c'est-à-dire celle qui libère le cédant.

En dépit de ces arguments, le choix du législateur s'est porté sur **le recueil de l'accord du cédé**, et ce que la cession soit imparfaite ou parfaite.

**L'article 1216 du CC** ajoute que **ce consentement peut être donné par anticipation**, notamment au moment de la formation du contrat, dont il est déjà prévu la cession.

Dans ce cas de l'accord donné par anticipation, tout le problème est que le cédé n'aura, en principe, pas connaissance de la substitution au moment où elle a lieu.

## §2 Effets de la cession de contrat

La cession de contrat a pour effet principal de transférer la qualité de contractant (A) outre cet effet translatif, il conviendra d'examiner les règles d'opposabilités de la cession (B) ainsi que le régime d'opposabilité des exceptions (C).

### A. Effet translatif de la cession de contrat

La cession de contrat, transfère la qualité de partie au contrat, c'est ce que nous dit **l'art 1216 du CC**. Du coup, c'est une **conception unitaire de la cession qui a été consacrée par le législateur**.

La cession de contrat n'est pas la simple addition d'une cession de créance et d'une cession de dette mais elle opère substitution de position contractuelle.

Bien évidemment, les créances résultant du contrat sont transférées. Le cessionnaire devient créancier du cédé, de la même façon, les dettes résultant du contrat sont aussi transférées. Le cédé devient créancier du cessionnaire.

Mais au delà, le cessionnaire devient aussi titulaire de toutes les prérogatives associées à la qualité de contractant, à savoir l'action résolutoire, la confirmation, la renégociation en cas de changement de circonstances...etc, il s'agit là, d'autant d'acte que peut accomplir une partie au contrat qui résulte de la qualité de contractant sans pour autant être l'exercice du droit de créance.

Le cessionnaire, lorsqu'il exerce ces prérogatives, ne réclame pas à proprement parlé l'exécution de sa créance. Pourtant, il a la possibilité de le faire parce que la position contractuelle, la qualité de partie, est transférée et non pas uniquement les créances et les dettes.

Comme en matière de cession de dettes, la portée de cet effet translatif est cependant variable selon que le cédant est libéré ou pas.

Il convient donc de différencier entre la cession imparfaite (1) et la cession parfaite (2) mais aussi d'analyser l'articulation entre elle (3).

## 1. La cession imparfaite

La cession imparfaite est aussi ce que l'on appelle la cession cumulative.

⇒ Le principe est le même que dans la cession de dette, par l'effet de la cession de contrat, le cessionnaire devient, comme nous l'avons vu, partie au contrat.

Mais le cédant n'est pas pour autant libéré. Le cédant reste donc lui aussi partie au contrat cédé.

La cession ne consiste alors pas vraiment en un remplacement (une substitution de contractants) mais plutôt en l'adjonction d'un autre contractant en plus du cédant.

**Les textes du CC** en tirent plusieurs conséquences. Tout d'abord *l'art. 1216-1* énonce que **le cédant et le cessionnaire sont en principe tenus solidairement de l'exécution du contrat**. Autrement dit, le cédé pourra demander le paiement des créances nées du contrat :

- soit pour le tout au cédant,
- soit pour le tout au cessionnaire.

Entre ces deux débiteurs, le cédant et le cessionnaire, c'est donc au stade de la contribution à la dette que va se manifester la cession. Le cédant, s'il est amené à payer le cédé disposera d'un recours en contribution contre le cessionnaire qui se trouve être le nouveau débiteur définitif en application de la cession de contrat.

⇒ L'autre effet de cette cession imparfaite concerne les sûretés garantissant la dette du cédant. Fort logiquement, ces sûretés ne sont pas éteintes.

## 2. La cession parfaite

La cession de contrat parfaite est la cession libératoire (celle qui libère le cédant).

⇒ Dans cette hypothèse, le cessionnaire devient partie au contrat tandis que le cédant perd cette qualité de partie. C'est donc un véritable transfert qui a lieu.

De quelle façon se transfère-t-il dans le temps ? *L'art. 1216-1 du CC* indique que **le cédant se trouve libéré pour l'avenir**. La date de la cession joue donc un rôle de pivot entre les obligations antérieures à la cession et celles postérieures à elle.

Le cessionnaire devra toujours s'acquitter des dettes antérieures à la cession et le cédant devra quant à lui payer les dettes postérieures.

Mais la question est plus difficile qu'il n'y paraît, car l'expression : « Libère le cédant pour l'avenir » manque de précision.

Devons-nous comprendre que le cessionnaire ne doit s'acquitter que des dettes nées après la cession ou qu'il doit aussi prendre en charges les dettes nées avant la cession mais exigible après elle ? Par exemple, en présence de dettes de loyer, faut-il considérer que le cédant reste tenu des échéances postérieures à la date de cession car ces dettes seraient nées auparavant quel que soit leurs dates d'exigibilité.

⇒ Lorsque la cession est libératoire, le sort des sûretés est logiquement différent. En réalité, le régime applicable est similaire à celui des sûretés dans la cession de dette.

Les sûretés, données par les tiers, subsistent uniquement s'ils donnent leur accord en ce sens.

Les sûretés, données par le cédant lui-même, elles ne garantiront que les dettes restant à sa charge donc antérieures à la cession mais pas celles qui sont à la charge du cessionnaire.

⇒ Enfin, *l'art. 1216-3* énonce que dans cette cession parfaite de contrat, les codébiteurs solidaires du cédant restent tenus mais uniquement déduction faite de la part du cédant dans la dette.

La solution est donc identique par rapport à la cession de dette.

## 3. L'articulation entre cession parfaite et imparfaite

Deux possibilités étaient envisageables pour le législateur et avant lui, la JP,. Le principe pouvait être soit la libération du cédant (cession parfaite) soit au contraire l'absence de libération (cession imparfaite).

**La position de la JP avant la réforme de 2016 n'était pas de la plus grande clarté.**

Certains arrêts avaient énoncé que le cédant ne restait tenu que si avait été stipulé au contrat une clause de solidarité entre cédant et cessionnaire.

En conséquence **le principe était celui de la libération du cédant**. Une telle solution apparaissait par exemple dans ***un arrêt de la 3ème ch. Civ de la Cour de Cassation en date du 15 janvier 1992***.

D'autres arrêts au contraire **avait refusé de libérer le cédant du seul fait de la cession**. Tel était le cas d'un arrêt de ***la même 3ème ch. Civ en date du 12 déc. 2001***. Mais cette décision pouvait donner lieu à certains doutes. La Cour de Cassation avait **statué sur une substitution de contractant** dans une convention d'intervention d'architecte en appliquant le régime de la délégation. Cette requalification en délégation posait donc la question de l'autonomie de la cession de contrat.

**Question résolue par l'ordonnance de 2016** qui consacre la cession de contrat séparément de la délégation. Mais du coup, il était difficile de tirer de cet arrêt de véritable conclusion sur les règles de libération du cédant.

En réalité, la cour de cassation s'était contentée de rappeler une solution classique en matière de délégation.

Quelle solution a été retenue par ***l'ordonnance du 10 février 2016*** ?

***L'art. 1216-1 du CC*** dispose que « **si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir** ». Par conséquent, le cédant n'est pas libéré du seul fait de la cession.

A défaut de consentement du cédé, la cession reste imparfaite et le cédant reste tenu solidairement avec le cessionnaire.

Cette règle doit être approuvée. Comme nous l'avons déjà dit la cession de contrat n'est pas neutre pour le cédé, qui change de débiteur et risque de ce trouver lié à un cocontractant moins solvable ou moins coopératif. On ne saurait donc lui imposer un nouveau contractant.

En définitive, comme pour la cession de dette, il est donc nécessaire de recueillir une double manifestation de volonté du cédé, pour libérer le cédant. Un accord du cédé est requis pour la cession elle-même et son consentement est indispensable à la libération du cédant.

## **B. L'opposabilité de la cession de contrat**

Même si la cession de contrat nécessite l'accord du cédé, cela ne signifie pas que ce cédé soit parti au contrat de cession. Il reste un tiers à cette cession, même si sa situation n'est évidemment pas semblable à celle des tiers absolus. Donc se pose à son égard une question d'opposabilité de la cession

**Auparavant**, la JP soumettait parfois cette opposabilité à l'observation des formalités de ***l'art. 1690 concernant la cession de créance***. Car la cession de contrat emportait selon elle, cession de créance.

**Mais aujourd'hui**, les règles d'opposabilités font l'objet de disposition spécifiques à la cession de contrat.

***L'art 1216*** tranche le problème par une voie détournée en évoquant l'accord du cédé donné par anticipation. Dans ce cas, on s'en souvient, le cédé va donner son accord à une éventuelle cession future, à l'occasion de la conclusion du contrat avec le cédant. Mais, dans ce cas, la difficulté est que le cédé, qui a déjà fourni son accord en amont, ne sera pas nécessairement au fait de la cession au moment où elle se produit.

C'est pourquoi ***l'art. 1216*** énonce que « **la cession produit alors effet à l'égard du cédé lorsque le contrat de cession lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte** ».

On ne reviendra pas sur cette solution qui est semblable à ce que l'on a pu voir en matière de cession de dette.

Les notions de notifications et de prise d'acte doivent être envisagée de la même manière.

***Ce texte issue de la réforme de 2016*** vient **mettre fin à une solution contestable** posée auparavant par la Cour de cassation.

Comme on l'a vu, ***la Ch. Comm*** avait estimée dans ***un arrêt du 6 mai 1997***, que le cédé devait donner son consentement à la cession de contrat.

Or dans ***un autre arrêt rendu le même jour***, elle s'était aussi prononcée sur les formalités d'opposabilité de la cession au cédé, dans une espèce où il avait donné son accord par anticipation.

**La Cour de Cassation avait considéré que l'opposabilité n'était soumise ni à information donnée au cédant, ni à agrément délivré par lui.** L'opposabilité était donc immédiate à compter de la conclusion du contrat de cession. Une telle solution pouvait étonner =

Un changement de débiteur, crucial pour lui, pouvait être opposable au cédé sans même qu'il en ait connaissance.

Par comparaison, le principe posé par *l'art. 1216 du CC* c.a.d la nécessité d'une notification ou d'une prise d'acte, et bien ce **principe apparaît comme beaucoup plus sage.**

En revanche, **le texte ne dit mot sur la date d'opposabilité lorsque l'accord du cédé à la cession n'a pas été donné par anticipation.**

Mais à contrario, **on peut déduire de l'art 1216 que l'opposabilité ne donne lieu à aucune formalité.**

La logique va également dans ce sens. Comme le cédé est intervenu à l'acte pour donner son accord, il est nécessairement au fait de la cession, et rien ne fait donc obstacle à ce que cette cession lui soit d'ores et déjà opposable.

### **C. L'opposabilité des exceptions dans la cession de contrat**

C'est *l'art. 1216-2 du CC* qui traite de **l'opposabilité des exceptions dans la cession de contrat** en distinguant bien deux situations.

Dans les opérations triangulaires que nous avons étudié jusqu'à présent, l'opposabilité des exceptions ne jouait que dans un seul sens. Par le débiteur cédé dans la cession de créance et par les parties à la cession dans la cession de dette.

**Mais dans la cession de contrat des exceptions peuvent être opposées dans les deux sens.** En effet, le contrat faisant l'objet de la cession peut faire naître des créances, comme des dettes à l'égard de chacun des intervenants.

Quelles sont donc les règles applicables lorsque ces créances et ces dettes sont transférées ?

Il faut distinguer les exceptions dont dispose le cédé, et celle que le cédant ou le cessionnaire peuvent lui opposer.

#### **Les exceptions que peut soulever le cédé.**

L'hypothèse ici est que des moyens de défense sont nés au profit du cédé contre le cédant.

Peut-il les opposer au cessionnaire ? La réponse à cette question est positive.

***L'art. 1216-2 dernier alinéa*** en dispose ainsi. La raison en est que la cession de contrat est dotée d'un effet translatif de sorte que les exceptions opposables affectent le changement de créancier.

#### **Les exceptions pouvant être opposées au cédé par le cédant ou le cessionnaire.**

***L'art. 1216-2*** établit une distinction désormais classique entre les exceptions inhérentes à la dette et celle plus personnelle au cédant. Nous ne reviendrons pas sur le sens de ces expressions que nous avons déjà analysé.

Du reste, la liste des exceptions inhérente à la dette est identique par rapport aux autres opérations triangulaires, à savoir la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution et la compensation des dettes connexes. La liste encore une fois est limitative et comme pour la cession de dette elle apparaît discutable à certains égards.

Une nullité du contrat pour incapacité ou pour vice du consentement touche peut-être d'avantage le lien obligatoire que la dette en elle-même, si bien qu'elle pourrait fort bien appartenir à la catégorie des exceptions personnelles.

Mais le texte les qualifie explicitement d'exception inhérente à la dette.

Ces exceptions inhérentes à la dette sont opposables par le cessionnaire au cédé selon ***l'art. 1216-2***, tandis que les exceptions personnelles au cédant sont quant à elles inopposables.

## **Section 4: La délégation**

La délégation est le dernier mode de circulation des obligations et cette technique est ancienne. Elle présente une véritable spécificité par rapport à la cession de créance, la cession de dette et la cession de contrat, en ce qu'elle ne transfère pas directement l'obligation.

**Cet effet translatif est uniquement indirect par création d'une nouvelle obligation à la charge d'un nouveau débiteur.** Il n'est donc pas de l'essence juridiquement pour la délégation d'opérer un transfert d'une créance ou d'une dette.

Mais économiquement la délégation parvient à ce même résultat, en éteignant des obligations préexistantes. Elle peut donc par voie détournée, servir à la transmission d'une créance et/ou d'une dette.

Par conséquent, la pratique s'est emparée de cette technique. Elle l'a fait essentiellement à l'époque où la cession de dette était prohibée en droit français, car la délégation permettait d'atteindre le même résultat qu'une cession de dette et cela de façon licite.

Par ailleurs, comme nous l'avons vu, il est arrivé que la JP requalifie, en délégation, des clauses de substitution qui aujourd'hui relèverait du régime de la cession de contrat.

Il reste à savoir si la délégation perdra de son intérêt à présent que la cession de dette et la cession de contrat de droit commun ont été introduites dans le droit positif.

Quoi qu'il en soit, *l'ordonnance du 10 février 2016* a conservé une place pour la délégation **aux articles 1336 à 1340 du CC**. Les nouveaux textes consacrent pour l'essentiel des solutions déjà connues auparavant, qui émanaient soit des textes antérieurs soit de la JP antérieure.

Quel est le mécanisme ? **La délégation est définie par l'article 1336 du CC comme l'opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'engage envers une troisième, le délégataire.**

Il s'agit d'une opération triangulaire entre le délégué qui est un nouveau débiteur, le délégant qui lui demande de s'engager et le délégataire qui est le créancier final.

Nous étudierons successivement la formation de la délégation (§1) puis ses effets (§2).

### **§1 La formation de la délégation**

**Les arts. 1336 et s. du CC n'imposent aucuns formalisme particuliers.**

En revanche, ils font allusions à trois règles de fond relatives à la formation de la délégation.

D'abord, une simple indication de paiement de suffit pas à caractériser la délégation (A), une délégation peut être caractérisée en l'absence d'obligation préexistante entre les parties à l'opération (B) et enfin un accord de volonté est évidemment nécessaire entre les parties (C).

#### **A. La distinction entre délégation et indication de paiement**

La définition de la délégation donnée par *l'art. 1336 du CC* montre que le délégué (nouveau débiteur) va s'obliger envers le délégataire sur les instructions du délégant.

Or, *l'art. 1340* fait référence à un autre mécanisme nommé, **indication de paiement**.

Le texte énonce précisément que « **la simple indication par le débiteur d'une personne désignée pour payer à sa place n'emporte ni novation, ni délégation** ».

Plusieurs questions se posent dès lors.

D'abord en quoi consiste cette indication de paiement, puisque le texte ne la définit pas précisément ?

Et ensuite quel est le critère de distinction de la délégation ?

L'indication de paiement ressemble à la délégation en ce qu'un débiteur va charger un tiers de payer le créancier. Le débiteur va s'accorder avec le tiers pour que ce tiers paie le créancier. Cet accord est ensuite porté à la connaissance du créancier.

Dans ce schéma, le débiteur joue le même rôle qu'un délégant, le tiers joue le même rôle que celui du délégué et le créancier joue celui du délégataire.

Même si le schéma d'ensemble de l'indication de paiement se rapproche de la délégation, une différence fondamentale les oppose.

L'indication de paiement, juridiquement, s'analyse que comme un mandat de paiement donné par le débiteur. Un débiteur, charge un tiers de payer pour son compte. Par conséquent, le tiers chargé de payer le créancier, va payer la dette même du débiteur en le représentant suivant les règles du contrat de mandat. Par la suite, ce tiers solvens pourrait théoriquement disposer d'un recours contre le débiteur mais en pratique, ce ne sera pas le cas.

En général, il a renoncé à son recours pour diverses raisons =

soit parce que l'indication de paiement est destinée à opérer une donation indirecte du tiers au débiteur,

soit encore parce qu'il existait précédemment une dette du tiers envers le débiteur et l'indication de paiement lui permettait alors de s'acquitter de cette dette.

Quant est il de **la délégation** ? On l'a vu le schéma d'ensemble est comparable, le délégant va demander au délégué de payer le délégataire.

Mais la technique utilisée est tout à fait différente, en effet le délégué souscrit un véritable engagement vis à vis du délégataire. Il ne va pas payer la dette du délégant en représentation de celui-ci, mais il va souscrire une dette nouvelle qui lui est propre envers le délégataire.

Les règles du mandat et de la représentation sont donc exclues dans le cadre de la délégation.

Le délégué s'engage à sa propre dette, indépendante de celle éventuelle du délégant.

C'est un rapport nouveau créé directement entre le délégué et le délégataire.

Ce critère de distinction n'est pas explicité par l'art. 1340 du CC.

**Ce texte se contente d'opposer délégation et indication de paiement sans autre précision.**

Mais le critère de distinction tiré du caractère nouveau et propre de l'obligation du délégué, ce critère ne fait aucun doute.

**La JP l'avait déjà affirmé dans un arrêt 1ère cb civ de la Cour de cass. en date du 7 avril 1998.**

**La réforme de 2016 ne remet nullement en cause ce critère de distinction bien au contraire.**

## **B. Les obligations préexistantes à la délégation**

La question est ici de savoir si l'existence d'une délégation est possible lorsque les intervenants ne sont pas liés par des obligations préexistantes. Économiquement, la présence de ces obligations préexistantes est quasiment la règle (1) mais juridiquement elle n'est pas une condition de la délégation (2).

### **1. L'utilité économique d'obligations préexistantes**

On l'a vu au moment de distinguer la délégation de l'indication de paiement, la délégation vient souvent se superposer à des obligations préexistantes entre les différents intervenants. Une créance du délégant sur le délégué et une créance du délégataire sur le délégant.

La présence de tel rapport préexistant se justifie par les fonctions de la délégation. Cette technique assez souple peut en effet servir de support juridique à plusieurs types d'opération économique (transfert de dette, transfert de créances ou encore double paiement simplifiés et garantie).

En 1er lieu, **la délégation était le support technique privilégié avant 2016 pour procéder à des cession de dettes.** La dette transférée était celle du délégant envers le délégataire. En demandant au délégué de s'engager envers le délégataire, le délégant transférait en quelque sorte sa dette au délégué. Tel était le résultat économique atteint.

Le paiement par le délégué au délégataire éteignait la dette préexistante du délégant envers le délégataire. Mais la différence fondamentale de **la délégation** par rapport à la cession de dette comme on l'a connaît aujourd'hui c'est **l'absence d'effet translatif** en tant que tel. Parce que c'est une obligation nouvelle et propre que souscrit le délégué. Mais économiquement le résultat est le même que dans une cession de dette.



En 2ème lieu, **la délégation peut faire office de substitue à une cession de créance**. L'idée est que le délégant est créancier du délégué et il souhaite transférer sa créance au délégataire. Il va donc demander au délégué de s'engager envers le délégataire à cette fin.

Cela pouvait permettre aux parties de faire circuler une créance sans pour autant devoir procéder aux lourdes formalités d'opposabilité de *l'art. 1690 du CC*.

En 3ème lieu, **la délégation peut avoir une fonction de double paiement simplifié**. L'hypothèse est la suivante, le délégant est débiteur du délégataire et le délégué est débiteur du délégant.

Dans ce cas, lorsque le délégué souscrit et exécute son obligation nouvelle envers le délégataire, il éteint simultanément les deux dettes. Il se libère envers le délégant et le délégant se libère envers le délégataire. Cette libération peut être totale ou partielle si l'obligation nouvelle est d'un montant moindre par rapport aux obligations préexistantes.

En dernier lieu, **la délégation peut occuper une fonction de garantie de paiement pour le délégataire**. L'hypothèse de départ est ici que le délégataire est créancier du délégant. Le délégant va alors demandée au délégué de s'engager envers le délégataire mais sans pour autant être lui-même libéré. = c'est ce qu'on appelle une délégation imparfaite, nous le verrons.

Par conséquent, une fois que le délégué s'est engagé lui, le délégataire dispose non plus d'un seul mais de deux débiteurs : le délégant au titre de la créance préexistante et le délégué au titre de l'engagement nouveau souscrit dans le cadre de la délégation.

Il s'agit donc bien **d'une garantie pour le délégataire** puisque la délégation imparfaite augmente ces chances de paiement. Il dispose à présent de deux patrimoines différents pour obtenir le paiement au lieu d'un seul précédemment.

On le voit, le point commun entre ces fonctions de la délégation, à savoir transfert de dette, transfert de créance, double paiement simplifié et garantie. Le point commun est donc la présence d'obligations préexistantes entre les parties. Souvent cette obligation sera une créance du délégataire sur le délégant. Mais il peut également s'agir d'une créance du délégant contre le délégué. Et parfois les deux peuvent même coexister. *Pourtant le droit positif ne tient pas véritablement compte de ce constat tiré de la pratique.*

## **2. L'utilité juridique d'obligations préexistantes**

On imagine mal, en pratique, une délégation complètement abstraite, c.a.d indépendante de toute obligation préalable entre les différents intervenants. Une telle opération n'aurait aucune raison d'être en pratique. Cependant ces obligations préexistantes ne constituent pas juridiquement une condition de la délégation. ***La Cour de Cassation s'était déjà prononcé sur le sujet dans un arrêt du 21 juin 1994 par la ch. Comm.*** Dans cette affaire le délégué, après avoir payé le délégataire, l'avait assigné en répétition de l'indu.

Selon lui, ce paiement était intervenu en l'absence de toute créance préalable du délégant sur le délégué. Or la délégation supposée, toujours selon l'argumentation du délégué supposait non seulement une créance du délégataire sur le délégant mais aussi une créance du délégant sur le délégué.

Mais **la Cour de Cassation a rejeté sur le pourvoi du délégué fondé sur ce raisonnement** et énonçait qu'il importait peu que le délégué ait été débiteur du délégant.

Cette indifférence d'une obligation préexistante entre délégant et délégué a été confirmée par le législateur à l'occasion de la réforme de 2016. *Le nouvel art. 1339 du CC* qui envisage l'extinction de la créance du délégant sur le délégué commence en effet ainsi « **Lorsque le délégant est créancier du délégué, à contrario, il est donc possible que le délégant ne soit pas créancier du délégué** ». Et de même et *les arts. 1337 et 1338 du CC* utilisent la formule « **Lorsque le délégant est débiteur du délégataire** ». Même si, l'interprétation est moins claire dans ce cas, il semble aussi que la délégation puisse exister en l'absence de créance préexistante du délégataire sur le délégant.

Qu'est-ce qui pourrait alors pousser les intervenants à mener une telle opération en l'absence d'obligations préexistantes ? Ce serait une intention libérale, c.a.d une intention d'octroyer un avantage sans contrepartie.

Ainsi, si le délégué accepte de s'engager en l'absence de dette préexistante envers le délégant, c'est pour consentir une donation indirecte à ce délégant. Et de même, si le délégant demande au délégué de s'engager envers le délégataire, sans être tenu lui-même, c'est pour consentir une donation indirecte à ce délégataire. Mais dans la grande majorité des cas, c'est évidemment à des fins de transmission de créance, de transmission de dette ou de garanties que sera consenti la délégation.

### **C. Le consentement à la délégation**

#### **De quel intervenant la délégation requiert t'elle le consentement ?**

Le préalable est un accord entre le délégant et le délégué, par lequel le délégant obtient du délégué qu'il s'engage envers le délégataire.

**L'initiative de la délégation proviendra donc du délégant et le délégué doit bien sur donner son consentement**, puisqu'il accepte de souscrire un nouvel engagement.

#### **Au delà du consentement du délégant et du délégué, est-il également nécessaire de recueillir celui du délégataire ?**

Une réponse négative aurait été envisageable par la simple conclusion de la délégation. En effet, il obtient un débiteur supplémentaire, si bien que la délégation en tant que tel, apparaît comme un avantage supplémentaire qui lui est conféré. Par conséquent, on pouvait tout à fait concevoir que son consentement ne soit pas nécessaire à la formation de l'opération.

Pourtant c'est **le parti inverse qui a été retenu par le législateur**. *L'art. 1336 du CC* indique en effet que **« le délégataire doit accepter le délégataire comme débiteur »**.

Ainsi, on voit que la formation de la délégation implique un accord des trois intervenants.

Mais cet accord n'a pas à être concomitant. L'accord du délégant et du délégué peut tout à fait intervenir dans un premier temps puis le consentement du délégataire dans un second temps. La délégation n'apparaît pas comme un contrat tripartite mais plus exactement comme une opération donnant lieu à deux accords successifs.

#### **Il reste à déterminer quelle forme doit revêtir ce consentement ?**

*Les textes ne précisent rien à cet égard*, aussi doit on en conclure qu'aucune forme particulière n'est requise.

Du reste **c'est aussi ce que décidait la JP avant** l'ordonnance du 10 février 2016. **La Cour de Cass. avait par exemple décidé que le consentement du délégataire pouvait être simplement tacite**, ce qui apparaît fort compréhensible pour les raisons précédemment mentionnées. Cela résultait *d'un arrêt de la Ch. Comm du 7 déc. 2004* et la même solution avait également été consacrée pour le consentement du délégué dans *un arrêt de la 3ème ch civile en date du 5 mars 2008*. **Ce consentement peut être tacite et non pas expresse**. On voit ainsi que la délégation est une opération assez simple de constitution, dès lors que le consentement des trois intervenants est recueilli.

Cela contribue à expliquer qu'elle soit utilisée assez largement et à différentes fins.

## **§2 Effets de la délégation**

La délégation constitue une opération triangulaire entre délégué, délégant et délégataire. Il est donc nécessaire d'examiner les effets de la délégation ces différentes parties (A) et il faudra s'intéresser à ses effets à l'égard des tiers à l'opération (B).

### **A. Effets de la délégation entre les parties à l'opération**

Il y a lieu de distinguer 3 séries d'effets : entre le délégué et le délégataire (1), entre le délégant et le délégataire (2) et entre le délégant et le délégué (3).

#### **1. Entre le délégué et le délégataire**

Par la délégation, le délégué devient débiteur d'une obligation nouvelle envers le délégataire (a), avec des exceptions que ce délégué peut opposer au délégataire (b).

### a. L'obligation nouvelle du délégué

L'effet principal de la délégation se produit entre le délégué et le délégataire.

**L'objet même de l'opération est la souscription par le délégué d'une obligation envers le délégataire.**

Ce qui fait la particularité de cette obligation du délégué envers le délégataire est son caractère nouveau : elle née de l'engagement du délégué, elle est créée à cette occasion.

Du coup on comprend la différence entre la délégation et les mécanismes translatifs de type cession de créance ou de dette. Ici ce n'est pas la dette du délégant envers le délégataire qui est cédée au délégué, ni la créance du délégant sur le délégué qui est cédée au délégataire.

#### Et ceux pour plusieurs raisons :

D'abord parce que ces obligations préexistantes ne sont juridiquement pas nécessaire à l'existence de la délégation.

Et surtout parce que la dette, que souscrit le délégué, est nouvelle et elle lui est propre, elle est différente de ses obligations préexistantes, à supposer même qu'elles existent.

Par conséquent, l'obligation nouvelle du délégué obéit à ses propres règles à savoir

- la présence ou non de sûretés et autres accessoires,
- la présence ou non d'un terme ou d'une condition,
- le caractère civil ou commercial,
- la prescription,
- la compétence juridictionnelle etc.

Cette indépendance de la dette du délégué trouve un prolongement également dans le régime d'opposabilité des exceptions.

### b. Les exceptions opposables par le délégué

Se poser la question des exceptions opposables par le délégué suppose une dette préexistante, soit du délégué au profit du délégant, soit du délégant au profit du délégataire.

Sinon il est bien évident que le délégué ne pourrait opposer que les exceptions issues de son propre rapport avec le délégataire.

La question de l'opposabilité des exceptions se dédouble :

On peut se demander si sont opposables les exceptions tirées du rapport entre délégué/délégant ?

Et ensuite si sont opposables celles tirées du rapport entre délégant/délégataire ?

Lorsque le délégataire appelle le délégué au paiement, celui-ci peut-il se prévaloir des moyens de défense issus de ces différents rapports préexistants ?

⇒ 1<sup>èrement</sup> S'agissant de la 1<sup>ère</sup> série d'exceptions, **celles issues de la dette préexistante du délégué envers le délégant**. La solution jurisprudentielle a toujours été constante, ces exceptions sont toutes inopposables. Il n'y a même pas lieu de distinguer selon que les exceptions sont inhérentes à la dette ou personnelles, qu'elles sont antérieures ou postérieures à la délégation = **le principe était celui de inopposabilité de ces exceptions**. Il s'agit là d'une résultante logique du caractère nouveau, propre, indépendant de l'engagement du délégué envers le délégataire. Il ne s'agit pas ici de la cession d'une créance assortie de ses vices, mais de la création d'une obligation nouvelle qui en est indépendante.

Par conséquent, il est logique que la nouvelle dette du délégué ne soit pas affectée par les vices d'une autre obligation. **Cette solution n'est pas remise en cause par la réforme du 10 février 2016, et le nouvel article 1336 CC** indique qu'en principe **le délégué ne peut opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant**.

**Le principe qui en résulte est donc celui de inopposabilité des exceptions.**

⇒ 2<sup>èmement</sup>, plus délicate est la question des **exceptions tirées de la dette préexistante du délégant envers le délégataire**. Le délégué peut-il se prévaloir des vices affectant cette dette pour résister à la demande du délégataire ? **La JP a pu laisser planer des doutes sur la solution applicable.**

En effet, ***un arrêt de la 1ère chambre civile en date du 17 mars 1992***, avait énoncé sous forme de principe : « **sauf convention contraire, le délégué est seulement obligé au paiement de la dette du délégant envers le délégataire, et il se trouve déchargé de son obligation lorsque la créance de ce dernier est atteinte par la prescription** ».

La cour **admettait donc que l'exception de prescription de la créance du délégataire sur le délégant puisse être opposée par le délégué.**

Cette solution apparaissait assez singulière : peut-on vraiment affirmer, comme le faisait la 1er civ, que le délégué est obligé au paiement de la dette du délégant envers le délégataire ?

Cela apparaît contestable car c'est une obligation nouvelle souscrite par le délégué, et non du transfert de la dette du délégant, comme pour une cession de dette.

Et de plus, outre la prescription, quelles autres exceptions pourraient être opposées par le délégué ?

Uniquement celles inhérentes à la dette, ou aussi les exceptions personnelles ?

Selon certains auteurs il convenait de distinguer selon 2 types de délégation :

***La délégation incertaine***, au sein de laquelle la dette du délégué, même différente de la dette du délégant, est calquée sur elle et désignée en référence à elle.

***La délégation certaine***, au sein de laquelle au contraire la dette du délégué est déterminée en soi et non pas en référence à la dette du délégant.

Selon cette doctrine, les exceptions seraient opposables uniquement dans la délégation incertaine, mais pas dans la délégation certaine.

Dans la délégation incertaine, en effet, le lien serait plus étroit entre la dette du délégant et celle du délégué, ce qui justifierait une plus large opposabilité des exceptions.

La confusion fut alimentée par **un autre arrêt Cass, ch comm, 25 février 1992.**

Cette décision appliquait un strict principe d'inopposabilité des exceptions.

Cette position fut ensuite réitérée par **la ch comm dans arrêt, plus récent, du 13 juin 2006.**

Ainsi, la 1ère ch civ et la ch commerciale semblaient opposées sur cette question.

**En fin de compte l'ordonnance du 10 février 2016 tranche le débat en faveur de la solution de la chambre commerciale.**

***L'article 1336 CC*** indique en effet que le délégué ne peut opposer au délégataire aucune exception tirée des rapports entre le délégant et le délégataire.

Ainsi, ***le principe est bel et bien celui de inopposabilité des exceptions***, ce principe apparaît assez digne d'approbation car conforme au mécanisme de la délégation faisant naître une obligation nouvelle.

Cette obligation nouvelle ne devrait pas être affectée par les vices d'une autre obligation.

En fin de compte, sous l'empire des nouveaux textes, le délégué ne peut donc se prévaloir d'aucune exception tirée d'un quelconque rapport préexistant entre les parties à l'opération.

***L'unique exception à ce principe***, tel qu'indiqué dans ***l'article 1336 CC***, est celle **d'une clause contraire prévue par les parties.**

## **2. Entre le délégant et le délégataire**

Ces effets supposent l'existence d'une créance préexistante du délégataire sur le délégant.

Quels seront les effets de la délégation sur cette créance préexistante ?

Les solutions sont comparables, à cet égard, à celles vues en matière de cession de dettes et de contrat.

On distingue en effet 2 types de délégation : imparfaite (a) et parfaite (b).

### **a. Effets en cas de délégation imparfaite (ou simple)**

**La délégation imparfaite est celle qui ne libère pas le délégant de son obligation initiale envers le délégataire** : le délégué va donc s'engager auprès du délégataire, comme le lui a demandé le délégant, mais ce dernier reste lui-même tenu.

Dans ce type de délégation, le délégataire se voit donc offrir un second débiteur, le délégué, en plus de son débiteur initial, le délégant.

**L'opération accorde donc une garantie au délégataire**, c'est-à-dire au créancier initial, car il aura la possibilité de se faire payer sur 2 patrimoines au lieu d'un seul, ce qui renforce ses chances de paiement.

***L'article 1338 CC prévoit cette délégation imparfaite et précise quels sont ses effets.*** Selon cette disposition : **Le paiement fait par l'un des 2 débiteurs (délégant ou délégué) libère l'autre à due concurrence.**

Par conséquent, le créancier délégataire ne pourra pas cumuler le paiement auprès de ses 2 débiteurs. Par exemple le délégant A est tenu au départ d'une dette de 100 envers le délégataire B.

A demande au délégué C de s'engager envers le délégataire B, si bien que ce délégué s'est souscrit une dette de 100 envers le délégataire. Même si la dette du délégué C est nouvelle et quelle lui est propre, cette dette est clairement souscrite en considération de l'obligation préexistante entre le délégant A et le délégataire B. Cette dette nouvelle doit être considérée comme une garantie de paiement de la dette préexistante (liée par cette dette préexistante).

Par conséquent, le délégataire ne saurait réclamer le paiement de 100 au délégant et le paiement de 100 au délégué, car il s'agirait pour lui d'un enrichissement injustifié.

Simplement, il n'y a pas de hiérarchie entre ces 2 débiteurs : le délégataire peut indifféremment poursuivre soit le délégant, soit le délégué sans ordre particulier dans les poursuites, à l'inverse d'un cautionnement.

Par ailleurs, ***l'art 1338*** indique que le paiement est libératoire à due concurrence de ce qui a été payé. Imaginons dans notre exemple que le délégant A est tenu de 100 à l'égard du délégataire B, mais que le délégué C s'engage uniquement à hauteur de 90 : le délégataire pourra alors poursuivre indifféremment le délégant à hauteur de 100 ou le délégué à hauteur de 90.

Soit d'abord il poursuit le délégant qui lui verse 100, et les 2 dettes sont éteintes (celle du délégant et celle du délégué).

Soit il poursuit le délégué qui lui verse 90, et dans ce cas la dette du délégué est entièrement éteinte, et la dette du délégant est éteinte uniquement à due concurrence de ce qui a été payé, c'est-à-dire 90. Le délégant reste donc débiteur du délégataire à hauteur de 10.

De même, si le délégataire n'est pas entièrement payé par le débiteur qu'il choisi de poursuivre, car celui-ci est insolvable ou récalcitrant ou pour tout autre motif.

#### **b. Effets en cas de délégation parfaite (ou novatoire)**

A l'inverse de la délégation imparfaite, **celle-ci a pour effet de libérer le délégant vis-à-vis du délégataire** : la dette préexistante, dont le délégant était tenu envers le délégataire, est éteinte.

Ce type de délégation est aussi appelée délégation novatoire.

En effet, elle a pour effet de libérer le débiteur initial du délégataire et de lui offrir l'engagement d'un nouveau débiteur.

L'opération éteint une dette et fait naître simultanément une autre dette souscrite par un autre débiteur : ce mécanisme est celui (on le verra) d'une novation par changement de débiteur.

***L'article 1337 du Code Civil issu de la réforme de 2016*** va dans ce sens « **dans ce cas, la délégation opère novation** ».

Le but visé par la délégation parfaite est différent de celui de la délégation imparfaite = il ne s'agit plus d'accorder une garantie pour le délégataire, mais d'**effectuer une reprise de dette**. La dette initiale du délégant envers le délégataire est reprise par le délégué, elle est transférée au délégué.

C'est cette délégation parfaite qui était utilisée avant 2016, comme substitut à la cession de dette.

Le fonctionnement de cette délégation parfaite est donc aisée, l'opération entraîne substitution de débiteur.

Le délégataire ne conserve qu'un débiteur mais pas le même qu'initialement.

Il ne pourra demander le paiement qu'au délégué.

Comme pour la cession de dette, cependant, la délégation parfaite présente un risque pour le délégataire : il change de débiteur, et peut donc se trouver confronté à un nouveau débiteur moins solvable et/ou coopératif. Par conséquent, son consentement est nécessaire pour que le délégant se trouve libéré. **L'article 1337 CC exige même que son consentement résulte expressément de l'acte.**

Un double consentement du délégataire est donc nécessaire pour procéder à cette délégation parfaite.

Il faut d'abord recueillir son accord à l'opération de délégation, un accord qui peut être juste tacite, ensuite il faut aussi recueillir son accord expressément formulé dans l'acte pour que le délégant soit libéré et que la délégation devienne parfaite c'est à dire novatoire.

### 3. Entre le délégant et le délégué

Là aussi, étudier ses effets suppose une obligation préexistante entre le délégant et le délégué : en l'absence d'une créance préexistante du délégant sur le délégué, on pourra considérer que la délégation opère donation indirecte du délégué au délégant. S'il existe dette préalable, qu'en advient-il ?

Il convient de distinguer selon que la délégation est imparfaite (a) ou parfaite (b).

#### a. Effets en cas de délégation imparfaite

**L'article 1339 CC** traite de cette situation, selon cette disposition **la créance préalable du délégant sur le délégué s'éteint par le paiement du délégué au délégataire.**

Alors il est clair que le délégué souscrit sa nouvelle obligation parce qu'il est lui-même débiteur du délégant. Le paiement de cette nouvelle obligation va donc éteindre simultanément les 2 dettes (liées l'une à l'autre) envers le délégant et le délégataire. **Cette extinction se fait à due concurrence du paiement**, ajoute le texte.

A contrario, on déduit de l'article 1339 que la créance initiale du délégant sur le délégué survit tant que le paiement au délégataire n'est pas intervenu.

#### **Mais avant ce paiement, quels sont les droits du délégant contre le délégué ?**

Il reste titulaire d'une créance sur ce délégué, mais la délégation a été conclue pour que le paiement soit fait au délégataire et non plus au délégant.

A l'évidence, telle est l'intention des intervenants à l'opération.

#### **Du coup le délégant peut-il faire valoir ses droits contre le délégué avant que celui-ci ne paie le délégataire ?**

**Les textes antérieurs à 2016** restaient silencieux sur cette question.

**Mais le nouvel article 1339 tranche** la question de la façon suivante : durant cette période transitoire, le délégant ne peut agir contre le délégué, quand bien même il reste son créancier.

Une exception à cela : le cas où le montant de la créance du délégant excède celui de la nouvelle dette du délégué. Par exemple, à l'origine le délégant est créancier du délégué à hauteur de 100, le délégué s'engage auprès du délégataire aussi à hauteur de 100. Dès lors, le délégant ne peut plus demander le paiement au délégué. Et lorsque le délégué paiera le délégataire, il éteindra, par la même, la créance du délégant.

Mais si dans ce même exemple le délégué s'engage envers le délégataire à hauteur de 90, la créance du délégant n'est neutralisée qu'à hauteur de 90, si bien qu'il peut toujours demander au délégué le paiement des 10 restants.

Comme la délégation est imparfaite, il est possible que le délégataire demande le paiement, non pas au délégué, mais au délégant en vertu de leurs obligations préexistantes. Si tel est le cas, **l'article 1339** ajoute une précision, **une fois que le délégant a payé le délégataire, sa propre créance sur le délégué n'est plus neutralisée, le délégant pourra à nouveau demander paiement au délégué.**

Donc la délégation n'aura pas trouvée application et que les parties auront seulement exécuter leurs obligations préexistantes.

## **b. Effets en cas de délégation parfaite**

*Le dernier alinéa de l'article 1339* traite du sort de la dette du délégué envers le délégant en cas de délégation parfaite.

Le délégant est alors libéré vis-à-vis du délégataire, et donc **le délégué est lui-même libéré à l'égard du délégant**. En effet, la délégation a alors vocation à trouver application et à éteindre tous les rapports préexistants.

Mais si le délégué est libéré vis-à-vis du délégant, ce n'est qu'à due concurrence de son propre engagement envers le délégataire, pour le surplus il restera débiteur du délégant.

Par exemple, soit un délégant A débiteur de 100 envers délégataire B.

A est lui-même créancier du délégué C à hauteur de C.

C s'engage alors hauteur de 90 envers B, le délégataire, qui lui libère le délégant A pour le tout.

Du coup la créance de A sur C est éteinte, mais à hauteur de 90, et pourra toujours demander 10 à C.

## **B. Les effets de la délégation à l'égard des tiers à l'opération**

Les tiers à l'opération sont les personnes qui n'y sont pas intervenues, qui n'ont pas la qualité de délégant, délégué ou délégataire.

**Aucune formalité d'opposabilité n'est prévue par les textes**, donc la délégation leur est opposable dès que les conditions de formation en sont réunies.

Mais c'est un autre problème qui a occupé **la doctrine et la jurisprudence avant l'ordonnance du 10 février 2016**, ce problème est lié à une créance préexistante du délégant sur le délégué.

Une fois la délégation conclue, son issue naturelle est que le délégué paie le délégataire, ce paiement éteint toutes les obligations préexistantes à due concurrence. Avant le paiement, il était rare que le délégant demande au délégué le paiement de sa créance préexistante.

Et aujourd'hui il ne peut plus le faire, car cette créance est donc neutralisée.

Mais la situation était parfois compliquée par la présence d'autres créanciers du délégant qui faisaient pratiquer une saisie-attribution sur la créance du délégant sur le délégué.

En application des règles relatives aux voies d'exécution, cette saisie attribution octroyait un droit exclusif immédiat contre le délégué, donc les créanciers du délégant pouvaient, par priorité, se faire payer par le délégué à la suite de la saisie sur la créance. Cela perturbait le mécanisme de la délégation, d'autant plus que le délégué, après avoir dû payer le créancier du délégant, n'était parfois plus assez solvable pour désintéresser le délégataire.

**Fallait-il dans cette situation donner priorité au délégataire ou au créancier du délégué ?**

**La jurisprudence a hésité**, dans *un arrêt du 16 avril 1996, la chambre commerciale de la Cassation* commençait par faire primer le droit au paiement du délégataire, *avant de parvenir à la solution inverse* dans *un autre arrêt Cass, com 29 avril 2002*.

Finalement, **le chambre comm avait procédé à un ultime revirement le 14 février 2006**.

Raisonnement de la cour de Cassation : dès lors que la délégation prend effet, et jusqu'au paiement fait au délégataire, la créance du délégant contre le délégué est indisponible et donc insaisissable. Dans ce laps de temps, les créanciers du délégant ne pouvaient plus saisir cette créance dans le patrimoine du délégant. Il ne pouvait plus directement se faire payer par le délégué, et ils n'entraient plus en concurrence avec le délégataire.

**Cette solution était protectrice pour le délégataire** et apparaissait préférable car elle évitait de perturber le mécanisme de la délégation, tel que les parties l'avait envisagé.

**Lors de la réforme de 2016**, le législateur prend le même parti : le délégant se trouve dans l'impossibilité de demander le paiement au délégué une fois qu'il s'est engagé auprès du délégataire.

**La créance du délégant sur le délégué se trouve paralysée, neutralisée par l'opération de délégation depuis l'ordonnance de 2016.**

De cette règle découle logiquement le sort des créanciers du délégant, qui n'ont pas plus de droit sur la créance du délégant que le délégant lui-même.

La neutralisation de la créance vaut aussi à leur égard selon l'adage *nemo plus juris*.

Donc la saisie de cette créance ne peut déboucher sur un paiement *cf. 1339 CC*.

Ainsi, **le législateur**, suivant le dernier état de la jurisprudence, **a conféré une priorité au délégataire par rapport aux créanciers du délégant**.

Une telle solution apparaît assez respectueuse du mécanisme de la délégation.