



HAL
open science

“ La cession conventionnelle de contrat existe-t-elle? ”

Christophe Broche

► To cite this version:

Christophe Broche. “ La cession conventionnelle de contrat existe-t-elle? ”. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2012. hal-01479432

HAL Id: hal-01479432

<https://univ-smb.hal.science/hal-01479432v1>

Submitted on 28 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« *La cession conventionnelle de contrat existe-t-elle ?* »

Christophe Broche

Maître de conférence en droit privé

Université Savoie Mont-Blanc

1. La cession conventionnelle de contrat existe-t-elle ? La question n'est pas nouvelle. Le professeur Malaurie dans un exposé célèbre y répondait par l'affirmative : «...la cession de contrat existe »¹. Celui-ci ne se doutait guère des échanges très vifs qui devaient alimenter par la suite la discussion sur ce point². Encore faut-il s'entendre sur le sens de la notion d'existence. Est-il suffisant de nommer un concept pour le faire exister ou celui-ci doit-il reposer au contraire sur des caractères qui lui sont propres ? L'étude du mécanisme est l'occasion de constater une fois de plus l'irréductible distance qui sépare l'existence d'un concept de son effectivité. En effet, si une première analyse donne raison à l'auteur, la présence de l'opération en droit en tant que mécanisme autonome est discutable.

2. L'utilité de l'opération est toutefois incontestable. La cession de contrat présente en effet des avantages multiples : le mécanisme participe à la réalisation des prévisions contractuelles. Il constitue donc un instrument de pérennisation du contrat et une alternative à sa rupture, « Peu importe que le cocontractant change, du moment que la loi contractuelle demeure intangible »³. Une cession de contrat présente en outre l'avantage de faire l'économie de nouvelles négociations. L'opération participe ainsi à la fluidité des échanges économiques. L'insertion d'une clause de substitution dans le contrat initial ajoute alors de la valeur au contrat⁴.

L'intérêt du mécanisme peut également être abordé sous l'angle des parties à l'opération de cession. Pour le cédant, la cession de contrat lui permet de s'extirper du lien contractuel et de se soustraire à l'emprise de la force obligatoire lorsque l'évolution des circonstances fait qu'un engagement dans la durée qui, initialement, était une garantie de stabilité et de sécurité devient un fardeau inutile. Sous l'angle du cédé, la cession de contrat peut se présenter pour lui comme une garantie, dès lors que ce dernier aurait intérêt à ce que les prévisions contractuelles se réalisent. Quant au cessionnaire, son intérêt n'est autre que de pouvoir

¹ Ph. Malaurie, « *La cession de contrat* », Defrénois, 1976, art. 31194, p. 1011.

² V. notamment, L. Aynès, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », thèse, préf. Ph. Malaurie, éd. Economica, 1984 ; Ch. Jamin, M. Billiau, D. 1997, jur. p. 588 AV ; M. Billiau, « *Cession de contrat ou « délégation » de contrat ?* » JCP. G. 1994, doctrine 3758 ; Ch. Lachièze, « *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat* », D. 2000, p. 188 ; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, « *Traité de droit civil. Les effets du contrat* », LGDJ, éd. 3^{ème}, 2001, n° 1053 ; Ch. Larroumet, « *La descente aux enfers de la cession de contrat* », D. 2002, p. 1555 ; J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, « *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes* », LGDJ, 2005, p. 297.

³ D. Mazeaud, « *Parce que le contrat avait été conclu intuitu personae, il ne pouvait être unilatéralement cédé sans avertissement, ni avis préalable adressé au cocontractant cédé* », D. 1996, somm. comm. p. 115.

⁴ En ce sens, M.-L. Izorche, « *Information et cession de contrat* », D. 1996, chron. p. 40.

bénéficiaire pleinement de la position contractuelle de celui qui souhaite s'en séparer et être en mesure de réclamer, à son profit, le bénéfice de l'exécution du contrat⁵.

3. Le contrat est un élément de stratégie de l'entreprise. Aussi, celui-ci devrait pouvoir concilier deux qualités contradictoires, la souplesse et la stabilité. La capacité de la cession de contrat à répondre à ces exigences explique son succès dans la vie des affaires. Très usitées en pratique, les clauses de substitutions peuvent même prendre la forme de clause de style dans certains contrats⁶. Par ailleurs, il est rare qu'un ouvrage sur le droit des contrats ou des obligations ne fasse pas état du mécanisme. La cession de contrat figure encore dans de nombreuses législations étrangères. Ainsi, le transfert de contrat est-il réglementé en droit italien et portugais et largement employé en Suisse et en Allemagne⁷ où il apparaît comme une institution homogène et indépendante. La cession de contrat est par ailleurs un mécanisme aux ambitions internationales : sa présence au sein des différents projets européens et internationaux en atteste. Les principes UNIDROIT prévoient et aménagent de manière relativement précise la cession de contrat⁸. L'acte uniforme d'HOADA sur le droit des contrats reprend *textu* les dispositions en question. Les Principes du Droit Européen des Contrats (PDEC)⁹ réservent au mécanisme une section 2 intitulée « *Cession de contrat* »¹⁰. Le Cadre Commun de Référence de la commission Von bar (DCFR) envisage également l'opération au sein d'une section 3 dénommée : « *Transfer of contractual position* »¹¹. L'avant-projet de code civil européen de l'académie des privatistes européens¹² présente sans aucun doute les développements les plus aboutis sur la question. Ceux-ci sont contenus dans une section également dénommée « *Cession de contrat* »¹³.

En Droit français, le législateur a très tôt favorisé la continuation du contrat. Les textes qui appréhendent la cession de contrat sont nombreux. Sans être exhaustif, nous pouvons citer les articles 1717 et 1743 du Code civil qui permettent au preneur à bail de céder son contrat, l'article L1224-1 du Code du travail qui prévoit la transmission forcée des contrats corrélativement à un changement d'employeur, l'article L. 121-10 al. 1 du Code des assurances qui envisage la transmission du contrat d'assurance avec la chose aliénée, l'article

⁵ La réalisation de cet objectif va dépendre directement de la propension de l'institution à contraindre le cédé d'exécuter ses obligations envers le cessionnaire.

⁶ W. Dross, « *Clausier. Les clauses essentielles des contrats de droit privé* », Litec, 2010, p. 241.

⁷ M. Pédamon, « *Le contrat en droit allemand* », LGDJ, 2004, éd. 2^{ème}, p. 121.

⁸ « *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* », Section 3 : « *cession de contrat* ». Article 9.3.1 à 9.3.7.

⁹ Travaux réalisés sous l'égide du Professeur Ole Lando dès 1974.

¹⁰ Article 12 :201 : (1) « *Une partie à un contrat peut convenir avec un tiers que ce dernier lui sera substitué en tant que partie contractante. La substitution ne prend effet que si l'autre partie accepte que la substitution libère ainsi son cocontractant originel.* (2) *Dans la mesure où la substitution de contractant implique une cession de créance, les dispositions du chapitre 11 reçoivent application ; dans la mesure où il y a cession de dette, on applique les dispositions de la section 1 du présent chapitre.* »

¹¹ « *Principles Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* », p. 183.

¹² Groupe Gandolfi.

¹³ « *Code européen des Contrats* », Articles 118, 119 et 120.

L. 621-88 du Code du commerce qui donne au juge la possibilité d'ordonner la cession des contrats en cours en cas de reprise d'une entreprise¹⁴.

4. Un premier constat s'impose : la cession de contrat existe, « ... la seule observation du phénomène contractuel révèle que, pour des raisons qui relèvent de l'opportunité économique, le législateur l'autorise et la pratique l'utilise »¹⁵. Cependant, si les cessions légales de contrat sont largement admises et acceptées dans le paysage juridique, les choses se compliquent considérablement lorsque des individus décident d'aménager eux même la cession d'un contrat. Lorsqu'elle est « conventionnelle », la cession de contrat suggère un nombre important d'interrogations. En cause, le silence de la loi et une absence de correspondance entre ce que les parties souhaitent faire et ce qu'elles sont autorisées à faire de leur liberté contractuelle. En effet, dès lors qu'elle est affaire de convention, la cession de contrat se heurte à une volonté généralement présentée comme ne pouvant être pleinement souveraine. Les contractants doivent composer avec la méfiance des tribunaux en leur capacité à ménager les différents intérêts en présence, en particulier, ceux du contractant cédé. Toutefois, cela n'a pas empêché le mécanisme de se développer. Bien qu'il n'existe pas en tant que tel de droit commun de la cession conventionnelle de contrat, la faculté de pouvoir substituer un tiers dans le lien contractuel a reçu une consécration dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations, au sein de l'article 1165-4¹⁶, 5¹⁷, exprimant ainsi le point d'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle jalonnée d'hésitations. Aujourd'hui, la nécessité d'un consentement du cédé, question âprement débattue, semble acquise¹⁸, même si la portée de ce dernier demeure encore incertaine. N'est-ce pas là, en définitive, la preuve la plus évidente de l'existence du mécanisme ? Conclure de la sorte serait faire preuve d'un optimisme excessif. L'omniprésence de l'opération en pratique et sur la scène juridique n'a pas mis un terme aux questionnements relatifs à sa nature. Pour plusieurs raisons, le point de savoir si la cession conventionnelle de contrat est un mécanisme autonome demeure d'actualité :

5. D'une part, les hésitations jurisprudentielles laissent planer un doute sur l'originalité du mécanisme. En atteste l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 2001 qui calque le régime d'une cession de contrat sur celui de la délégation en visant directement l'article 1275 du Code civil¹⁹. Citons également un arrêt de la chambre commerciale du 5 février 2009, dans lequel les hauts magistrats ont appliqué les formalités de signification de l'article 1690 du Code civil, au motif que la cession d'un contrat de portefeuille qui s'analyse en une cession de

¹⁴ Des dispositions relatives à la cession sont également présentes en matière contrat de vente d'immeuble à construire (art. 1601-4 C. civ.), d'indivision (art. 815-15 C.civ.), de contrat de promotion immobilière (art. 1831-3 C. civ.), de nantissement de parts sociales (art. 1867 C. civ.), de contrat de mandat (art. 1994 C. civ.), de bail commercial (art. L. 145-16 C. com.), de plan de cession (art. L. 642-7 C. com.), de contrat d'édition (art. L. 132-16 CPI).

¹⁵ D. Mazeaud, *op. cit. loc. cit.*

¹⁶ « Un contractant ne peut sans l'accord exprès ou tacite de son cocontractant, céder entre vifs à un tiers sa qualité de partie au contrat »

¹⁷ « Il est fait exception à ce principe dans les cas prévus par la loi... »

¹⁸ Cass. com., 6 mai 1997, n° 94-16.335 et n° 95-10.252, *JurisData* n° 1997-002064 et *JurisData* n° 1997-002065, Bull. civ. 1997, IV, n° 117 et n° 118. En revanche, un contractant n'a pas à informer son cocontractant des simples pourparlers préparatoires à une cession de contrat, Cass. com., 26 octobre 2010, n° 09-68561.

¹⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 12 décembre 2001, Bull. civ. III, n° 153 ; D. 2002, p. 984, note M. Billiau, Ch. Jamin ; Defrénois 2002, art. 37558, obs. R. Libchaber.

contrat est une... cession de créance²⁰. Ce flottement quant à la nature de l'opération n'est pas propre aux cessions conventionnelles. Les juges ont par exemple considéré que le changement d'employeur constitue une « novation » du contrat de travail²¹. On constate ainsi qu'il n'est pas rare que les hauts magistrats usent de l'expression « cession de contrat » tout en faisant appel à des figures juridiques connues, manifestation peut être de ce que l'opération est vouée à se fondre dans les institutions juridiques existantes et qu'elle est dépourvue de particularités lui conférant une existence autonome.

6. D'autre part, des divergences doctrinales continuent d'alimenter la question de l'autonomie de l'opération. Ces facteurs d'incertitudes reposent pour l'essentiel sur deux points :

7. Le premier point de désaccord prend naissance sur le contrat lui-même. La conception du contrat qui repose sur des considérations à la fois philosophiques et techniques ne rejailit pas seulement sur la question de la participation du cédé à l'opération de cession, plus radicalement, elle conditionne l'existence même du mécanisme. On sait que le contrat constitue le principal mode de relation économique et de circulation des richesses entre les personnes²², mais qu'en est-il du contrat lui-même ? Celui-ci est-il susceptible de passer d'une main à une autre ? En d'autres termes, un contrat peut-il être cédé ?

Pour certains, le contrat apparaît avant tout comme un lien de droit. Dès lors, la cession de contrat entrerait en contradiction avec les articles 1134 et 1165 du Code civil. Selon les défenseurs de cette conception subjective du contrat, le changement d'une partie au contrat rompt le lien contractuel initial et met donc fin au contrat. Par ailleurs, la rencontre du consentement du cédé avec celui du cessionnaire fait naître un nouveau contrat²³. La cession de contrat ne peut ainsi jamais opérer d'effet translatif puisqu'elle conduit en définitive à la création d'un nouveau rapport contractuel entre le cessionnaire et le cédé. Autant dire que, dans cette analyse, la cession de contrat ne peut guère avoir d'existence propre. L'expression « cession de contrat » n'est employée en réalité que par pur effet de style et l'opération ne peut se concrétiser qu'en ayant recours aux mécanismes existants. Aussi n'est-il pas surprenant que la cession conventionnelle de contrat soit parfois confondue ou rapprochée de mécanismes voisins créateurs d'obligations, tels que la délégation ou la stipulation pour autrui.

À l'inverse, pour d'autres auteurs, le contrat est avant tout une entité économique, patrimoniale pouvant à l'instar des biens ou des créances qu'il engendre, être transmis. Ce dernier peut alors circuler et survivre au changement de l'une des parties : « ... cette cessibilité, aptitude du contrat à circuler, est une qualité intrinsèque du contrat »²⁴. La cession

²⁰ Cass. com. 5 février 2009, Contrats conc. consom., n° 5, Mai 2009, comm. 125 ; *adde*, concernant la cession d'une promesse synallagmatique de vente, Cass. civ. 3^{ème}, 7 juillet 1993, D. 1994, jpd, p. 597 ; v. également à propos des cessions légales, Cass. civ. 3^{ème}, 6 février 1979, Bull. civ. III, n°34 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 1981, Bull. civ. I, n° 317.

²¹ Cass. soc., 8 avril 2009, n° 08-41.046, *JurisData* n° 2009-047876 ; JCP G 2009, IV, 1862 ; JCP S 2009, 1339, note P. Morvan.

²² J.-L. Aubert et F. Collart-Dutilleul, « *Le contrat. Droit des obligations* », Dalloz, éd. 4^{ème}, 2010.

²³ Ch. Jamin, M. Billiau, D. 1997, jur. p. 588 AV ; M. Billiau, « *Cession de contrat ou « délégation » de contrat ?* » JCP. G. 1994, doctrine 3758.

²⁴ L. Aynès, « *Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé* », D. 1998, p. 25, n° 9 ; du même auteur, thèse préc. ; « *Les clauses de circulation du contrat* », in, « *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels* », P.U.A.M., 1990, p. 131.

d'un contrat, en l'occurrence le contrat initial, est donc possible. Sa mise en œuvre n'entraîne aucun effet novatoire ou la superposition d'un nouveau contrat sur un autre²⁵.

On comprend, en définitive, que le principal enjeu de cette discussion s'articule autour de la préservation des intérêts du cédé pris en sa qualité de créancier. Celui-ci ne peut être indifférent à la personne du débiteur et à l'état de son patrimoine. Il nous semble que ces difficultés sont résolues en admettant que l'opération ne puisse avoir lieu sans son consentement. Ceci étant dit, on peut s'interroger : lors d'une cession de contrat, est-il possible, sans trahir les règles fondamentales qui gouvernent le droit des contrats et en maintenant l'exigence du consentement du cédé à l'opération, de concevoir que ce soit le même contrat qui se poursuive entre le cédé et le cessionnaire ? En d'autres termes, le contrat peut-il survivre au changement de partie ? La question n'est pas anodine si on considère que l'existence de l'opération en tant que mécanisme autonome, « ... dépend de la possibilité de réaliser le remplacement d'une partie par un tiers sans passer par la formation d'un contrat nouveau »²⁶.

8. Le second point de désaccord qui peut être abordé indépendamment de celui évoqué précédemment est relatif à l'objet de la cession. Que l'on envisage l'opération comme ayant pour but de céder un contrat ou de substituer un tiers à une partie initiale, le mécanisme reste largement tributaire des obligations. La réalisation de la cession est dès lors dépendante de sa capacité à autoriser la transmission de la dette. Nous savons que cette question a été largement débattue et que certaines parades ont été proposées. Mais elles paraissent fragiles et artificielles. La cession de contrat demeure largement envisagée comme ayant pour objet le transfert d'obligations. La définition de la cession de contrat contenu dans certaines dispositions illustre parfaitement un tel rapprochement. L'article 9.3.1 des principes UNIDROIT définit la cession de contrat comme « ...le transfert par convention effectué par une personne (le "cédant") à une autre (le "cessionnaire") des droits et obligations du cédant nés d'un contrat avec une autre personne (l'"autre partie") ». L'article 12:201 des Principes Européens du Droit des Contrats (PEDC) admet que la cession de contrat peut impliquer le transfert d'une créance ou d'une dette. Nombreux sont aujourd'hui encore les auteurs qui considèrent indépendamment de la terminologie usitée pour la désigner, que la cession d'un contrat implique un tel transfert. Quant à la jurisprudence, le lien entre les obligations et la cession de contrat ne fait aucun doute dès lors qu'elle calque le régime de cette dernière sur celui de mécanismes comme la délégation, la novation ou lorsqu'elle la soumet aux formalités de signification de l'article 1690 du Code civil, propre à la cession de créance.

9. La question du particularisme de la cession de contrat dépend en définitive de l'idée que l'on s'en fait et de l'objectif que l'on entend privilégier. Pour certains, la cession existe indépendamment de l'accord du cédé à l'opération, de sorte que l'intervention de ce dernier aurait pour effet de dénaturer le mécanisme²⁷. Pour d'autres, on ne saurait parler de véritable cession de contrat sans qu'il y ait libération du cédant²⁸. Autrement dit, les éléments susceptibles de soutenir l'originalité de l'opération sont discutés et varient selon les auteurs.

²⁵ En ce sens par ex. M. Fabre-Magnan, « *Droit des obligations. 1. Contrat et engagements* », PUF, Thémis, éd. 2^{ème}, 2010, p. 537.

²⁶ Ch. Lachièze, « *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat* », D. 2000, p. 188, n° 21.

²⁷ En ce sens, L. Aynès, thèse préc., p. 59 et ss.

²⁸ Ch. Lachièze, *op. cit.*, *loc. cit.* ; rappr. E. Jeuland, « *Répertoire de droit civil* », « *Cession de contrat* », n° 5.

10. Il semble que l'originalité du mécanisme puisse être présentée autrement. Dans le but d'ajouter un peu de souplesse dans la mise en œuvre de la cession, il serait opportun que la jurisprudence intègre les propositions nouvelles qui sont formulées par une partie de la doctrine. La cession de contrat qui peut être définie comme la substitution d'une partie dans le rapport obligatoire n'aurait point pour objet les obligations susceptibles d'être engendrées par le contrat cédé. La cession de contrat serait donc indifférente aux créances et aux dettes pouvant naître du rapport contractuel. Une telle proposition permettrait de renforcer le particularisme de l'opération en plaçant celle-ci hors de portée des mécanismes juridiques qui ont justement pour objet une obligation. Il est possible de considérer également que l'intervention du cédé à l'opération de cession, élément que nous tenons pour acquis, ne met pas fin au contrat. Parce que la cession de contrat consiste en réalité en une simple modification de la qualité de partie dans le rapport obligatoire, sa mise en œuvre n'altère en rien le rapport initial. Il s'agit donc d'envisager l'opération de cession indépendamment d'un transfert de droits et d'obligations en admettant dans le même temps qu'à l'occasion de la cession d'un contrat, c'est le même contrat qui continue avec le même contenu. Tels sont les éléments autour desquels se dessine l'originalité de la cession conventionnelle de contrat : après avoir dit ce que l'opération ne peut pas être, un mécanisme translatif de droits et d'obligations (I), nous envisagerons ce qu'elle pourrait être, une modification de la qualité de partie (II)

Partie I

Un mécanisme non translatif d'obligations

11. Il n'est pas rare que le mécanisme soit présenté dans des développements relatifs à la transmission des obligations²⁹. Cela ne saurait surprendre dès lors que la cession de contrat est elle-même envisagée comme ayant pour effet de transmettre des droits et obligations. Or, cet effet translatif d'obligations qui est à l'origine des difficultés que rencontre le mécanisme pour s'imposer (A), repose sur un postulat erroné (B).

A- Absence d'autonomie de la conception translative de la cession de contrat

12. L'identification du contrat aux effets invite naturellement à penser la cession à partir de ces droits et obligations. Une telle approche du mécanisme pose des difficultés au regard de la prohibition de la cession de dette³⁰. La doctrine a cherché à contourner la difficulté en s'évertuant à souligner le particularisme de l'opération. La cession de contrat fut présentée alors comme un ensemble indivisible de créances et de dettes. Mise en avant par M. Lapp³¹, la

²⁹ Par exemple, M. Raynaud étudie la cession de contrat dans un cours intitulé : « *Les contrats ayant pour objet une obligation* », DEA de Droit privé, Paris II, 1977-1978, « *Les cours du droit* », p. 89.

³⁰ L'expression même « cession de dette », n'aurait pas de sens, A. Sériaux, « *Droit des obligations* », PUF, éd. 2^{ème}, 1998, n° 179. Voir néanmoins une décision qui admet dans son principe une telle opération, Cass. civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, JCP. G. 2009, n° 27, p. 73, « *Le retour en grâce de la cession de dette* », J.-J. Ansault.

³¹ Ch. Lapp, « *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier* », thèse, Strasbourg, préf. J. Radouant, 1950.

théorie dualiste a été reprise et développée par M. Larroumet³², qui définit l'opération comme « ... la convention par laquelle on transfère d'un contractant à un tiers l'ensemble des rapports juridiques issus d'un contrat et reposant sur sa tête »³³. La cession se trouve ainsi décomposée en une cession de créance et une cession ou une reprise de dettes³⁴. Ce n'est donc pas le contrat, mais ses éléments qui sont cédés. La faiblesse de cette thèse est, entre autres, qu'elle n'explique pas la transmission de tous les éléments du contrat. Procédant par objectivation du contrat, M. Aynès a défendu l'idée que la dette est indissociable de la créance. C'est donc l'unité du rapport contractuel qui doit prévaloir et, de ce fait, l'unité de la cession de contrat³⁵. Cette conception a été vivement contestée par certains auteurs. Partant du constat que la cession de contrat postule le consentement du cédé, l'accord de ce dernier avec le cessionnaire engendrerait nécessairement un nouveau contrat³⁶. Ce qui fait dire que « ... la cession est translative quand il s'agit de cession de créances et [...] elle ne l'est pas en ce qui concerne la cession de contrat »³⁷. Le mécanisme ne peut alors se réaliser qu'en recourant par exemple à une « délégation de contrat »³⁸.

Quelle que soit la présentation qui est faite de la cession de contrat, ceux qui la défendent admettent, au moins implicitement, qu'elle repose sur des obligations. Pour ne prendre que quelques exemples, envisageant la cession légale et la cession conventionnelle, M. Larroumet évoque la « ... cession de droits et d'obligations dérivant du contrat »³⁹. On peut lire également que « Les raisons qui incitent à écarter la possibilité d'une cession de dette se retrouvent avec l'éventualité d'une transmission du contrat tout entier, car celle-ci implique forcément une cession d'obligations »⁴⁰ ou encore que la cession de contrat s'analyse « ... en un transfert des obligations nées du contrat cédé, et ce transfert est non seulement celui des créances du cédant, mais aussi de ses dettes... »⁴¹.

Certains auteurs n'emploient pas le terme de cession, mais préfèrent se référer à la notion de « substitution » d'une partie à une autre, bien que cette terminologie soit, en

³² Ch. Larroumet, « *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé* », thèse, Bordeaux, 1968.

³³ *op. cit.*, p. 9

³⁴ *op. cit.*, p. 160.

³⁵ L. Aynès, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », thèse, préf. Ph. Malaurie, éd. Economica, 1984, p. 71 et ss. L'auteur n'évoque pas à proprement parler la cession de contrat mais préfère employer le terme de substitution d'une partie à une autre.

³⁶ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, « *Traité de droit civil. Les effets du contrat* », LGDJ, éd. 3^{ème}, 2001, n° 1053 ; M. Billiau, « *Cession de contrat ou « délégation » de contrat ?* », JCP. G. 1994, doctrine 3758.

³⁷ *op. cit.*, *loc. cit.* adde, J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, « *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes* », LGDJ, 2005, p. 295, n° 282. Toutefois, les auteurs admettent que les cessions légales de contrat peuvent produire un effet translatif de la « source » du contrat.

³⁸ M. Billiau, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁹ Ch. Larroumet, « *Droit civil. Les obligations. Le contrat. 2^{ème} partie. Effets* », ECONOMICA, Tome III, éd. 6^{ème}, 2007, n° 783 et 784 ?

⁴⁰ Ch. Lapoyade Deschamps, L. Bloch, S. Moracchini-Zeidenberg, « *Droit des obligations* », Ellipses, éd. 2^{ème}, 2008, p. 292.

⁴¹ G. Marty, P. Raynaud, Ph. Jestaz, « *Les obligations. Le régime* », éd. 2^{ème}, tome II, 1989, p. 372, n° 406.

définitive, également flottante⁴². On sait que pour faire échec aux difficultés juridiques posées par la cession de dette, M. Aynès a proposé une vision unitaire de la cession. Ce ne sont plus les créances et les dettes qui sont cédées, mais la qualité de contractant. Pour MM. Flour, Aubert et Savaux, la cession de contrat peut se définir comme « ... le remplacement d'une partie par un tiers dans un rapport contractuel »⁴³. Cependant, si ce glissement sémantique, comme le fait remarquer un auteur, présente l'avantage de garder ouverte la question de la nature de la cession de contrat⁴⁴, force est de constater que, *mutatis mutandis*, les effets de l'opération demeurent identiques. C'est bien moins les conceptions qui diffèrent, que la présentation du mécanisme à l'aide de dérivatifs terminologiques. En effet, si la cession de contrat transmet aux tiers la qualité de contractant, c'est « ... avec tous les droits et obligations qui y sont attachés »⁴⁵. Selon M. Aynès, la qualité de partie peut se définir comme un ensemble complexe de droits et d'obligations⁴⁶, de sorte que le transfert de cette qualité emporte nécessairement le transfert des droits et des obligations. M. Larroumet identifie la « position contractuelle » avec les droits et obligations résultant du contrat⁴⁷. Pour M. Malaurie, au contraire de la délégation, dans la cession de contrat « ... le cessionnaire acquiert du cédant les droits et obligations que celui-ci avait à l'égard du cédé, sa qualité de contractant... »⁴⁸. C'est la même analyse qui fut proposée par M. Raynaud qui définit la cession de contrat comme « la transmission de la situation de partie à un contrat avec les droits et obligations qu'elle comporte »⁴⁹.

On le voit, quels que soient les termes employés : cession de contrat, substitution de partie dans le contrat, transfert de la qualité de partie, il semble délicat d'envisager la cession de contrat indépendamment des droits et obligations que ce dernier renferme. De sorte que la cession de contrat emporte inévitablement un effet translatif de droits et d'obligations.

13. Cette identification du contrat avec les droits et obligations et tous les problèmes juridiques qu'un tel rapprochement implique expliquent les difficultés que rencontre le mécanisme pour se démarquer au sein de la jurisprudence. D'ailleurs, lorsque les juges envisagent la cession de contrat c'est bel et bien aux droits et obligations qu'ils se réfèrent. Certaines décisions ont considéré par exemple que « ... *le fait qu'un contrat ait été consenti en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a*

⁴² En ce sens, Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 1035 ; A. Sériaux, « *Droit des obligations* », PUF., éd. 2^{ème}, 1998, p. 656. D'après l'auteur, certaines décisions consacraient, non pas une cession de contrat, mais une « ... substitution de personne dans un rapport contractuel qui reste identique à lui-même ». L'auteur emploie le terme de substitution pour dénier toute existence à la cession de contrat ; *adde*, du même auteur, « *Manuel de droit des obligations* », PUF, 2006, p. 256 ; M. Jeuland propose également de distinguer la cession de contrat de la substitution de personne, cette dernière se définissant comme « ... l'opération par laquelle une personne, le substitué met en œuvre une obligation née entre deux autres personnes, le substituant et une personne qui n'est pas modifiée, l'insubstitué, sans que le substituant ne disparaisse entièrement du rapport juridique et de telle sorte que le substitué et l'insubstitué soient directement liés entre eux », « *Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne* », D. 1998, chron., p. 356.

⁴³ J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, « *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation* », Sirey, éd. 6^{ème}, 2009, p. 339, n° 396.

⁴⁴ E. Jeuland, « *Répertoire de droit civil* », « *Cession de contrat* », n° 3.

⁴⁵ *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁶ L. Aynès, *op. cit.*, *loc. cit.* ; *adde*, Ph. Malaurie, L. Aynès, « *Les obligations* », Cujas, éd. 7^{ème}, n°789.

⁴⁷ Ch. Larroumet, « *La descente aux enfers de la cession de contrat* », D. 2002, p. 1555.

⁴⁸ Ph. Malaurie, « *La cession de contrat* », Defrénois, 1976, art. 31194, p. 1030.

⁴⁹ P. Raynaud, « *Les contrats ayant pour objet une obligation* », DEA de Droit privé, Paris II, 1977-1978, « *Les cours du droit* », p. 89.

consenti »⁵⁰. Dans une telle approche, la cession contient en germe les éléments propres à faire obstacle à son autonomie.

14. Les problèmes liés à la cessibilité des dettes demeurent et expliquent alors certaines décisions. Dans une affaire où un contrat avec faculté de substitution avait été conclu entre un maître d'ouvrage et un cabinet d'architecte, la substitution ayant eu lieu et le projet n'ayant pas été mené à terme, ces derniers ont réclamé au contractant initial le paiement d'un complément d'honoraires. Les juges d'appel ayant fait valoir que le contrat avait été cédé n'ont pas fait droit à la demande. Saisis d'un pourvoi, les hauts magistrats cassèrent la décision des juges du fond aux motifs que : « *la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucunes réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire de sa dette* ». Outre les nombreuses remarques qui peuvent être formulées à l'encontre de cette décision notamment quant à la portée du consentement du cédé⁵¹, il convient de noter que les juges ne se réfèrent pas, à proprement parler, à la cession de contrat, mais à la dette. Un constat s'impose : il fait peu de doute que pour les hauts magistrats, la cession de contrat emporte nécessairement la cession d'une créance et d'une dette qui justifie l'exigence du consentement⁵². Le recours au mécanisme de la délégation n'est alors que la conséquence logique d'une cession de contrat qui ne parvient pas à exister indépendamment de ses éléments actifs et passifs.

Cette conception de la cession de contrat est plus manifeste encore dans l'arrêt précité du 5 février 2009. Les hauts magistrats ont rejeté un pourvoi dans lequel un demandeur faisait valoir que la cession de contrat n'est pas soumise à la formalité de signification prévue par l'article 1690 du Code civil, en n'hésitant pas à affirmer que la cession de portefeuille devait s'analyser en une cession de contrat, « *c'est-à-dire, une cession de créance...* ». Comment une cession de contrat peut-elle être réduite à une simple cession de créance ?⁵³ La décision, sans pour autant échapper à toute critique⁵⁴, aurait pu être mieux comprise si les hauts magistrats s'étaient contentés de dire que la cession de contrat « implique » une cession de créance, ce qui ne les aurait pas empêchés de soumettre la cession de portefeuille aux formalités de l'article 1690 du Code civil.

15. La conception jurisprudentielle de la cession de contrat peine à s'extraire d'une analyse et d'un raisonnement en termes de droits et d'obligations. L'incapacité du mécanisme à échapper à la fois aux formalités de la cession de créance et à l'interdiction d'une cession de dette isolée trahit son absence d'autonomie. Il est difficile dans ces conditions d'affirmer sans détour le caractère original de l'opération dès lors que pour être présente, elle emprunte aux

⁵⁰ Cass. com. 7 janvier 1992, Bull. civ. I, n° 3 ; D. 1992, somm. 278, obs. L ; Aynès ; RTD.civ. 1992. 763 ; solution reprise dans les mêmes termes par, Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, Bull. civ. I, n° 173 ; Defrénois 2000, p. 1125.

⁵¹ Ch. Larroumet, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵² Alors que ce dernier, dans le cadre d'une cession de contrat, ne devrait pas signifier autre chose qu'une volonté de continuer le contrat avec le cessionnaire.

⁵³ On peut voir dans cette décision une volonté des magistrats de se positionner sur la nature de la cession de contrat dès lors qu'ils auraient pu répondre au pourvoi en se contentant de dire que la cession de portefeuille est une simple cession de créance, et non pas une cession de clientèle. La solution de la Cour dénature complètement l'opération en la reléguant au rang de concept générique servant à désigner toutes opérations constitutives ou créatives d'obligations.

⁵⁴ Voir notamment, J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux, « *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation* », Sirey, éd. 6^{ème}, 2009, p. 351.

mécanismes voisins, translatifs ou créateurs d'obligations. Or, il nous semble possible de considérer que la singularité du mécanisme peut être acquise justement au regard de son objet : la cession conventionnelle de contrat est un mécanisme juridique dont l'originalité s'affirme par son indifférence à l'égard des obligations engendrées par le contrat.

B- Critique de l'effet translatif de droits et d'obligations

16. Le constat qui peut être fait de la présentation actuelle de la cession conventionnelle de contrat, tant en jurisprudence qu'en doctrine est que, dans la trame de ses effets, celle-ci comprend une cession d'obligations. Un tel objet constitue de toute évidence un frein à l'affirmation de l'autonomie du mécanisme. Il nous semble que les propositions qui sont avancées quant à la nature translatrice de l'opération reposent sur un postulat discutable : les droits et obligations naîtraient spontanément, formant ainsi dès le départ une entité globale. Autrement dit, les parties au contrat seraient, dès la formation de celui-ci, titulaires d'une créance et d'une dette globale.

17. Les questions relatives à la date de naissance des obligations sont décisives alors même qu'elles semblent absentes du débat sur la nature et l'autonomie de la cession conventionnelle de contrat. Il convient de rappeler quelques éléments de cette riche discussion. La question du temps dans l'exécution du contrat n'a pas préoccupé les codificateurs et cela, semble-t-il, pour deux raisons⁵⁵ : l'une tient au contrat de référence qui, à l'époque de la naissance du Code civil, était le contrat de vente, contrat qui s'exécute en un trait de temps, l'autre raison tient à la conception abstraite du temps que se faisaient les codificateurs, lesquels l'analysaient comme « la prolongation d'un état statique »⁵⁶. Or, si aujourd'hui le rôle du temps dans l'exécution du contrat est largement reconnu, notamment en ce qu'il constitue le critère de distinction des contrats à exécution instantanée et des contrats à exécution successive, les conditions d'apparitions des droits et obligations demeurent discutées. Plusieurs thèses s'affrontent sur cette question.

Une partie de la doctrine considère que les obligations naissent au moment de la formation du contrat, autrement dit, au moment de la rencontre des volontés. Comme le fait remarquer un auteur, « ... la volonté ayant été promue au rôle fondatrice de l'ordre politique à travers le contrat social, il était logique de lui conférer également le rôle essentiel dans la genèse des obligations »⁵⁷. Dans l'opinion classique, les créances à exécution successive ne sont dès lors qu'une variété de créance à terme. Autrement dit, la créance naît au moment de la formation du contrat et le temps n'a d'emprise sur celle-ci qu'en tant qu'il diffère leur exigibilité. Cette conception reçoit les faveurs d'une partie de la doctrine⁵⁸ et d'une certaine jurisprudence⁵⁹. Mais cette thèse supporte mal l'accumulation des « exceptions ». Par exemple, il semble acquis que l'indemnité d'un contrat d'assurance ne naît qu'au moment du sinistre dont la survenance est, par définition, aléatoire. Comment peut-on prétendre dans

⁵⁵ Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », Rev. Droit et Patrimoine, mars 1998, p. 52.

⁵⁶ G. Rouhette, « La révision conventionnelle du contrat », RID.com. 1986, n° 2 .

⁵⁷ G. Endréo, *op. cit.*, p. 227, n° 4.

⁵⁸ E. Putman, « La formation des créances », thèse, Aix, 1987 ; R. Perrot, RTD.civ. 1885. 965.

⁵⁹ V. par ex., en matière de procédure collective : Cass. civ. 1^{ère}, 16 décembre 1994, D. 1995, p. 166, note F. Derrida.

cette hypothèse que la créance ou la dette est née au moment de la formation du contrat et que c'est seulement son exigibilité qui est différée ?⁶⁰

Prenant le contrepied de cette thèse, d'autres auteurs font valoir que dans ces contrats à exécution successive, ce n'est pas seulement l'exigibilité des obligations qui est retardée, mais leur naissance. M. Endréo explique que « ... lorsque les effets du contrat se déroulent dans le temps, une naissance progressive des droits est [plus] logique »⁶¹. L'auteur fonde sa proposition sur la cause objective de l'obligation, qui n'est autre que la contre-prestation qui va donner naissance à l'obligation. Lors de la conclusion d'un contrat de vente de marchandises, la créance n'est qu'éventuelle. L'existence de celle-ci est conditionnée par la réalisation de la livraison, « ... la livraison accomplie, l'hypothèque majeure qui affectait le droit à rémunération se trouve levée : le droit est né »⁶². Bien qu'elle semble parfois avoir été consacrée par la jurisprudence⁶³, cette thèse implique de prendre position sur la cause. Or, on sait que son rôle durant l'exécution du contrat est très discuté. Par ailleurs, on peut opposer à cette thèse le paradoxe dénoncé jadis par Planiol qui faisait remarquer que les obligations naissant d'un même contrat, en même temps, il était impossible que chacune d'elles soit la cause de l'autre, « On crée un cercle vicieux : si chacune des obligations est l'effet de l'existence de l'autre, aucune d'elle ne peut prendre naissance »⁶⁴. Pour expliquer cette naissance progressive, M. Verdier entrevoit la cause de la naissance des obligations dans le contrat lui-même. Pour cet auteur, « ... la date prévue pour l'exécution de chaque prestation constitue non un élément d'exigibilité, mais un élément essentiel dont l'absence suspend la naissance même du droit »⁶⁵.

Pour autant, cette explication n'est que partielle. Qu'est-ce qui explique que les parties soient « obligées » à l'arrivée de l'échéance du terme ? M. Ancel partage cette conception de la naissance des obligations en démontrant que : « ... c'est la naissance même des obligations, et non seulement leur exigibilité qui est échelonnée dans le temps, selon une périodicité fixée par les contractants eux-mêmes ». Mais l'auteur en donne une explication originale. Il faut admettre que la force obligatoire du contrat ne s'épuise pas dans les obligations que ce dernier est susceptible d'engendrer. La production d'obligations n'est qu'un effet du contrat⁶⁶. Aussi, la force obligatoire du contrat s'impose aux stipulations du contrat qui déterminent les conditions d'apparition des obligations. Tenues également par le contrat, les parties doivent respecter la périodicité.

La démonstration est convaincante. Avant les obligations, il y a le contrat. Les juristes allemands considèrent en effet que le rapport d'obligations « ... doit être distingué du contrat causal qui lui sert de fondement »⁶⁷. Ce rapport d'obligations est un contenu, et un contenu

⁶⁰ Par souci de cohérence, M. Putman considère que la créance existe « en germe », dès la formation du contrat.

⁶¹ G. Endréo, *op. cit.*, p. 242 ; *adde* ; J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, « *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes* », LGDJ, 2005, p. 297. Les auteurs n'expliquent pas en revanche par quel mécanisme ces obligations peuvent naître progressivement.

⁶² G. Endréo, *op. cit. loc. cit.*

⁶³ Cass. com, 21 novembre 1972, D. 1974. 213, note R. Rodières. L'arrêt retient que « ... les créances litigieuses n'ont pris naissance que par l'exécution des commandes » ; Req. 23 juin 1941, D.C. 23, « ... l'obligation de payer le prix par l'acheteur n'était qu'éventuelle et ne prenait naissance que lorsque les marchandises avaient été mises à sa disposition »

⁶⁴ Planiol, « *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol: Obligations, contrats, sûretés réelles* », Vol. 2, n° 1058.

⁶⁵ J.-M. Verdier, « *Les droits éventuels ; contribution à l'étude de la formation successive des droits* », thèse, Paris, 1955, n° 383.

⁶⁶ P. Ancel, *op. cit.*, p. 774 et ss. ; Ch. Atias, « *Qu'est-ce qu'un contrat* », in, « *Droit et économie des contrats* », LGDJ, 2008, p. 11.

⁶⁷ M. Pédamon, « *Le contrat en droit allemand* », LGDJ, 2004, éd. 2^{ème}, p. 121.

seulement possible du contrat. De sorte que, avant d'être « obligées » par le contrat, les parties sont « tenues » de respecter l'ensemble des dispositions, dont la périodicité fixée au contrat. Cette périodicité, parce qu'elle est intégrée au contrat, est soumise à la force obligatoire du contrat et s'impose, à ce titre, aux parties qui ne sauraient dès lors en modifier la teneur unilatéralement.

Ainsi, la thèse de la naissance progressive des obligations est séduisante et correspond d'ailleurs plus à l'économie de la cession de contrat. On peut noter que les effets de la cession de contrat qui sont mis en avant par la doctrine impliquent, indirectement du moins, une adhésion à la thèse de la naissance progressive des obligations. Il est en effet généralement admis qu'avant la cession, le cédant est seul créancier et débiteur tandis qu'une fois l'opération réalisée, le cessionnaire devient, au lieu et place du cédant, seul créancier et débiteur du cédé⁶⁸. À dire vrai, cette présentation relève plus de l'économie de l'opération que d'un raisonnement purement juridique. En effet, il est question au fond de l'utilité et de l'efficacité de la cession de contrat. Peut-on imaginer un instant que le cessionnaire puisse être tenu des obligations nées sur la tête du cédant antérieurement à la cession ?

Un tel effet, reconnu au mécanisme, se concilie mal avec l'idée que le contrat puisse être envisagé dès sa formation comme un ensemble d'obligations. Si tel était le cas, il faudrait admettre que la cession de contrat entraîne la cession de cet ensemble. C'est d'ailleurs ainsi que semble s'analyser la cession de contrat définie par exemple comme le transfert d'un ensemble complexe de droits et d'obligations⁶⁹. Or, on voit bien que ce n'est généralement pas ce que l'on attend du mécanisme puisque l'économie de l'opération implique que les créances et les dettes nées au profit ou à la charge du cédant durant la période précédant la cession restent en principe sur sa tête, le cessionnaire ne devenant créancier et débiteur que pour l'avenir⁷⁰. On pourrait soutenir que ce n'est qu'une partie d'un tout qui est cédé. Certes, mais alors laquelle ? La réponse est d'autant plus difficile à fournir que dans les contrats à exécution successive et à durée indéterminée, il est impossible, au moment de la formation d'un tel contrat de quantifier ces droits et obligations. Il est plus réaliste de concevoir que les créances et les dettes naissent en réalité de manière progressive. Toutefois, cela est-il valable pour toutes les obligations ?

Un auteur a proposé de nuancer cette présentation de la naissance des obligations. Distinguant les obligations à caractère monétaire, des obligations en nature, M. Pignarre explique que si les premières naissent effectivement de manière successive en fonction de la périodicité prévue par les parties, les secondes, en revanche, naissent dès la formation du contrat : « ... à la différence des obligations de somme d'argent, une obligation en nature est par définition unique et globale, elle ne peut donc naître de manière successive »⁷¹. On ne peut que suivre l'auteur dans sa démonstration. L'engagement du bailleur de mettre un immeuble à disposition du locataire naît dès la formation du contrat, seul son processus d'exécution peut lui être postérieur⁷². De sorte que les parties sont dès la formation d'un tel contrat créancière et débitrice. En revanche, le débiteur de l'obligation en nature ne sera créancier des sommes dues par le preneur qu'au fur et à mesure de l'exécution du contrat et en fonction de la

⁶⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Dalloz, éd. 10^{ème}, 2009, p. 1097, n° 1215 ; Ph. Malaurie, « *La cession de contrat* », Defrénois, 1976, art. 31194, p. 1009, n° 25, p. 1009 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, « *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation* », Sirey, éd. 6^{ème}, 2009, n° 413, p. 255.

⁶⁹ Par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès, *op. cit.*, n° 413, p. 255.

⁷⁰ En ce sens, P. Ancel, *op. cit.*, n° 56.

⁷¹ L.- F. Pignarre, « *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé* », thèse, LGDJ, 2010, p. 242 et ss.

⁷² *op. cit.*, p. 246.

périodicité fixée par ce dernier. L'auteur dégage ainsi une position médiane entre celle de M. Ancel et celle de M. Putman.

Cette présentation permet d'expliquer, il est vrai, que le bailleur soit contraint de manière *continue* de mettre un appartement à disposition du locataire et de lui garantir la jouissance paisible des lieux, que l'employeur soit contraint de fournir un travail de manière continue au salarié. Le créancier d'une obligation en nature ne le devient pas au fur et à mesure de l'exécution du contrat, mais dès le départ.

Doit-on pour autant en déduire que la cession d'un contrat dans lequel figurent de telles obligations implique un effet translatif de ces obligations ? La réponse dépend de l'analyse que l'on peut faire de cette obligation en nature et de ses effets dans le temps. Pour admettre un tel effet, il faut concevoir l'obligation comme étant globale et unique, autrement dit, il faut pouvoir la considérer comme un ensemble, un tout. On peut opposer ici la critique de M. Ancel. Celui-ci faisait remarquer, à propos des créances de somme d'argent, que dans les contrats à exécution successive à durée indéterminée : « ... faute de connaître au départ la durée de ces contrats qui peuvent être résiliés à tout moment par l'une ou l'autre des parties, il est difficile de dire que le bailleur (par exemple) est, dès le départ, titulaire d'une créance globale de loyers dont l'exécution est seulement échelonnée »⁷³. Le raisonnement est transposable aux obligations qui vont naître dès la conclusion du contrat. Comment évaluer quantitativement une telle obligation en nature ? Il paraît difficile de concevoir que dès la formation du contrat, le locataire est titulaire d'une créance globale de mise à disposition d'un appartement. Est-ce à dire alors que ces obligations ne sont pas uniques, mais qu'elles s'enchaînent et se succèdent dans le temps ? Une telle affirmation nous renvoie à l'exécution successive des obligations. Mais cette hypothèse semble devoir être réservée aux contrats à durée indéterminée à exécution échelonnée dans lesquels la naissance des obligations en nature est conditionnée par la survenance d'un événement particulier⁷⁴.

Aussi, s'il est vrai que certaines obligations en nature naissent et s'exécutent dès la formation du contrat, il n'est pas aisé d'expliquer la présence dans le temps de telles obligations. Un début d'explication pourrait être trouvé dans un raisonnement ne reposant pas uniquement sur des obligations.

Certains contrats vont investir les contractants d'une qualité particulière autre que celle de simple créancier ou débiteur. C'est, par exemple, la qualité de salarié et d'employeur, de locataire et de bailleur. Or, ce titre est en lui-même générateur d'une obligation grâce à laquelle, le locataire pourra jouir effectivement d'un appartement, le salarié d'un travail. L'exécution de cette obligation ne peut avoir lieu qu'au moment de la conclusion du contrat puisqu'elle conditionne l'effectivité de la situation juridique qu'un tel contrat a vocation à mettre en place. Cela dit, si l'obligation a bien pris naissance dès la formation du contrat, on peut admettre que son existence s'efface dès lors qu'elle a été mise en œuvre par le débiteur.

⁷³ P. Ancel, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 juillet 1996 ; *adde*, du même auteur, « *Force obligatoire et contenu obligationnel* », RTD.civ. 1999.4. En ce sens, L.-F. Pignarre, thèse précitée, p. 204 et ss.

⁷⁴ Prenons l'exemple d'un contrat de maintenance informatique par lequel le prestataire s'engage envers son contractant à exécuter certaines prestations dès lors qu'un problème se présente dans un parc informatique de la société contractante. La société de maintenance est tenue, dès le contrat, mais celle-ci ne sera contrainte d'intervenir qu'en cas de défaillance du matériel. C'est donc que, au-delà de son engagement initial, son obligation en nature ne naîtra réellement qu'au moment de la survenance d'un problème informatique. C'est ce dernier qui est donc le fait générateur d'une telle obligation. Ainsi, dans cette hypothèse, la société propriétaire d'un parc informatique ne sera créancière qu'au fur et à mesure de l'écoulement du temps et au moment de l'apparition d'un problème et le prestataire de service, créancier d'une somme d'argent en fonction de la périodicité fixée au contrat.

L'employeur qui fournit du travail au salarié exécute son obligation. Ainsi, lorsque la personne est placée dans la situation juridique de salarié, cette obligation se désactive, mais *l'effet de son exécution se prolonge dans le temps*. Cet effet n'est autre que la situation juridique dans laquelle est placé le salarié ou le locataire. Une telle obligation ressurgira dans l'hypothèse où le salarié se voit privé de la prestation caractéristique prévue au contrat, à savoir, le travail. Il s'agira de rappeler alors l'employeur à ses obligations. Il en va de même pour le contrat de bail. Sauf stipulations contraires, dès la conclusion du contrat naît l'obligation pour le bailleur de mettre à disposition de la personne investie de la qualité de locataire, un immeuble. Dès l'instant que le locataire est mis en jouissance du bien, cette obligation de mise à disposition se désactive pour se réactiver lorsque le preneur à bail est troublé dans sa jouissance.

Ce ne sont pas ces obligations qui vont lier les parties entre elles, mais le rapport juridique imposé par la nature du contrat. Ainsi, certaines obligations ont pour but de permettre la création d'une situation juridique particulière. Pour ce faire, il apparaît naturel qu'elles soient exécutées dès la formation du contrat. Le rapport juridique ainsi créé et rendu effectif par l'exécution de ces obligations particulières va produire des effets dans le temps et durer le temps que dure le contrat. La succession se fera alors dans ce rapport juridique, voire dans ce rapport d'obligations. Mais dire qu'il y a succession dans un rapport juridique, ne signifie pas qu'une telle succession soit translatrice de droits et obligations.

La cession conventionnelle de contrat est dépourvue d'effet translatif d'obligations, non pas en raison de l'intransmissibilité de la face passive de l'obligation⁷⁵, mais parce qu'elle ne peut avoir pour objet une obligation qui n'est pas née ou qui a déjà été exécutée, quand bien même les effets de celle-ci se prolongeraient dans le temps. Pour utiliser une terminologie différente, on peut dire que la cession de contrat n'entraîne pas une substitution dans les droits et dans les dettes du cédant⁷⁶. M. Ancel a mis en évidence cet aspect de la cession de contrat : son particularisme, écrit-il, « ... c'est, précisément, qu'elle n'affecte pas directement les obligations nées du contrat, mais qu'elle touche plus profondément à la norme contractuelle elle-même ». Cette analyse est par ailleurs transposable aux cessions légales comme l'ont démontré certains auteurs⁷⁷.

La cession de contrat ne peut entraîner la cession d'un ensemble de créances ou de dettes, comme elle ne peut porter sur des obligations passées ou futures. Le cessionnaire n'étant pas lié par les stipulations contractuelles avant la cession, celui-ci ne deviendra créancier et débiteur d'obligations que pour l'avenir et dans le respect de la périodicité fixée par le contrat. Autrement dit, au moment de la cession, le cessionnaire ne récupère pas les

⁷⁵ J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, « *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes* », LGDJ, 2005, p. 299. Les auteurs admettent néanmoins que cet effet translatif existe dans le cadre des cessions légales, dès lors que ces cessions sont le fait de la volonté du législateur.

⁷⁶ Contra, Ph. Malaurie, p. 1035.

⁷⁷ J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, *op. cit.*, p. 298. Ces mêmes auteurs refusent en revanche de transposer cette analyse aux cessions conventionnelles de contrat. L'échange des consentements conduit à la création d'un nouveau contrat.

créances et dettes nées sur la tête du cédant avant la cession⁷⁸, il ne recueille pas non plus les obligations futures qui, par définition, ne naîtront que dans l'avenir et il ne peut également pas tirer profit ou être contraint par une obligation née et exécutée au moment de la formation du contrat et dont seuls les effets se prolongent dans le temps. Cet aspect du mécanisme entraîne certaines conséquences qui participent à l'affirmation de sa singularité.

Le particularisme de l'opération au regard des mécanismes créateurs d'obligations a déjà été souligné⁷⁹. La conception proposée de la cession de contrat permet toutefois d'ajouter un élément distinctif supplémentaire.

18. La cession de contrat ne peut être confondue avec la délégation parfaite ou imparfaite. Outre l'intention de nover, l'« *aliquid novi* », qui constitue une condition de validité de l'opération⁸⁰, la novation a pour effet d'éteindre une obligation antérieure et aboutie à la création d'une obligation nouvelle, d'un nouveau rapport de droit. Un tel rapprochement a été vivement critiqué par un auteur, considérant que la « ... délégation n'a strictement rien à voir avec la cession de contrat, tout simplement parce qu'elle crée à la charge du délégué un engagement nouveau au profit du délégataire »⁸¹. La différence entre les deux opérations nous semble en réalité plus radicale. Ne pouvant avoir pour objet une quelconque obligation, le régime de la cession de contrat n'a pas à être calqué sur celui de la délégation puisque cette dernière ne se conçoit pas indépendamment d'une créance ou d'une dette née et exigible. Les dispositions du Code civil relatives à l'opération⁸² ne sont guère équivoques sur ce point. Les articles 1271 et suivants visent expressément le changement de *créancier* ou de *débiteur*. Dès lors, puisque l'économie de la délégation parfaite ou imparfaite s'articule autour d'une dette ou d'une créance, celle-ci ne saurait être confondue avec la cession de contrat qui est indifférente à un tel objet. En effet, dans le cadre d'une cession de contrat, le cessionnaire substitué au contractant initial ne peut être « obligé » en raison des dettes nées antérieurement à la cession puisqu'il n'était pas partie au contrat. Pour l'avenir, celui-ci sera simplement « tenu » par le contrat, mais non immédiatement « obligé » envers le cédé.

19. L'opération ne saurait non plus être rapprochée de la stipulation pour autrui dont l'objectif est qu'une personne, le promettant, s'engage envers le stipulant à exécuter une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Si l'opération, à l'instar de la délégation, est considérée comme n'ayant aucun effet translatif, c'est parce que celle-ci fait acquérir au tiers bénéficiaire un droit propre, distinct de celui qu'il avait contre le cédant. Ici encore, la distinction nous semble plus radicale. La cession de contrat n'est pas translatrice de droits ou

⁷⁸ C'est cette solution qui est généralement retenue dans le cadre des cessions légales. Il est admis par exemple qu'en cas de substitution de bailleurs (art. 1743 C. civ.), le bailleur cédant reste tenu des obligations nées sur sa tête avant la vente de l'immeuble (Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 1999, Bull. civ. III, n° 243, RTD.civ. 2000, p. 351, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 mai 2001, Bull. civ. III, n° 69). On peut néanmoins regretter que la solution inverse soit parfois retenue par les juges en cas de substitution de preneur. Les hauts magistrats ont en effet considéré que « ... les cessions successives d'un bail commercial opèrent transmission des obligations en découlant au dernier titulaire du contrat qui devient débiteur envers le bailleur des dégradations causées par ses prédécesseurs », Cass. civ. 3^{ème}, 9 juillet 2003, Bull. civ. III, n° 145, RTD. civ. 2003, p. 725, obs. P.-Y. Gautier

⁷⁹ V. par ex. Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 1024 et ss.

⁸⁰ Article 1273 du Code civil.

⁸¹ Ch. Larroumet, « La descente aux enfers de la cession de contrat », D. 2002, p. 1555, *adde*, W. Dross, « Clausier. Les clauses essentielles des contrats de droit privé », Litec, 2010, p. 242.

⁸² Articles 1271 et ss. du Code civil.

d'obligations, simplement parce que celle-ci ne touche pas aux obligations et n'en crée pas de nouvelles.

Ceci étant dit, la cession de contrat laisse intactes les dettes nées antérieurement à la cession. Dès lors, rien n'interdit à la partie cédante restant redevable envers le cédé des dettes nées sur sa tête de les transmettre au cessionnaire. Auquel cas, le recours à la délégation ou à la novation par changement de débiteur pourrait se justifier et venir compléter une cession de contrat. Dans l'hypothèse où les parties envisageraient de transmettre à la fois une créance et une dette exigible, il n'est pas déraisonnable de considérer que la cession de créance soit doublée alors d'une délégation de dette. De manière générale, les parties doivent être libres de déterminer dans leur contrat le sort des dettes et créances nées antérieurement à la cession.

20. Par ailleurs, il ne semble pas que la cession de contrat doive être soumise aux formalités de signification de l'article 1690 du Code civil⁸³. Il n'est pas nécessaire de l'expliquer en faisant valoir que l'existence de la volonté du cédé d'accepter le nouveau contractant implique que l'information du cédé a été réalisée⁸⁴. Si cette disposition ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre d'une cession de contrat, c'est simplement par ce qu'une telle opération ne peut être identifiée de près ou de loin à une cession de créance. Pour autant, ce point pose problème dans l'hypothèse où la faculté de substitution a été prévue par les parties dans le contrat initial. Dans ce cas, il est nécessaire que le cédé soit informé que celle-ci a été mise en œuvre, sans quoi, on peut difficilement lui reprocher de ne pas exécuter ses obligations à l'égard du nouveau contractant. Il semble cependant que cette information puisse être réalisée par quelques moyens que ce soit pour lui faire produire effet à l'encontre du cédé⁸⁵.

21. Ainsi, sans qu'il soit nécessaire d'embrasser l'ensemble des situations juridiques ayant pour objet une obligation, on peut remarquer que la cession de contrat ne se préoccupe guère des créances ou des dettes nées antérieurement à la cession. On voit mal dès lors, comment l'opération pourrait avoir vocation à les remplacer par de nouvelles. Il est donc impossible de prétendre que par l'effet de la cession, « ... le cessionnaire acquiert du cédant les droits et obligations que celui-ci avait à l'égard du cédé »⁸⁶, puisqu'en réalité, *la cession de contrat n'est à aucun moment translatrice, extinctive ou créatrice d'obligations*⁸⁷.

En résumé, il est possible de concevoir le mécanisme comme ayant un objet autre que les obligations que peut engendrer le contrat. L'économie de l'opération s'oriente alors vers sa capacité à permettre la continuation du contrat avec l'ensemble des stipulations qu'il contient et qui ne se résume pas à un simple rapport d'obligations. La cession de contrat se réalise simplement par la succession d'un tiers dans le rapport obligatoire initial.

Cependant, cette seule affirmation ne permet pas de mettre le mécanisme à l'abri des critiques formulées notamment par les opposants à l'autonomie de la cession de contrat. Il convient d'apporter des précisions quant à l'objet de la cession et sur ses modalités de réalisation.

⁸³ *Contra*, Cass. com. 1^{ère}, 5 févr. 2009, préc.

⁸⁴ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, « *Traité de droit civil. Les effets du contrat* », LGDJ, éd. 3^{ème}, 2001, n° 1054.

⁸⁵ En ce sens, Ch. Lachièze, « *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat* », D. 2000, p. 190, n° 26.

⁸⁶ Ph. Malaurie, *op. cit.*, p.1030.

⁸⁷ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *op. cit.*, n° 1053.

Partie II

Une modification de la qualité de partie

22. L'affirmation selon laquelle la cession de contrat est indifférente aux obligations ne permet pas d'asseoir confortablement le mécanisme dans le paysage juridique. Pour ce faire, il faut admettre que la qualité de partie puisse être en elle-même objet de la substitution. Aussi, est-il nécessaire dans un premier temps de faire état des arguments mis en avant par ceux qui nient la possibilité même d'une telle cession (A) avant de faire part des considérations qui permettent de concevoir la substitution de partie dans le rapport obligatoire (B).

A- Arguments à l'encontre de la transmissibilité de la qualité de partie

23. Indépendamment des hésitations qui concernent la nature de la cession de contrat, un certain flottement entoure également la terminologie utilisée pour la désigner. On sait que pour éviter de s'opposer frontalement à la question de l'intransmissibilité de la dette, on fait plus facilement référence à l'idée de « substitution de partie ». Mais dès lors que celle-ci est analysée comme un ensemble d'obligations, les difficultés resurgissent. En revanche, envisager cette substitution de partie sans affirmer que l'opération est translatrice de droits ou d'obligations, c'est opposer à ses détracteurs une fin de non-recevoir. Ainsi, la cession de contrat aurait simplement pour objet de substituer une partie à une autre dans le lien contractuel indépendamment de tout rapport d'obligation. C'est ce qu'admet M. Lachière, pour qui «... un contrat, au sens large de convention, peut avoir pour objet de substituer un tiers à une partie dans les liens d'un contrat »⁸⁸. Pourtant, cette aptitude de la qualité de partie à pouvoir être cédée à un tiers est loin de faire l'unanimité en doctrine.

24. La cession de contrat conçue comme une substitution de partie dans le rapport obligatoire subit plusieurs critiques formulées par les opposants au mécanisme de la cession : l'incessibilité de la qualité de partie et la disparition du contrat en cas de retrait de la partie présente au contrat initial.

25. Certains considèrent ainsi que « ... la personne n'est pas fongible et qu'elle est en principe insubstituable »⁸⁹. On peut lire également que cette fongibilité de la qualité de partie n'est pas du pouvoir des parties, le reconnaître « ... conduirait à leur permettre de dénaturer le concept même de contrat »⁹⁰. En d'autres termes, la qualité de partie ne serait pas cessible, car « ... elle n'est pas interchangeable quand bien même le contrat ne serait pas conclu en considération de la personne »⁹¹. La critique consiste, en définitive, à faire valoir que le contrat est avant tout un lien juridique entre deux personnes, qu'il ne peut donc exister indépendamment des parties qui l'ont conçu. De sorte qu'admettre la substitution de partie dans le rapport contractuel revient à se demander « ... si la qualité de partie contractante est

⁸⁸ Ch. Lachière, *op. cit.*, p. 189, n°22.

⁸⁹ E. Jeuland, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », D. 1998, Chron. p. 356.

⁹⁰ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *op. cit.*, n° 1053.

⁹¹ M. Billiau « Cession de contrat ou « délégation » de contrat ? », JCP. G. 1994, doctrine 3758, n°3.

une chose dans le commerce »⁹², si l'homme peut être considéré comme un bien⁹³ susceptible, à ce titre, d'être transféré comme peuvent l'être les créances nées d'un contrat. L'unique moyen d'échapper à ces critiques est alors de concevoir que cette qualité de partie n'est en réalité rien d'autre qu'un ensemble de droits et d'obligations avec toutes les difficultés précédemment évoquées. Cette conception ontologique de la qualité de partie emporte des conséquences radicales.

26. Le retrait de cet élément essentiel du contrat que constitue la qualité de partie rompt le lien contractuel. En effet, si cette qualité n'est *a priori* pas cessible, c'est parce qu'elle fait corps avec le contrat. Elle est un élément si essentiel que son retrait entraîne la disparition du lien contractuel qui unit les contractants. La substitution n'y change rien. Le changement de partie dans le rapport contractuel peut bien se réaliser instantanément, le lien contractuel initial est rompu⁹⁴. En conséquence, si les parties s'entendent pour substituer un tiers au contrat, elles devront nécessairement conclure un nouveau contrat. Les termes du débat sont bien connus et régulièrement rappelés par les opposants à l'autonomie de la cession de contrat : il est nécessaire, « ...si l'on souhaite remplacer une personne par une autre dans un contrat, soit de considérer le contrat comme un bien qui, à ce titre, peut être transmis à un tiers, soit de conclure un nouveau contrat »⁹⁵.

Outre la question de la cessibilité de la qualité de partie, les auteurs mettent en avant l'automatisme des effets juridiques produits par la rencontre des volontés : il ne saurait y avoir véritable cession de contrat sans le consentement du contractant cédé, certes, mais dès lors qu'un tel consentement est exprimé, il entraîne la formation d'un nouveau contrat⁹⁶. Autant dire que dans les deux cas, la cession de contrat est inconcevable.

B- Arguments favorables à la substitution de partie dans le rapport obligatoire

27. Les opposants à la conception objective du contrat invoquent le caractère essentiellement subjectif de ce dernier et la primauté du lien juridique entre les parties, pour interdire la cessibilité de cette dernière.

Cette thèse repose sur un présupposé qui nous semble discutable. Elle n'envisage qu'un aspect de la qualité de partie. Il va sans dire que les contractants initiaux sont à l'origine de la création du rapport contractuel, ils sont donc « partie » au contrat qui va les lier. La force obligatoire va alors s'exercer sur l'ensemble du contrat et les dispositions que celui-ci contient. Or, si les parties sont tenues par le contrat, c'est parce qu'elles sont soumises à sa force obligatoire. C'est donc que la qualité de partie est également un « élément » du contrat au même titre que l'ensemble des stipulations contractuelles. Autrement dit, les parties sont à l'origine de la norme, mais elles sont également soumises à celle-ci⁹⁷. L'« identité » des parties est fixée dans les termes du contrat. Elle renseigne les tiers et le cocontractant sur le

⁹² *op. cit., loc. cit.*

⁹³ *op. cit., loc. cit.*

⁹⁴ On sait que ces remarques visent principalement à remettre en cause la conception objective du contrat développée notamment par M. Aynès, afin de permettre, grâce à la persistance de sa cause, la circulation du contrat, lequel devient alors autonome au regard des parties qui l'ont formé.

⁹⁵ E. Jeuland, *op. cit., loc. cit.*

⁹⁶ M. Billiau, *op. cit.*, n° 2

⁹⁷ P. Ancel, *op. cit.*, n° 57.

bénéficiaire du contrat. Si on admet que les éléments du contrat peuvent être modifiés par les parties, rien ne s'oppose à la modification de la titularité de la qualité de partie.

La cession de contrat fait bénéficier le cessionnaire de la qualité de partie dans le contrat voire celle de débiteur et/ou de créancier dans un rapport d'obligations. Ceci étant dit, la substitution dans le rapport d'obligation n'implique pas la transmission d'une obligation. Dans tous les cas, la cession de contrat se traduira uniquement par la modification du titulaire d'une qualité particulière au sein du contrat. La modification de la qualité de créancier et/ou de débiteur confère au cessionnaire l'aptitude à bénéficier d'une prestation ou à pouvoir être tenu de l'exécuter, sans que la créance ou la dette ne soient encore nées. Cette aptitude, envisagée du côté du créancier, c'est le privilège créé par le contrat qui fait que c'est cette personne et pas une autre qui va pouvoir bénéficier de la prestation. La force obligatoire apparaît ici comme étant exclusive puisqu'elle protège celui qui a la qualité de créancier en excluant ceux qui ne l'ont pas. Du côté du débiteur, la force obligatoire est contraignante. Alors même que la dette n'est pas née, en d'autres termes que le débiteur n'est pas encore « obligé », celui-ci de par sa qualité reste néanmoins « tenu ». Il ne peut sortir du rapport d'obligations.

Le changement de titulaire de la qualité de partie au contrat ou celle de créancier/débiteur dans le rapport d'obligations, ne va pas atteindre le contrat puisque c'est un élément appartenant à son contenu qui va être modifié et non le contrat lui-même. La norme contractuelle qui lie les parties ne sera pas affectée par un tel changement. La « loi » du contrat demeure donc inchangée.

28. Rien ne justifie dès lors que le consentement du cédé, nécessaire pour modifier un tel élément, soit créateur d'un nouveau contrat entre celui-ci et le cessionnaire. La volonté des parties, si on accepte de la prendre en considération, est de substituer un tiers dans la relation contractuelle d'un contrat qui reste inchangé, non pas de remettre en cause le contrat⁹⁸. L'accord sur la faculté de substituer une partie dans le rapport contractuel peut par ailleurs être scellé au moment de la formation du contrat par les parties initiales. Mais dans tous les cas, il paraît particulièrement excessif de faire produire ou d'imposer à cet échange des consentements un effet que n'ont pas voulu les cocontractants. Certes, la liberté de ces derniers n'est pas pleinement souveraine, mais on peut néanmoins s'interroger sur l'intérêt de leur proposer ou de leur imposer au titre d'une conception étriquée de la relativité des conventions et au prix de contorsions explicatives, un système en désaccord avec l'objectif qu'elles recherchent.

29. La libération du cédant peut être analysée comme un effet voulu par les parties du seul fait qu'elles entendent substituer un tiers au contractant initial. De ce point de vue, cette libération apparaît comme un effet naturel de la cession de contrat⁹⁹, à défaut de manifestation contraire de volonté des parties. L'engagement du cédé de n'avoir pour contractant que le seul cessionnaire par le fait de la substitution, vaut également engagement de sa part à ne pas poursuivre le cédant. Aucune autre figure contractuelle n'est susceptible d'être employée pour parvenir à cet effet recherché par les parties. Il convient cependant d'apporter une précision sur ce point : parce qu'elle ne porte aucunement sur les obligations, la cession de contrat n'a pas pour effet de libérer le cédant des dettes nées antérieurement à la cession à l'encontre du cédé. Par ailleurs, rien n'interdit aux parties de manifester l'intention de maintenir le cédant

⁹⁸ En ce sens, E. Jeuland, *op. cit., loc. cit.*

⁹⁹ En ce sens, E. Jeuland. Cependant, la libération du cédant de la cession de contrat semble invoquée pour mieux souligner le particularisme de la « substitution de personne » qui n'est pas censée produire un tel effet.

dans le rapport contractuel. Dans ce cas, sans être « obligé » par le contrat, le cédant sera simplement « tenu » au titre de garant.

30. La cession de contrat envisagée comme la simple modification d'une qualité à l'intérieur du contrat emporte des conséquences quant à son domaine. L'écoulement du temps, en ce qu'il est loin de constituer une garantie de stabilité contractuelle, affecte lourdement la maîtrise de l'homme sur l'avenir. C'est une des raisons pour laquelle le contrat successif se présente comme le terrain d'élection de la cession conventionnelle de contrat. Pour autant, il n'est point utile de dire que ces contrats n'ont vocation à circuler, qu'autant que leur résultat matériel, défini comme « ... la prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat »¹⁰⁰ n'a pu être atteint. Il y a lieu de considérer au contraire que si les contrats à exécution successive sont principalement concernés par la cession c'est uniquement pour des raisons économiques et parce que c'est dans ces contrats que l'intérêt du mécanisme s'exprime pleinement. Cela dit, quel que soit sa cause ou son objet, dès l'instant qu'un contrat n'a pas épuisé tous ses effets, la substitution reste possible, et cela, sans qu'il soit nécessaire de savoir si le but poursuivi par les parties au contrat initial a été atteint. La cession de contrat peut avoir lieu sans que celle-ci porte nécessairement sur l'obligation principale, caractéristique du contrat à exécution successive. Et puisque le tiers est substitué dans un rapport contractuel avant même d'hériter de la qualité de créancier ou de débiteur, celui-ci peut bénéficier de toutes les prérogatives attachées au contrat.

Ainsi, on peut concevoir qu'un contrat à exécution instantanée puisse faire l'objet d'une cession dès lors, par exemple, que l'exécution n'a pas eu lieu¹⁰¹ ou a été retardée¹⁰², sous réserve qu'il s'agisse réellement d'une substitution de partie dans le rapport contractuel et non d'une simple cession d'un droit. On peut également envisager que la substitution de contractant ait lieu dans des contrats où la naissance des obligations n'est qu'éventuelle. Il s'agit notamment des contrats conclus sous condition suspensive dans lesquels les parties, sans nécessairement être débitrice ou créancière, demeurent tenues par le contrat.

31. En résumé, il y a lieu de dire que la cession de contrat n'implique nullement un parti pris quant à la nature du contrat. Ce dernier peut demeurer un lien entre deux personnes et l'identité des parties dans le rapport contractuel être modifiée sans pour autant concevoir la qualité de « partie » comme une chose dans le commerce. La substitution de partie dans le rapport contractuel est une opération certes possible et souhaitable, mais également particulière qui ne se confond pas avec les autres mécanismes juridiques ayant pour objet une obligation. En outre, celle-ci ne heurte nullement ces « colonnes du temple contractuel »¹⁰³, que sont la force obligatoire (art. 1134 C. civ.) et la relativité des conventions (art. 1165 C. civ.). En définitive, la cession conventionnelle de contrat est l'occasion de vivifier la liberté contractuelle. Il suffit, pour ce faire, de ne pas l'enfermer dans une conception étriquée du contrat, ni faire prévaloir la rigueur d'effets mécaniques de l'échange des consentements, sur le but que les parties ont en vu. La volonté de ces dernières doit rester maîtresse de la portée et du contenu de la cession.

¹⁰⁰ L. Aynès, *op. cit.*, n° 315.

¹⁰¹ L'exemple topique est celui des promesses synallagmatiques de vente. Sur cette question, voir notamment

¹⁰² J. Flour, J.- L. Aubert, E. Savaux, « *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation* », Sirey, éd. 6^{ème}, 2009, n° 402, *adde*, M. Fabre-Magnan, « *Droit des obligations. 1. Contrat et engagements* », PUF, Thémis, éd. 2^{ème}, 2010, p. 540.

¹⁰³ L'expression est empruntée à M. Aynès.

