

Partie III – Les obligations

Mustapha Mekki
Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité
Directeur de l'I.R.D.A.

- 1. Exécution, circulation et extinction de l'obligation** – Pour clore cette trilogie des liens entre la réforme du droit des obligations et le droit des sociétés, il reste à aborder les incidences des règles relatives au régime général des obligations. De manière courante dans le monde des affaires, il est fait appel au régime général des obligations par les différents créanciers : modalités structurelles et temporelles des obligations, opérations sur obligations par changement d'obligation ou par création d'une obligation nouvelle, extinction de l'obligation par satisfaction du créancier ou sans satisfaction du créancier, droits du créancier (droit à l'exécution et protection de son droit de gage général), auxquels il convient d'ajouter aujourd'hui le droit des restitutions. Pour aller à l'essentiel, toutes les dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 ne peuvent être abordées et une sélection des points à traiter a dû être opérée.
- 2. Le régime général des obligations, facteur d'insécurité en droit des sociétés** – Le régime général des obligations n'est probablement par le volet le plus rigoureux de l'ordonnance. Les ambiguïtés sont fréquentes et les incohérences sont nombreuses¹. Matrice fondamentale des activités économiques, on peut regretter que de nombreuses dispositions relatives au régime général des obligations soient encore sources d'interrogations. Le droit des sociétés est une terre fertile pour le régime des obligations : cession de droits sociaux analysée tantôt comme une cession de contrat, tantôt comme une cession de créance ; reprise de dettes en cas de cession de contrôle d'une société ou « substitution » dans un contrat de cautionnement pouvant être analysée comme une cession de dette, une délégation ou une novation par changement de débiteur ; fonctionnement des comptes-courant d'associés et extinction par le mécanisme de compensation ; transfert des garanties de passif analysé comme une cession de créance ; anéantissement d'une cession de droits sociaux et élaboration d'un compte de restitutions... Malgré l'accueil que le droit des sociétés réserve au régime général des obligations, les dispositions proposées répondent imparfaitement aux fins poursuivies par la réforme et formalisées par la loi d'habilitation.
- 3. Objectifs poursuivis par l'ordonnance du 10 février 2016 et régime général des obligations** – La partie relative au régime général des obligations est loin de satisfaire aux objectifs visés par l'ordonnance du 10 février 2016. Le premier objectif a été de renforcer la sécurité juridique du droit des obligations ce qui suppose, d'une part, de rendre le droit plus accessible et plus intelligible et, d'autre part, d'en renforcer le caractère prévisible. S'agissant de l'accessibilité, on peut noter de nettes améliorations. Sur la forme, tout d'abord, inspiré de l'avant-projet François Terré, un titre distinct est consacré au régime des obligations qui gagne en autonomie par rapport au droit des contrats. Sur le fond, les clarifications sont nombreuses : simplification des règles relatives à la procédure d'offres réelles (art. 1345-1 à 1345-3 C. civ.), suppression de distinctions inutiles (notamment les différents types de conditions), allègement du nombre des dispositions (par ex. sur

¹ V. V. Forti et L. Andreu (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2016.

l'obligation alternative). La simplification vient également des vertus pédagogiques de la codification : définitions, répétitions, consolidations des acquis jurisprudentiels (effets de la déchéance du terme entre codébiteurs, compensations judiciaire et conventionnelle, conditions de l'action oblique et de l'action paulienne...). Si le volet simplification de la sécurité juridique semble satisfait, il en va autrement du volet prévisibilité. En effet, les sources de doutes sont nombreuses : droit transitoire qui n'a pas été pensé pour le régime des obligations (l'art. 9 de l'ordonnance se limite au contrat) ; maladresses rédactionnelles (art. 1304-4 sur la renonciation à une condition suspensive « accomplie » ; solidarité passive et exceptions opposables, art. 1315) ; carences des textes (aucune disposition sur les débiteurs successifs en cas de cession de dette, sort de la distinction entre délégation certaine et incertaine, existence d'une indemnité due à l'usure et place et notion de bonne foi, etc.). Ces incertitudes sont malvenues, notamment dans le domaine du droit des sociétés où la sécurité juridique est le poumon de l'activité économique.

4. Valeurs promues par l'ordonnance du 10 février 2016 et régime général des obligations – Malgré ces imperfections, qui font perdre à l'économie générale du texte une partie de sa pertinence, l'ordonnance tente néanmoins d'être en harmonie avec les valeurs promues par la loi d'habilitation². Il s'agit, tout d'abord, de la recherche d'une plus grande efficacité économique qui se traduit par une place de choix laissée à l'expression de la liberté contractuelle (clauses de rétroactivité de la condition suspensive, clause d'incessibilité de la créance, clause de non solidarité, clause relative aux modalités d'évaluation des fruits à restituer...) et par une volonté d'encourager la circulation des obligations (cessions de dette et cessions de créance, délégation et novation...), circulations non dépourvues d'une certaine part de spéculation (cessions des créances douteuses ou incertaines, intérêt conventionnel négocié dans la subrogation...). D'une manière générale, l'obligation n'est pas appréhendée seulement comme un lien mais aussi sinon comme un bien, du moins une valeur économique. On peut cependant regretter la recrudescence d'un formalisme *ad validitatem* en décalage avec l'esprit général de la réforme pour la cession de contrat et la cession de créance. La justice contractuelle est l'autre valeur promue par la réforme qui rejaillit sur différentes dispositions : lutte contre les comportements déloyaux par des références nombreuses à la bonne foi, sans que l'on sache toujours de quelle bonne foi il s'agit, ou mesures destinées à rééquilibrer les patrimoines, notamment par la technique des restitutions ou par la clarification des actions aidant à la préservation du droit de gage général du créancier (action oblique, action paulienne...).

5. L'exécution et la circulation des obligations – En droit des sociétés, le régime général des obligations tel qu'il a été pensé par l'ordonnance du 10 février 2016 offre donc un bilan mitigé. Pas de révolution cependant, mais une évolution des textes qui, pour l'essentiel, conforte les acquis jurisprudentiels. Pour en faire état, une analyse en trois temps est envisageable, qui respecte le cycle naturel d'une obligation : l'exécution (I), la circulation (II) et l'extinction de l'obligation (III).

I. L'exécution des obligations et le droit des sociétés

6. L'exécution des obligations est ici entendue au sens le plus large. Il s'agit de toutes les dispositions qui se rapportent, en amont, à l'aménagement de l'obligation à exécuter (A),

² V. Ch. de Cabarrus, Présentation de la réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations, in Le nouveau régime général des obligations, Dalloz, thèmes et commentaires, 2016, p. 2 et s., spéc. 6 et s. (sécurité juridique, renforcer l'attractivité du droit français, droit plus protecteur).

aux actions permettant en aval au créancier de préserver son droit à exécution et aux dispositions relatives, *ex post*, à l'exécution de l'obligation de restitution (C).

A. L'aménagement temporel de l'obligation

7. **La question spécifique de la condition suspensive** – L'ordonnance du 10 février 2016, pour l'essentiel, clarifie les règles relatives aux modalités de l'obligation. Sans aborder les règles applicables aux modalités structurelles (pluralité d'objets et de sujets), celles relatives aux modalités temporelles de l'obligation, à savoir le terme et les conditions, ne comportent pas d'innovations majeures. A l'aune du droit des sociétés, il convient de se concentrer sur les conditions suspensives. Il est fréquent, en effet, que l'acquisition de titres soit suspendue à la réalisation d'un audit (social, fiscal, environnemental), à l'octroi d'une autorisation administrative, ou encore au respect d'un certain formalisme. Il est fréquent, en particulier, qu'une clause d'agrément soit érigée en condition suspensive, agrément accordé par des associés ou par des tiers³. La condition est définie à l'article 1304 comme l'obligation qui « *dépend d'un événement futur et incertain* ». Elle est suspensive « *lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple* ». Au regard de la définition proposée, une condition suspensive ne peut avoir pour objet un élément constitutif du contrat. Le consentement ne peut en ce sens être l'objet d'une condition suspensive. Ceci explique que la vente d'un bien qui interviendrait pendant une procédure collective ne peut avoir pour condition suspensive l'autorisation du juge-commissaire, élément essentiel à la formation du contrat. Dans le même esprit, même si certaines décisions de fonds ont validé ce type de condition suspensive⁴, l'estimation de la valeur des droits sociaux par un tiers ne peut être l'objet d'une telle condition. Le prix n'est pas un élément objectivement incertain. En outre, il constitue une condition de validité du contrat et non une simple modalité.

Certaines modifications ont été apportées au régime de la condition suspensive qui vont impacter la rédaction des futures clauses contractuelles.

8. **Condition suspensive et délai de réalisation** – Tout d'abord, les articles 1175 à 1178 du Code civil n'ont pas été repris. Notamment, l'article 1176 disposait que « *S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas* ». A l'exception d'un récent arrêt, qui reste isolé, autorisant les juges du fond à fixer un délai tacite⁵, la jurisprudence a toujours refusé, en l'absence de délimitation temporelle de la condition suspensive, de s'immiscer dans le contrat en fixant un terme raisonnable. Pour éviter que l'obligation ne dure indéfiniment, il est de bonne pratique de fixer un délai de réalisation. Il faut éviter de mettre les parties dans une situation d'attente déraisonnable. Que l'on songe par exemple à l'existence d'une promesse de cession de droits sociaux sous réserve d'un audit environnemental demandé par l'acquéreur deux ou trois ans plus tard ! A défaut d'avoir prévu par précaution un tel délai, le juge pourrait-il fixer un terme raisonnable en se fondant sur l'article 1305-1 alinéa 2 nouveau du Code civil ? Cette disposition prévoit à propos du terme que « *A défaut d'accord (des parties), le juge peut le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties* ». La rédaction de cet alinéa rend toutes les interprétations envisageables. Ne sachant pas quelle sera la position future des juges en raison de la disparition de l'article 1176 du Code civil et en raison de l'ambiguïté de l'article 1305-1 nouveau du Code civil, il est fortement conseillé de circonscrire dans le

³ V. par ex., Cass. 1re civ., 27 sept. 1983, n° 82-13.944. V. A. Couret et C. Perrier, Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive, Bull. Joly Sociétés 1999, p. 52.

⁴ C.A. Bordeaux, 6 février 1878, D. 1879, 2, 38 ; C.A. Dijon, 15 déc. 1881, S. 1882, 2, 297.

⁵ Cass. 3^{ème} civ., 20 mai 2015, n° 14-11851.

temps la réalisation de la condition suspensive, surtout dans un domaine qui demande célérité et rapidité telle que la cession des droits sociaux.

9. Distinction de la condition potestative et de la défaillance fautive de la condition –

Si l'article 1304-2 nouveau du Code civil prohibe la condition potestative qui dépend de la seule volonté du débiteur⁶, l'article 1304-3 traite distinctement de la condition défaillie par la faute du débiteur qui est alors réputée accomplie : « *La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement* ». L'article 1304-5 nouveau du Code civil ajoute que « *Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation* ». Cette dernière hypothèse se rencontre assez régulièrement en droit des sociétés. Prenons le cas d'une affaire concernant un groupe d'actionnaires majoritaires qui avait conclu une convention *buy or sell* avec un groupe d'actionnaires minoritaires. En vertu de cette convention, si l'un des groupes proposait la vente des actions à un certain prix le bénéficiaire de l'offre devait l'accepter ou alors céder ses propres actions aux mêmes conditions. Le groupe d'associés majoritaires avait proposé la cession de la totalité des actions de la société à un tiers à la condition suspensive que le groupe des minoritaires accepte de céder ses actions. Or, le groupe majoritaire avait fixé un prix beaucoup moins élevé que celui qui était proposé au tiers. Par conséquent, les minoritaires se sont prévalus de la convention *buy or sell* et se sont portés acquéreurs de la totalité des actions. Les juges ont considéré que le cédant avait volontairement fixé un prix moins élevé pour échapper de manière fautive à son engagement envers le tiers. Au visa de l'article 1178 du Code civil (demain au visa de l'article 1304-3 nouveau du Code civil), il a été jugé que « *la faute qu'elle retenait à la charge de la société Hi trois, de M. Parize et de la société SVGM avait empêché l'accomplissement de la condition assortissant l'obligation dont ils étaient débiteurs et que celle-ci aurait dû en conséquence être réputée accomplie* »⁷.

10. Absence de rétroactivité de la condition suspensive –

Une autre modification importante est le principe de non-rétroactivité de la condition suspensive accomplie (art. 1304-6 nouv. C. civ.). La condition produit ses effets au jour de sa réalisation. Ce défaut de rétroactivité peut être problématique en cas de clause d'accroissement définie comme la combinaison d'une condition suspensive et d'une condition résolutoire. Cette clause tontinière peut figurer dans les statuts d'une société. elle stipule que le décès de l'un d'eux fait automatiquement du survivant le détenteur des droits sociaux⁸. La rétroactivité permet de considérer le survivant comme ayant toujours été le seul et unique propriétaire des droits sociaux. Désormais, l'absence de rétroactivité automatique de la condition suspensive doit inviter les rédacteurs à modifier leur rédaction en prévoyant expressément son caractère rétroactif, dérogeant ainsi à la règle supplétive de l'article 1304-6 alinéa 1^{er} C. civ.

11. Condition suspensive défaillie et renonciation –

Enfin, la question controversée de la renonciation à une condition défaillie n'a pas été clairement réglée par l'article 1304-4

⁶ Observons que la notion de potestativité n'est plus utilisée et que la formule de l'article 1304-2 C. civ. paraît plus restrictive que la jurisprudence qui avait opté pour un critère plus pragmatique prenant en considération le caractère discrétionnaire de la condition. On luttait ainsi contre l'arbitraire d'un débiteur qui empêchait la naissance d'une obligation ou provoquait son anéantissement, v. en ce sens, J. Ghestin, La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, in Mélanges A. Weill, Dalloz, 1983, p. 243 et s. Le changement de formule ne devrait cependant pas entraîner une remise en cause de la jurisprudence, v. égal. en ce sens, O. Deshayes, Th. Génicon et Y.-M. Lathier, Réforme du droit des contrats..., op. cit., spéc. p. 572.

⁷ Cass. com., 28 avr. 2009, n° 08-13.044, F-D.

⁸ M. Cozian, La clause tontinière, Droit et patrimoine, 1994, p. 22. Adde, F. Collard, La condition suspensive confrontée à la pratique notariale, d'un régime à l'autre, JCP (N), n° 47, 20 nov. 2015, 1217, spéc. n° 30 et s.).

nouveau du Code civil. Lorsque la condition est pendante, la renonciation ne soulève pas de difficultés. Si la condition a été rédigée dans l'intérêt commun des parties, la renonciation ne peut se faire que d'un commun accord. S'il s'agit d'une condition rédigée dans l'intérêt exclusif d'une partie, cette dernière est la seule à pouvoir y renoncer unilatéralement. La difficulté naît de l'hypothèse où l'une des parties souhaiterait y renoncer alors que la condition est défaillie. Sur ce point, deux courants s'opposent, tant sur le plan doctrinal que jurisprudentiel⁹. Certaines décisions soutenues par une partie majoritaire de la doctrine refusent toute possibilité de renoncer à une condition suspensive défaillie. La défaillance de cette condition suspensive entraîne automatiquement et de plein droit caducité du contrat auquel elle se rapporte. Il s'agit d'une conception dite objective de la condition suspensive. D'autres auteurs, s'appuyant sur des arrêts de plus en plus nombreux, admettent au contraire que celui dans l'intérêt exclusif duquel la condition suspensive a été rédigée peut y renoncer, y compris après sa défaillance.

L'intérêt pratique d'une telle règle n'est pas négligeable. Il se peut que le prêt n'ait pas été accordé dans le délai imparti mais 24 heures plus tard. Il se peut encore qu'un acquéreur de droits sociaux aie suspendu la promesse à la réalisation d'un audit environnemental révélant un taux de pollution dont le coût est légèrement plus élevé que le seuil fixé dans la condition suspensive. Dans toutes ces hypothèses, est-il opportun de relancer la machine contractuelle depuis le début dès lors que les parties sont d'accord pour poursuivre le processus contractuel ? Une modernisation de la condition suspensive s'imposait.

L'ordonnance n'a malheureusement pas mis fin à la controverse, contrairement à ce qu'affirme le rapport remis au président de la République. Ni la lettre de l'article 1304-4 C. civ. ni l'esprit « révélé » par le rapport ne permettent de trancher définitivement la question. Selon l'article 1304-4, « *une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie* ». Le terme « accomplie » est ambigu car « accomplie » n'est pas « défaillie ». Si on considère qu'il s'agit d'une erreur de plume et que « accomplie » englobe la condition « défaillie », c'est la conception objective qui semble avoir été consacrée comme le confirme un passage du rapport remis au président de la République. L'article 1304-6 al. 3 C. civ. confirme d'ailleurs cette analyse : « *en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé* ». Cependant, le rapport poursuit son « explication » par une phrase qui relance la controverse : « *Bien sûr, la partie qui avait intérêt à la condition pourra toujours y renoncer après cette défaillance si elle obtient l'accord de son cocontractant* ». Cette affirmation est en contradiction avec la conception classique et objective que prône le rapport dans le début de son exposé ? En outre, si l'accord du cocontractant permet de renoncer à cette défaillance, s'agit-il du même contrat qui renaît de ses cendres ou d'un nouveau contrat ? Et s'il est question d'un nouveau contrat, ne doit-on pas « repurger » certains droits de préemption ou de préférence ? Si la promesse a été conclue avant le 1^{er} octobre 2016, il faudrait également appliquer les nouvelles dispositions de l'ordonnance. Enfin, si un accord *a posteriori* peut autoriser le bénéficiaire de la condition suspensive « à y renoncer », rien n'exclut donc qu'une telle autorisation puisse être donnée *a priori* au moyen d'une clause contractuelle.

En attendant que les juges prennent position, il faut considérer que l'article 1304-4 est une règle supplétive qui peut être écartée par les parties et encourager la rédaction claire et non équivoque de clauses prévoyant qu'en cas de défaillance de la condition, seule la

⁹ M. Latina, L'automatisme de la condition en question : RDC 2013 p. 579.

partie dans l'intérêt de laquelle elle a été rédigée peut y renoncer, en veillant à ce que cette renonciation *a posteriori* soit elle-même limitée dans le temps pour éviter que le cocontractant ne soit à la merci de son partenaire pour une durée déraisonnable.

B. La préservation des droits du créancier

Selon l'article 1341 nouveau du Code civil, « *le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi* ». Pour préserver ce droit, il est mis à la disposition du créancier diverses actions dont les dispositions ont été pour l'essentiel rafraîchies par l'ordonnance du 10 février 2016.

12. Les actions ouvertes au créancier – Le créancier dispose d'un certain nombre d'actions lui permettant de protéger ou restaurer l'intégrité de son droit de gage général. L'ordonnance réunit l'ensemble de ces actions dans un Chapitre III qui comprend l'action oblique (art. 1341-1 C. civ.), l'action paulienne (art. 1341-2 C. civ.) et les actions directes en paiement prévues par la loi (art. 1341-3 C. civ.). Ces actions ne sont plus perçues comme une exception au principe de l'effet relatif, ne se limitant effectivement pas aux relations contractuelles, mais comme un moyen pour le créancier de préserver ses droits. Si le dernier article se contente de rappeler l'existence d'actions directes en paiement prévues par la loi sans innover et en négligeant les actions directes en garantie ou en dommages et intérêts¹⁰, le régime de l'action oblique et celui de l'action paulienne sont clarifiés par une consolidation, pour l'essentiel, de la jurisprudence constante.

13. L'action oblique – Tout d'abord, l'article 1341-1 C. civ. apporte une précision quant à la nature de l'action oblique. Il ne s'agit pas d'une représentation, car le créancier n'agit pas au nom du débiteur mais pour son « compte »¹¹. Si représentation il y a, elle serait éventuellement de nature imparfaite. L'action oblique, ensuite, est ouverte en cas de carence du débiteur et non de simple inaction¹². Cela confirme qu'il ne s'agit pas de sanctionner un débiteur dont l'inaction lui serait imputable mais de remédier à son inaction quand bien même elle serait indépendante de sa volonté (maladie, incarcération...). La carence permet d'intégrer également le cas où le débiteur a commencé à agir mais n'est pas allé au bout du processus. Il n'a pas été à proprement parler inactif mais il y a tout de même bien une carence en cours de procédure. Cette carence sera probablement présumée à suivre la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation¹³. Le créancier peut exercer les droits et actions du débiteur, qui existent dans le patrimoine de ce dernier, ce qui ne réduit pas son champ de compétence aux seules actions en justice, mais étend son pouvoir à diverses prérogatives telles qu'une mesure de publicité, un acte de dépôt... L'article précise également, avec une certaine redondance, que le créancier ne peut exercer les droits et actions attachés à la personne du débiteur et ceux qui présentent un caractère extrapatrimonial¹⁴. Le droit des sociétés offre sur ce point une illustration topique. Un arrêt rendu par la Chambre commerciale du 4 décembre 2012¹⁵ a en effet statué pour la première fois sur la possibilité pour un créancier d'exercer par voie oblique le droit de retrait de l'associé d'une société civile. L'action avait

¹⁰ G. Loiseau, Les actions ouvertes au créancier, in *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2016, p. 21 et s., spéc. n° 6, p. 26.

¹¹ En ce sens déjà, Fr. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Obligations. Régime*, PUF, 2013, n° 74.

¹² G. Wicker et L. Sautonie-Laguionie, Les actions ouvertes aux créanciers, *JCP (G)*, 2015, suppl. au n° 21, p. 68, spéc. n° 6.

¹³ Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2010, n° 09-13083 ; Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2005, Bull. civ. I, n° 167.

¹⁴ Sur cette catégorie de droits, J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 773 et s., p. 798 et s.

¹⁵ Cass. com., 4 décembre 2012, Bull. civ. IV, n° 222.

été exercée par l'administration douanière pour le compte d'un couple d'associés d'une société civile professionnelle. La Cour de cassation a jugé qu'une telle action était exclue en raison du caractère strictement personnel de ce droit. Les juges insistent en faisant observer que ce droit de retrait était une faculté réservée à l'associé qui pouvait donc ne pas l'exercer. Ce qui vaut pour l'associé d'une SCP devrait valoir pour tous les cas où ce droit de retrait est consacré par la loi, y compris dans un GIE et au sein des sociétés à capital variable.

L'insolvabilité du débiteur n'est certes pas une condition mais il faut tout de même que les droits du créancier soient menacés, que ces droits se rapportent à une chose monétaire ou non monétaire. Enfin, l'action exercée produit ses effets sur le patrimoine du débiteur, conséquences sans dommages pour le créancier lorsque l'action a pour objet l'exécution d'une obligation non monétaire, mais plus problématique lorsqu'il s'agit d'une créance de somme d'argent. C'est l'effet collectif de l'action oblique !

14. L'action paulienne – S'agissant de l'action paulienne, elle est plus souvent sollicitée en droit des sociétés¹⁶. Régie par l'article 1341-2 C. civ., les apports de l'ordonnance la concernant sont moins importants. Cette disposition consolide essentiellement la jurisprudence antérieure. Cet article dispose, en premier lieu, que la sanction de la fraude paulienne est l'inopposabilité et non la nullité¹⁷. La sanction de la nullité est cependant parfois préférée en droit des sociétés, lorsqu'elle est la seule sanction à pouvoir rétablir les droits du tiers victime¹⁸. En deuxième lieu, cet article confirme que lorsque l'acte frauduleux est à titre onéreux, l'inopposabilité est conditionnée à la connaissance par le tiers de la fraude¹⁹. Cette exigence peut constituer un obstacle majeur en présence d'une société frauduleuse car elle suppose d'établir que tous les associés connaissaient l'insolvabilité du fondateur ou du rapporteur auteur de l'acte frauduleux²⁰. Dans l'hypothèse, cette fois, d'un apport frauduleux, cette condition supposerait d'établir que la société, prise en la personne de ses dirigeants, connaissait son caractère frauduleux.

Pour le reste, le silence permet de reconduire les positions jurisprudentielles passées : le créancier doit justifier de droits, en principe, antérieurs à l'acte frauduleux, une fraude aux droits du créancier doit avoir été commise ce qui permet de reconduire la jurisprudence qui exigeait au moins une conscience du préjudice causé... On peut cependant regretter que le texte ne rappelle pas formellement l'exigence d'un préjudice causé au créancier telle que l'atteinte à la solvabilité du débiteur ou l'établissement de la privation d'un droit sur un bien spécial²¹. L'appauvrissement du débiteur, expression de l'atteinte à sa solvabilité, n'est pas toujours aisé à établir notamment en droit des sociétés. Prenons l'exemple d'un apport frauduleux fait en société par un associé. A proprement parler, il n'y a pas d'appauvrissement car l'associé acquière en contrepartie des droits sociaux. Pourtant, il a été jugé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 3

¹⁶ B. Lecourt, *De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés*, Mélanges Yves Guyon, Dalloz, 2003, p. 615. Les techniques sociétaires sont fréquemment utilisées pour échapper à l'action du créancier ou atténuer l'efficacité de ses droits : fusion d'une société pour rendre caduc un engagement de caution (Cass. com., 10 oct. 1995, BJS, 1995, p. 1058, note M.-L. Coquelet), augmentation de capital par un apport en nature par un associé qui souhaite éviter une saisie de ses créanciers, dissolution hâtive pour échapper aux effets d'une procédure collective (en faisant racheter les parts par un seul associé ou en cédant toutes les parts à un seul et même tiers), constitution d'une société frauduleuse (ex. Cass. 3^{ème} civ., 9 juillet 2003, JCP (E), 2003, 1371).

¹⁷ Déjà, Cass. com., 14 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 134.

¹⁸ V. sur ce point, M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, 29^{ème} éd., Lexisnexis, 2016, n°189 et s., p. 88 et s.

¹⁹ V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2006, Bull. civ. I, n° 547.

²⁰ V. not. Cass. com., 28 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 36 ; Bull. Joly 1992, p. 419, § 133, note P. Le Cannu ; Dr. Sociétés, 1992, comm. 75, note T. Bonneau.

²¹ Cass. 3^{ème} civ., 6 oct. 2004, Bull. civ. I, n° 163 ; Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 2008, n° 07-14262.

décembre 2002 que l'apport d'un immeuble à une société civile immobilière constitue un appauvrissement du patrimoine des associés apporteurs et justifie l'exercice de l'action paulienne²². Pourtant, il n'y a pas à proprement parler appauvrissement. En revanche, l'objectif de l'associé était de rendre plus difficile l'exercice par le créancier de ses droits. Or, compliquer l'action du créancier suffit à fonder une telle action paulienne²³.

Des précisions auraient également été les bienvenues quant aux caractères de la créance : certain au jour de l'acte frauduleux, doit-elle être exigible²⁴ et liquide au jour de l'action paulienne ? L'action paulienne demeure une technique précieuse en droit des sociétés car l'affectation d'un bien dans le patrimoine d'une société est souvent un moyen pour les associés d'échapper à leurs créanciers.

C. L'exécution de l'obligation de restitution

15. Un effet de la loi ? – L'ordonnance du 10 février 2016 intègre le droit des restitutions dans un chapitre V (art. 1352 et s. ord.)²⁵. Ces règles s'appliquent à toute cause d'anéantissement du contrat (nullité caducité et résolution) et à la répétition de l'indu. Les restitutions sont un « effet de la loi »²⁶, selon la formule du rapport remis au président de la République²⁷. Cela produit plusieurs conséquences. Les délais de prescription de l'action en nullité et de l'action en restitution sont les mêmes. Au regard de l'article 4 du CPC et de l'office du juge, si une demande en anéantissement est formulée, elle emporte automatiquement demande de restitutions²⁸. Enfin, il n'y a qu'un pas entre « l'effet de la loi » et « l'effet légal du contrat ». Ne peut-on pas, en se fondant sur ce raisonnement, défendre l'application immédiate des dispositions relatives aux restitutions ? La question n'est pas encore tranchée.

16. Restitution en nature et restitution en valeur – En se limitant aux grandes lignes de la réforme, il convient, tout d'abord, de noter la *summa divisio* entre la restitution d'une chose et celle d'une somme d'argent (art. 1352 C. civ.). S'agissant de la chose, le principe de la restitution en nature est consacré. La restitution en valeur de la chose demeure ainsi une exception²⁹. Dans ce dernier cas, par exemple, la revente des titres litigieux à un tiers de bonne foi, obligerait le cédant à se satisfaire d'une restitution par équivalent³⁰. En revanche, la restitution en nature s'impose en cas de simple transformation des droits sociaux. Ainsi en est-il de la nullité d'une cession ayant eu pour objet des parts sociales d'une SARL qui sont devenues, après transformation de la société en SA, des actions³¹.

²² Cass. com., 3 déc. 2002, Juris-Data n° 2002-016940 ; Droit des sociétés n° 8-9, août 2003, comm. 141, obs. Fr.-X. Lucas.

²³ En ce sens, déjà, Cass. 3^{ème} civ., 20 déc. 2000, Bull. Joly, 2001, p. 305, § 81, note H. Le Nabasque : « *En statuant ainsi, alors que les apports n'étaient plus la propriété des époux, et sans rechercher si la difficulté de négocier les parts sociales et le risque d'hypothèque sur les immeubles du chef des sociétés ne constituaient pas des facteurs de diminution de la valeur du gage du créancier et d'appauvrissement des débiteurs, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

²⁴ On peut répondre par la négative en s'appuyant sur les termes de l'article 1304-5 C. civ.

²⁵ N. Blanc, Les restitutions, Gaz. Pal., 4 juin 2015, n° 155, p. 14 et s. ; J. Klein, Les restitutions, JCP 25 mai 2015, suppl. au n° 21, p. 74 et s.

²⁶ En ce sens, v. not. J. Ghestin, Chr. Jamin et M. Billiau, Les effets du contrat, LGDJ, 3^{ème} édition, 2001, n° 526, p. 584. Rapp. Cass. 3^{ème} civ., 22 juillet 1992, Bull. civ. III, n° 263.

²⁷ Rapport : « *La question des restitutions est donc désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions devenant un effet de la loi* ». Rapp. art. 1110 al. 1^{er} nouv. C. civ.

²⁸ Cass. 3^{ème} civ., 29 janvier 2013, n° 01-03185 : le juge statue *infra petita* s'il ne statue pas sur les restitutions à la suite d'une demande en résolution.

²⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1998, n° 96-18790 : Bull. civ. I, n° 142 (cession de parts de SCP).

³⁰ V. par ex. C.A. Versailles, ch., 1^{re} sect., 26 mai 2011, n° 10/02606 (nullité pour absence de consentement) ; Cass. com., 14 juin 2005, n° 03-12339 : Bull. civ., IV, n° 130 (nullité pour dol).

³¹ CA Besançon, 25 févr. 1982 : M. c/ G. : Bull. Joly Sociétés 1983, p. 370, n° 165. On peut cependant se demander si cette transformation de la société et de la nature des droits sociaux ne devrait pas être davantage analysée en une

Une modification majeure a été apportée par l'ordonnance (art. 1352 nouv. C. civ.) quant à la date d'évaluation de la chose en cas de restitution en valeur. La chose est désormais évaluée au jour de la restitution et non au jour de l'acte de cession. Cette modification a des conséquences importantes. En effet, en cas de nullité d'une cession de droits sociaux, la jurisprudence précisait que l'évaluation des droits à restituer en valeur se faisait au jour de l'acte de cession³². Avec ce nouvel article 1352 du Code civil, la jurisprudence est combattue par la loi. La date de restitution devrait désormais être celle du jugement. Si les droits sociaux ont augmenté de valeur, le cédant pourra ainsi en profiter. Cependant, cette règle peut se retourner contre le cédant dans certaines hypothèses. Prenons le cas où les actions ne valent plus rien au jour de la restitution, n'est-ce pas une solution aux effets pervers préjudiciables au cédant ? A moins que l'on puisse compenser avec les dispositions relatives à la détérioration ou la dégradation et obliger le cessionnaire à payer une indemnité à ce titre. Cependant, l'article 1352-1 sur l'indemnité en cas de détérioration ou dégradation ne concerne que l'hypothèse d'une restitution en nature et non celle d'une restitution en valeur ! Peut-être serait-il plus opportun de prévoir une clause contractuelle qui déterminerait les modalités d'évaluation de la valeur des droits à restituer au jour de la cession et à condition d'être de bonne foi, s'il s'avérait que la valeur au jour de la restitution est inférieure à la valeur des actions au jour de la cession. Si le principe est le caractère supplétif des règles, une telle clause est envisageable.

17. Indemnités en cas de dégradation ou détérioration – En vertu de l'article 1352-1 nouv. C. civ., à moins que celui qui est tenu de restituer la chose soit de bonne foi et n'ait pas commis de faute, il répond des dégradations et des détériorations qui ont diminué la valeur de la chose (art. 1352-1 C. civ.) et doit adjoindre à la restitution de la chose une indemnité. Cette précision est bienvenue car la jurisprudence n'est pas toujours très claire sur cette question. En principe, actuellement, toute dégradation donne lieu à une indemnité³³, quand bien même le débiteur, l'acheteur par exemple, ne serait pas fautif³⁴. Une question abordée précédemment mérite d'être posée à l'aune de l'article 1352-1 C. civ. Si entre la cession de droits sociaux et l'anéantissement du contrat, la société est dans une situation financière telle que la valeur des actions a considérablement diminué, peut-on demander au cédant la restitution en nature des titres et une indemnité pour la diminution de leur valeur qui peut être qualifiée de détérioration ou de dégradation ? Le raisonnement est défendable³⁵ si la faute du cessionnaire est à l'origine de cette dépréciation ou s'il est de mauvaise foi. Un obstacle majeur cependant : l'article 1352-1 C. civ. semble avoir été pensé pour les choses corporelles et non pour les choses incorporelles !

18. Restitution du prix et revente du bien – En cas de revente du bien, une autre règle est applicable. Le vendeur doit restituer le seul prix perçu, il faut entendre le prix de revente, s'il est de bonne foi, et la valeur du bien au jour de la restitution s'il est de mauvaise foi (art. 1352-2 C. civ.). La combinaison des articles 1352 et 1352-2 C. civ. entraîne une remise en cause de la jurisprudence qui s'est construite à l'occasion des cessions de droits sociaux en cas de revente à un tiers. La Cour de cassation exigeait, en ce cas, le remboursement de la valeur des titres au jour de la cession et rien de plus, l'acquéreur-revendeur conservant alors la plus-value de l'opération : « *l'annulation de la cession litigieuse*

restitution par équivalent ?

³² En ce sens, Cass. com., 14 juin 2005, n° 03-12339, Bull. civ. IV, n° 130. Dans le même sens, Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-17637.

³³ Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 1967, Bull. civ. I, n° 358.

³⁴ Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1987, Bull. civ. I, n° 183.

³⁵ Rapp. Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-18314, F-D.

confère au vendeur, dans la mesure où la remise des actions en nature n'est plus possible, le droit d'en obtenir la remise en valeur au jour de l'acte annulé »³⁶. La restitution en valeur correspondait à la valeur des actions au jour de la cession et non au prix de revente. L'ordonnance permet désormais au cédant de récupérer la plus-value réalisée lors de la revente voire la valeur des droits sociaux au jour de la restitution en cas de mauvaise foi.

19. La restitution des fruits et de la valeur de la jouissance – L'une des innovations majeures réside au sein de l'article 1352-3 qui prévoit, en plus de la restitution de la chose, celle des fruits et de la valeur de la jouissance que la chose a procurée. Les dividendes, généralement analysés comme des fruits³⁷, sont directement impactés par ces nouvelles dispositions. Cet article contredit la jurisprudence rendue à propos des fruits, qui conditionne leur restitution à la mauvaise foi de celui qui est tenu de les restituer. Cette règle combat plus généralement la jurisprudence de la Cour de cassation qui semblait rejeter toute indemnité de jouissance, au nom d'une mystérieuse rétroactivité de l'anéantissement du contrat³⁸. Si les dividendes sont des fruits tout autre avantage patrimonial, évaluable en argent, entre dans la catégorie de la simple jouissance (par exemple logement de fonction, voiture de fonction...). Il devrait en aller de même des actions remises en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, de la distribution d'actions gratuites ou de tout autre avantage rattaché à la détention des titres. Cependant, il ne faut pas exagérer les conséquences en pratique de cette nouvelle disposition car la bonne ou mauvaise foi, qui n'est pas une condition de recevabilité de la demande de restitution des fruits et de la valeur de jouissance, constitue tout de même le curseur à partir duquel sera fixée la date de naissance de cette créance de restitution. Si celui qui doit restituer est de mauvaise foi, le montant de la restitution des fruits et de la valeur de jouissance est calculé à compter du paiement. En revanche, s'il est de bonne foi, c'est du jour de la demande (art. 1352-7 C. civ.). Encore faut-il savoir s'il s'agit de la bonne foi du droit des biens, ignorance du défaut de qualité de l'auteur ou du vice de l'acte, ou s'il s'agit de la bonne foi du droit des contrats, au sens de comportement loyal. Il faut également réserver le cas de l'action rédhibitoire en cas de vices cachés. La jurisprudence refuse toute indemnité de jouissance dans ce cas précis et cette hypothèse pourrait continuer à être traitée de manière distincte³⁹. En revanche, aucune disposition n'est consacrée à l'usure qui, par conséquent, ne semble donner droit à aucune indemnité.

La question des fruits est une source régulière de contentieux en droit des sociétés, notamment à propos des dividendes qui peuvent être payés de différentes manières

³⁶ Cassation d'un arrêt de cour d'appel qui avait ordonné à l'acheteur de restituer au vendeur une somme égale au prix de revente des actions à un tiers et les dividendes qu'il aurait dû percevoir au motif le cédant doit être replacé dans la même situation que celle où il se serait trouvé si la vente annulée n'avait jamais eu lieu, Cass. com., 14 juin 2005, n° 03-12339 : Bull. civ. IV, n° 130.

³⁷ Cass. com., 5 oct. 1999 : Bull. civ. 1999, IV, n° 163 ; Rev. sociétés 2000, p. 286, note H. Le Nabasque. Comp. A. Couret et A. Reygrobelle, Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, Bull. Joly 2015. 113 : les auteurs intègrent les dividendes dans la catégorie des indemnités de jouissance. Comp. sur la distribution de réserves, Cass. com. 27 mai 2015 n° 14-16246 : « dans le cas où la collectivité des associés décide de distribuer un dividende par prélèvement sur les réserves, le droit de jouissance de l'usufruitier de droits sociaux s'exerce, sauf convention contraire entre celui-ci et le nu-propriétaire, sous la forme d'un quasi-usufruit, sur le produit de cette distribution revenant aux parts sociales grevées d'usufruit, de sorte que l'usufruitier se trouve tenu, en application du premier des textes susvisés, d'une dette de restitution exigible au terme de l'usufruit et qui, prenant sa source dans la loi, est déductible de l'actif successoral lorsque l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier ».

³⁸ Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004, n° 02-16302 : Bull. civ. ch. mixte, n° 2.

³⁹ Pour les différentes explications d'une telle dérogation, v. E. Savaux, note sous Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 2014, n° 12-15520, PB ; R.D.C., 2014, p. 358. *Contra*, O. Deshayes, Th. Génicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats..., op. cit., spéc. p. 816 et s.

(numéraire, actions...)⁴⁰. Alors que la mauvaise foi imposait autrefois la restitution de tous les dividendes⁴¹, cette mauvaise foi n'est plus une cause d'irrecevabilité de toute restitution mais permet aujourd'hui de déterminer la date d'évaluation des dividendes à restituer. Notons surtout, détail pratique important en droit des sociétés, que l'article 1352-3 C. civ. prévoit la possibilité de déterminer par une clause contractuelle les modalités d'évaluation des fruits, ce qui n'est pas négligeable en la matière. Cependant, cette clause pourrait avoir une portée limitée en cas de mauvaise foi ou de faute lourde du débiteur et s'avérer également sans effet si elle figure dans un contrat qui a été annulé. On peut, en revanche, en cas de résolution considérer qu'elle fait partie de ces clauses qui sont « destinées à produire effet même en cas de résolution » (art. 1230 nouv. C. civ.).

De manière plus générale, peut-on par convention aménager l'ensemble des règles relatives aux restitutions ? Comme la nullité peut être constatée d'un commun accord, du moins en cas de nullité relative, rien n'interdit un aménagement notamment *a posteriori* des effets. Quant à la résolution, l'article 1229 al. 2 évoque la prise d'effet de la résolution dans les conditions prévues par la clause résolutoire, laissant ainsi entendre que cet aménagement est envisageable dans le cadre d'une clause *a priori*. Enfin, le principe de liberté contractuelle et les précisions données par le rapport remis au président de la République permettent de considérer que les règles relatives aux restitutions sont en principe des règles supplétives.

20. Soustraction des dépenses nécessaires et utiles – En outre, l'article 1352-5 prévoit que « pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution ». Cette déduction des dépenses faites par le cessionnaire est prévue de longue date en matière de cession de droits sociaux⁴².

Enfin, l'article 1352-9 conforte la jurisprudence et dispose que « Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme ».

II. La circulation de l'obligation

21. L'obligation n'est pas qu'un lien mais peut aussi relever de la catégorie des biens. Ce transport de l'obligation peut se faire soit directement par des opérations de cession (A), soit indirectement par les techniques de novation et de délégation (B).

A. Le transport direct des obligations

22. Les cessions – En droit des sociétés, les opérations de cessions sont fréquentes. Que l'on songe par exemple aux opérations de fusions-absorptions qui combinent différents types de cessions, lorsqu'il s'agit d'une transmission d'actifs de cédant à cessionnaire et non d'une transmission universelle⁴³. La question de la cession est abordée de deux manières différentes au sein de la réforme. Il s'agit, d'un côté, de la cession de contrat qui

⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, n° 98-21847, F-D : « la cour d'appel a exactement énoncé que la résolution remettant la chose dans le même état qu'avant la vente, les fruits des actions devaient être également restitués ; qu'ayant retenu que M. X... avait perçu des dividendes, la cour d'appel en a justement déduit qu'il devait les restituer, outre les actions ».

⁴¹ Cass. com., 2 février 2016, n° 14-19278. V. déjà, Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-17637.

⁴² Cass. com., 29 mars 1994, n° 92-14245 : Bull. civ. IV, n° 137 : Bull. civ. IV, n° 137 : « l'annulation de la cession litigieuse conférerait au vendeur le droit d'obtenir la remise des actions en nature ou en valeur, sans qu'aucune réduction ne puisse affecter le montant de cette restitution, à l'exception des dépenses nécessaires ou utiles faites par l'acquéreur pour la conservation des titres ».

⁴³ Cette dernière échappe aux règles applicables aux cessions.

relève des effets du contrat (1) et, de l'autre, des cessions de créance et de dettes qui relèvent du régime général des obligations (2). Même si la cession de contrat ne relève pas à proprement parler du transfert direct des obligations, les similitudes de régime avec les autres cessions justifient qu'elle soit abordée à ce stade.

1. La cession de contrat

23. Cession de contrat et « succession d'un tiers au contrat » - Les articles 1216 et suivants nouveaux du Code civil font de la cession de contrat une opération autonome, moniste, rattachée aux effets du contrat⁴⁴. A vrai dire, il ne s'agit pas réellement d'une « cession ». Comme l'indique l'article 1216 qui en fournit une définition, il s'agit surtout de céder sa qualité de partie au contrat. Laurent Aynès souligne ainsi que « *Plutôt que d'une cession de contrat, il s'agit de la succession d'un tiers à une partie dans le lien contractuel. Cependant l'expression « cession de contrat » est devenue coutumière (...); nous la conserverons donc mais sans nous laisser abuser par les mots* »⁴⁵. La cession de contrat, consacrée par des textes spéciaux⁴⁶ et connue de la jurisprudence antérieure⁴⁷, n'avait pas de régime rigoureux et cohérent, les arrêts renvoyant tantôt aux règles de la cession de créance, tantôt à celles de la délégation. Elle est désormais pourvue d'un régime propre.

24. Le régime juridique de la « cession de contrat » - La cession doit se faire par écrit à peine de nullité (art. 1216 al. 3 C. civ.). Le cocontractant cédé doit donner son « accord », dont on ne sait pour le moment s'il s'agit d'un consentement, condition de validité de la cession, ou d'une simple autorisation, à défaut de laquelle la cession peut produire ses effets en « interne » et pouvant être remplacée par une autorisation judiciaire⁴⁸. Le cédant reste tenu des dettes passées et futures à moins d'être spécialement libéré par le cédé pour l'avenir (art. 1216-1 C. civ.). A défaut d'être libéré, le cédant est tenu solidairement avec le cessionnaire, sauf clause évinçant cette solidarité. Enfin, le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette parmi lesquelles la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. Les exceptions personnelles au cédant ne peuvent être opposées par le cessionnaire au cédé (art. 1216-2 al. 1 C. civ.). Quant au cédé, il peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant (art. 1216-2 al. 2 C. civ.). Si le cédant est libéré, les sûretés consenties prennent fin à défaut d'accord des tiers et la libération du cédant ne libère pas les codébiteurs solidaires qui restent tenus déduction faite de la part du cédant libéré (art. 1216-3 C. civ.). Le droit des sociétés connaît depuis longtemps cette institution⁴⁹. Les applications actuelles sont nombreuses et les applications virtuelles sont stimulantes.

25. Les applications actuelles de la cession de contrat en droit des sociétés – La cession de contrat est une technique sociétaire très souvent utilisée. Certains associés peuvent apporter des contrats en société, apports parfois prévus par la loi (contrat de travail, contrat de bail, contrat d'assurance...). Demain, la reprise d'acte pour les sociétés en formation (art. 1843 C. civ. et art. L. 210-6 C. com.) pourrait davantage passer par la technique de la cession de contrat. Il est vrai cependant qu'elle est moins protectrice du dirigeant que la reprise des actes prévue par la loi. En effet, les textes spéciaux prévoient

⁴⁴ L. Aynès, La cession de contrat, Droit et patrimoine, juillet-août 2015, n° 249, p. 73 et s. Adde, Ph. Simler, Cession de dette, cession de contrat, in *Le nouveau régime général des obligations*, op. cit., p. 99 et s.

⁴⁵ L. Aynès, La cession de contrat, préc., p. 73.

⁴⁶ V. par ex. art. 1743 C. civ. (bail de droit commun), art. L. 313-8 CMF (contrat de crédit-bail qui suit la transmission du bien financé), 1224-1 C. trav. (contrat de travail)...

⁴⁷ Cass. com., 6 mai 1997, n° 94-16335.

⁴⁸ L. Aynès, Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé, D. 1998, p. 25, spéc. n° 12.

⁴⁹ R. Mortier, La nouvelle cession de contrat au service des sociétés, Droit des sociétés n° 4, avril 2016, comm. 51.

une libération totale du dirigeant alors que dans la cession de contrat il resterait tenu au côté du cessionnaire et de manière solidaire, sauf clauses contraires. Quoiqu'il en soit c'est un schéma qui pourrait convenir à certaines reprises. Autre inconvénient cependant, s'il s'agit d'une cession de contrat, la convention est conclue entre le dirigeant et la société et peut entrer dans le champ d'application des conventions réglementées. Cette cession de contrat peut connaître également un regain d'intérêt dans les relations intra-groupes. Il arrive en effet que la société-mère prenne des engagements auxquels elle aimerait se substituer une filiale ou inversement. Plutôt que d'utiliser la promesse de porte-fort ou la stipulation pour autrui, le contrat conclu entre le cédé et la société-mère (ou entre le cédé et une filiale) pourrait comporter une clause de substitution prévoyant la cession de qualité de partie à la filiale (ou à la société-mère).

26. L'application virtuelle de la cession de contrat : la cession de droits sociaux – La cession de contrat pourrait connaître un champ d'application relativement large en droit des sociétés si la Cour de cassation se laissait séduire par l'analyse pertinente défendue par certains auteurs selon laquelle la cession de droits sociaux ne serait pas une cession de créance mais une cession de contrat. Il est en effet réducteur de considérer l'associé comme un simple créancier de la société. La cession de droits sociaux pourrait parfaitement être qualifiée de cession de contrat au sens où l'entend l'article 1216 du Code civil⁵⁰, c'est-à-dire la cession de la qualité d'associé de la société, du moins lorsqu'elle entraîne une cession de contrôle⁵¹. Analyser l'apport de titres en sociétés ou la cession de droits sociaux comme une cession de contrat permet de se détacher de la cession de créance pendant longtemps rattachée à la vente. Les conséquences sont multiples. Tout d'abord, la détermination du prix dans la cession de droits sociaux ne serait plus une condition de validité. Ensuite, l'obligation d'information ne porterait plus seulement sur les droits sociaux mais aussi sur l'activité de la société. Alors une erreur sur l'actif et le passif de la société devient plus facile à admettre car la substance ne concerne pas seulement les droits qui se rapportent aux droits sociaux mais concerne aussi l'activité de la société. Attention cependant à ce que cela ne soit pas analysé comme une simple erreur sur la valeur. Dans le même esprit, enfin, la garantie des vices cachés, dont le champ d'application est limité en cas de cession de droits sociaux, pourrait s'étendre à l'activité de la société si la qualification de cession de contrat l'emportait.

27. Applications virtuelles de la cession de contrat : la clause de substitution – Prenons, enfin, un cas très singulier : la clause de substitution dans la promesse unilatérale de cession de titres de sociétés et, spécialement, car un enjeu fiscal existe (art. 1589-2 C. civ.), les titres ayant pour objet la construction, l'acquisition ou la gestion d'immeubles, à diviser ou divisés par fractions attribuées aux associés et de sociétés dont l'actif est constitué principalement par des terrains non bâtis. Limitons nous à ce cas particulier prévu par l'article 1589-2 C. civ. Quelle est la nature juridique de cette clause de substitution ? Depuis longtemps, les juges refusent de qualifier juridiquement cette substitution⁵². La doctrine a proposé différentes qualifications : stipulation pour autrui, technique autonome de substitution⁵³ et, spécialement, la cession de contrat⁵⁴. Si cette

⁵⁰ V. en ce sens, En ce sens, M. Caffin-Moi, Cession de droits sociaux et droit des contrats, Thèse Paris XII, dir. D. Bureau, 2007, p. 313 et s., n^{os} 445 et s.

⁵¹ Sur cette singularité de la cession de droits sociaux entraînant une cession de contrôle, v. l'École de Rennes, J. Paillusseau et R. Contin, La cession de contrôle d'une société : JCP 1969, I, 2287 ; Cl. Champaud, Présentation de la cession de contrôle, in Nouvelles techniques de concentration : Litec 1972, p. 140.

⁵² Rejet notamment de la qualification de cession de créance, Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avril 1987, Bull. civ. III, n^o 68.

⁵³ E. Jeuland, Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, JGDJ, 1996.

dernière qualification n'a jamais été formellement retenue, c'était, notamment, de peur que l'administration fiscale n'y voit une « cession » portant sur ladite « promesse » au sens de l'article 1589-2 et exige ainsi soit le respect de la forme notariée, soit un enregistrement dans les dix jours, à peine de nullité absolue⁵⁵. Si le silence, volontaire ou non de la jurisprudence, a permis un temps à la clause de substitution d'échapper à la qualification de cession de contrat, il n'est pas certain que cette « discrétion jurisprudentielle » puisse persister. La clause de substitution, y compris dans la promesse unilatérale de vente, a de grandes chances d'être demain qualifiée de cession de contrat⁵⁶. Les arguments sont nombreux en ce sens. Tout d'abord, la qualification était moins pertinente autrefois car la cession de contrat avait un régime variable auprès des juges, facteur d'insécurité juridique, qui se référaient tantôt à la cession de créance, tantôt à la délégation, sans grande cohérence. Il existe désormais un régime cohérent figurant aux articles 1216 et suivants du Code civil qui devrait faciliter la tâche des juges. Ensuite, la « cession de contrat », qui n'est pas réellement une cession de contrat, mais une simple technique permettant de réaliser la « succession d'un tiers à une partie au contrat », qui permet de « céder sa qualité de partie au contrat à un tiers » (art. 1216 C. civ.), correspond parfaitement au mécanisme de la substitution. En outre, la proposition avait été faite par le passé de créer dans le cadre d'une future réforme du droit des obligations une technique de substitution distincte de la cession de contrat mais l'ordonnance n'a pas suivi cette partie de la doctrine⁵⁷. Enfin, la qualification *sui generis* choisie par les parties qui continueraient à qualifier l'opération de substitution, ne s'impose pas aux juges qui redonneront à l'acte sa véritable qualification juridique. Pour toutes ces raisons, la distinction entre substitution de contractant et cession de contrat « ne devrait pas survivre à l'ordonnance du 10 février 2016, laquelle fait précisément de la cession de contrat un transfert de la « qualité de partie au contrat » (art. 1216), c'est-à-dire une substitution de personne dans le lien contractuel »⁵⁸. Il faut en tout état de cause attirer l'attention des rédacteurs sur ce risque, notamment les notaires, qui sauront en toute connaissance de cause opérer les choix les plus opportuns à savoir, soit continuer à utiliser la clause de substitution comme si de rien n'était, soit anticiper et supprimer toute prise de risque en qualifiant formellement la clause de cession de contrat. Si l'objectif de certains auteurs, tels que notre collègue Charles Gijbers⁵⁹, est de ne pas attirer l'attention des juges et de l'administration, il paraît tout de même dangereux de vouloir éviter l'application d'une disposition en faisant semblant de ne rien voir. La possibilité d'une requalification existe et il convient d'attirer l'attention des personnes concernées sur ce risque réel. En revanche, il est de bonne stratégie de défendre, demain, l'éviction de l'article 1589-2 C. civ. Les arguments sont légion. L'article 1589-2 est d'interprétation stricte car il impose une règle de forme dérogeant à la liberté contractuelle. L'article 1589-2 C. civ. doit être interprétée de manière téléologique, lutte contre la fraude fiscale, quasi-inexistante dans une substitution et justifiant son éviction. L'opération visée à l'article 1216, selon les enseignements du Professeur Laurent Aynès, est une fausse « cession de contrat » car elle n'est qu'une technique permettant la « succession d'un tiers à une partie dans le lien contractuel » et, à ce titre, il ne faut pas se laisser

⁵⁴ L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. Malaurie, Economica, 1984, n^{os} 188 s., p. 135 et s. ; C. Nourissat, « La clause de substitution insérée dans une promesse unilatérale de vente : une cession conventionnelle de contrat » : JCP N 1999, p. 874

⁵⁵ Sur le rejet de l'article 1589-2 C. civ., Cass. 3^{ème} civ., 19 mars 1997, Bull. civ. III, n^o 68.

⁵⁶ En ce sens, R. Boffa, Les opérations translatives, JCP (N), 20 Novembre 2015 - n^o 47 ; du même auteur, Gaz. Pal., 4 juin 2015, p. 8 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations...*, op. cit., n^o 602, p. 517 et 518.

⁵⁷ E. Jeuland, Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personnes, D. 1998, chr. P. 356 et s.

⁵⁸ O. Deshayes, Th. Génicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats...*, op. cit., spéc. p. 462.

⁵⁹ Ch. Gijbers, « De l'opportunité douteuse de réécrire les clauses de substitution après l'ordonnance du 10 février 2016 », Bull. Cridon de Paris, n^o 19-20, 1^{er}-15 oct. 2016.

« *abuser par les mots* »⁶⁰. La succession d'un tiers n'est pas une cession portant sur une promesse au sens de l'article 1589-2 C. civ.⁶¹ En définitive, la clause de substitution est une « cession de contrat » au sens de l'article 1216 nouv. C. civ. mais n'est pas une « cession de promesse » au sens de l'art. 1589-2 C. civ.

2. Cession de créance et cession de dette

Les deux techniques réalisant réellement un transport direct de l'obligation sont la cession de créance et la cession de dette⁶².

28. Cession de créance : des assouplissements majeurs – La cession de créance est régie par les articles 1321 et suivants nouveaux du Code civil⁶³. L'ordonnance a apporté de nombreux assouplissements qui devraient en accroître l'intérêt en pratique (opposabilité à la date de l'acte au cédé et aux tiers⁶⁴, cession de créances futures, cession de créances en bloc dans un seul et même acte, suppression des formalités de l'article 1690, détachement de la cession de créance de la vente, possibilité d'une clause d'incessibilité de la créance⁶⁵, ...). Il faudra encourager en pratique l'établissement d'une date certaine qui pourrait notamment se faire en enregistrant l'acte au service des impôts ou en ayant recours à un acte notarié.

29. Cession de créance et cession de droits sociaux – La cession de créance est une technique courante en droit des sociétés car la Cour de cassation, quoi qu'on puisse en penser, qualifie comme telle la cession de droits sociaux. Les modifications apportées par l'ordonnance ont une incidence limitée en la matière. Si les formalités de l'article 1690 pour les cessions de créance ont disparu (art. 1701-1 nouv. C. civ.), il en va autrement des autres cessions, cessions de droits incorporels, des droits successifs ou des droits litigieux (art. 1689 à 1691 et 1693 C. civ.). La cession de droits sociaux reste ainsi soumise aux formalités de l'article 1690⁶⁶, signification ou « acceptation » par acte authentique de la société cédée⁶⁷. L'article 1865 C. civ. applicable aux sociétés civiles prévoit, de son côté, le respect de formalités spécifiques et dispose que « *la cession de parts sociales doit être constatée par écrit. Elle est rendue opposable à la société dans les formes prévues à l'article 1690, ou, si les statuts le stipulent, par transfert sur les registres de la société* ». L'alinéa ajoute « *qu'elle n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de ces formalités et après publication* ». Il est cependant possible de se dispenser de ces formalités s'il est établi que le débiteur cédé a eu connaissance et a

⁶⁰ L. Aynès, La cession de contrat, op. cit., spéc. p. 73.

⁶¹ En ce sens égal., G. Chantepie et M. Latina (La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016) ajoutent que la formulation retenue (cession de contrat) « paraît inappropriée car c'est une substitution de personne, un remplacement, qui est opérée, plutôt qu'une cession » (n° 598, p. 514 et 515).

⁶² R. Boffa, Les opérations translatives dans le projet d'ordonnance, Gaz. Pal., 4 juin 2015, n° 155, p. 8 et s. ; Ph. Dupichot, Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations, Droit et patrimoine, 2015, n° 246.

⁶³ M. Julienne, Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier ?, Droit et patrimoine, Dossier spécial, 2015, n° 249.

⁶⁴ Pour des raisons de sécurité juridique, l'établissement d'une date certaine s'imposera en pratique, v. art. 1298 du Code civil actuel. Comp. art. 1377 de l'ordonnance : « L'acte sous signature privée n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que du jour où il a été enregistré, du jour de la mort d'un signataire, ou du jour où sa substance est constatée dans un acte ».

⁶⁵ Il reste à déterminer la sanction. L'inopposabilité semble la sanction idoine (rapp. Art. 11.109, PDEC).

⁶⁶ En ce sens, M. Roussille, Incidence de la réforme des opérations translatives sur les contrats de financement, in Pratiques contractuelles sous la direction de J.-B. Seube, éditions Législatives, 2016, p. 315 et s., spéc. p. 321.

⁶⁷ Les titres négociables en revanche ne sont pas soumis aux formalités de l'article 1690 C. civ. (titre au porteur cédé par transmission manuelle ou virement de compte à compte, titre à ordre cédé par voie d'endossement et titre nominatif cédé par transcription du nom du cédant sur un registre de transfert ou par virement en compte).

accepté la cession. Cette règle est également valable pour la cession de droits sociaux⁶⁸. Le débiteur cédé, le plus souvent la société, doit non seulement avoir eu connaissance de la cession mais l'avoir acceptée. La formule « lu et approuvé » de l'associé et représentant légal d'une SCI a été jugé en ce sens suffisante⁶⁹.

30. Cession de créance et clause de garantie de passif/actif – La cession de créance est également le moyen par lequel les clauses de garantie de passif et/ou d'actif sont cédées à un tiers acquéreur des droits sociaux, comme le rappelle un arrêt de la Chambre commerciale du 20 octobre 2015⁷⁰. La cession des droits sociaux n'emporte donc pas automatiquement cession de la garantie. Une question peut cependant être posée : la cession d'une garantie de passif est-elle encore une cession de créance ou ne doit-on pas y voir la cession d'un droit incorporel ou d'un droit successif ? Dans le premier cas, l'article 1690 n'est plus applicable alors qu'il continue de produire ses effets dans le second. En outre, il convient de savoir si les créances *intuitu personae*, ce que sont souvent les clauses de garantie de valeur⁷¹, peuvent encore constituer un obstacle à la cessibilité de la créance. L'article 1321 al. 4 prévoit le cas d'une incessibilité prévue par une clause. Mais ne peut-on pas analyser le caractère *intuitu personae* comme une stipulation indirecte d'incessibilité ? Cela est peu probable. Il faut donc conseiller aux parties, dans le doute, de stipuler expressément l'incessibilité de la créance, le caractère *intuitu personae* prévu dans le projet de 2015 et non repris dans la version définitive de l'ordonnance, pourrait ne plus suffire pour empêcher la cession. Enfin, cette disposition autorisant les clauses d'incessibilité est incompatible avec l'article L. 442-6 II c C. com qui dispose que « *Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan, la possibilité d'interdire au co-contractant, la cession à un tiers des créances qu'il détient sur lui* ». Par application de l'article 1105 nouv. C. civ., cette disposition spéciale devrait l'emporter sur le droit commun des contrats avec lequel elle semble incompatible.

31. Cession de créance et compte-courant d'associé – La cession de créance peut encore être utilisée pour céder un compte-courant d'associé ou plutôt le solde créditeur de ce compte. Il arrive que la cession du compte-courant d'associé soit accompagnée de la cession des droits sociaux et, dans ce cas, il a été jugé que la détermination d'un prix global suffit⁷². Cependant, le compte-courant d'associé n'est pas l'accessoire des droits sociaux⁷³. La cession est distincte, mais une clause contractuelle peut prévoir que la cession des droits sociaux entraîne automatiquement cession du compte-courant⁷⁴.

⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2007, n° 06-11814 ; Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2007, n° 06-11814 (n° 993 FSPB), Z. c/ SCP A et ass. V. déjà, Cass. civ., 4 mars 1931 : D.P., 1933, 1, p. 73, note M. Radouant.

⁶⁹ Cass. 3^e civ., 11 octobre 2000, Bull. III n° 162 : « *Attendu que, pour rejeter comme irrecevables les demandes formées par M. Ange-Marie Z... au nom de la SCI, l'arrêt relève qu'aux termes de l'article 10 des statuts de la SCI la cession de parts d'intérêt s'opère par un acte notarié ou sous seing privé et doit être signifiée à la société ou acceptée par elle dans un acte authentique, retient que M. Y..., associé et représentant légal de la SCI, a participé à l'acte du 26 août 1980 comme une partie qui s'oblige par la formule usuelle " lu et approuvé ", manifestant ainsi la volonté de la société et de la communauté des associés d'accepter la cession et en déduit qu'en dépit de l'omission des formalités prescrites, l'acte de cession est opposable à la société au regard des dispositions de l'article 10 des statuts de la SCI et de l'article 1690 du Code civil ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé* » l'article 1865 C. civ.

⁷⁰ Cass. com., 9 oct. 2012, n° 11-21528 ; Bull. civ. 2012, IV, n° 182 : « *la société Champel ne pouvait se prévaloir de la cession de la créance de la société Agecoma, signifiée à M. X..., dès lors que l'absence de stipulation, dans l'acte de cession initial, d'une faculté de transmission de la garantie contractuelle ne faisait pas par elle-même obstacle à ce que le bénéficiaire de celle-ci cède la créance en résultant au sous-acquéreur de ses droits sociaux (...)* ».

⁷¹ Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-17896 ; Bull. Joly Sociétés 2016, n° 1, p. 11, note H. Barbier.

⁷² Cass. com. 12 avr. 1976, Bull. civ. IV, n° 121.

⁷³ Pour une donation-partage, Cass. 3^{ème} civ., 18 nov. 2009, n° 08-18740.

⁷⁴ C.A. Paris, 2 juin 1992, Bull. Joly, 1992, p. 942, note A. Couret.

32. Cession de créance et procédures collectives – Enfin, en cas d'ouverture d'une procédure collective, le nouvel article 1323 alinéa 3 du Code civil pourrait poser quelques difficultés : « (...) le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers ». Dans ces conditions, la créance n'est pas née au jour de la cession de créance. Or, si la cession est conclue avant le jugement d'ouverture mais que la créance naît après cette date, il s'agit d'une créance qui sera soumise à la procédure. Cet inconvénient fait défaut en cas de cession Dailly (art. L. 313-27 al. 1 C.M.F.) qui offre sur ce point plus de sécurité pour le créancier.

33. Cession de dette – La cession de dette (art. 1327 et s. nouv. C. civ.) a été entièrement refondue par rapport au projet de 2015⁷⁵. La cession de dette, même si elle se rapproche sur certains aspects de la délégation et de la novation par changement de débiteur, conserve une certaine singularité⁷⁶. Ignorée de nos voisins anglais, encensée par nos voisins allemands, italiens ou néerlandais, le droit français semble être resté au milieu du gué et propose une cession de dette inachevée.

Les articles 1327 et s. nouv. C. civ. en précisent le régime juridique. La cession n'est envisageable qu'avec l'accord du créancier (art. 1327 ord.)⁷⁷, dont on se demande à l'instar de la cession de contrat si elle est une condition de validité de la cession de dette, opération tripartite, ou si elle conditionne uniquement son opposabilité au créancier sans priver celle-ci de ses effets internes. Le créancier, s'il a donné son accord par avance ou s'il n'y est pas intervenu, ne peut se voir opposer la cession de dette ou s'en prévaloir que si elle lui a été notifiée ou du jour où il en a pris acte (art. 1327-1 nouv. C. civ.). Si l'accord est donné par avance par précaution le créancier devrait doubler cet accord d'une clause d'agrément pour ne pas avoir de surprise sur l'identité du cessionnaire, même si le risque est minime car le cédant n'est pas pour autant libéré. A l'instar de la cession de contrat, le créancier peut consentir expressément à libérer le cédant débiteur originaire pour l'avenir. A défaut et sauf clause contraire, il est tenu solidairement avec le cessionnaire nouveau débiteur. L'article 1328 nouv. C. civ. détaille le régime des exceptions opposables. Le débiteur substitué et le débiteur originaire, qui n'a pas été expressément libéré, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette (ex. nullité, exception d'inexécution, résolution, compensation de dettes connexes). Chacun peut opposer ses exceptions personnelles. Le débiteur originaire toujours tenu à l'égard du créancier continue d'être garanti par les sûretés souscrites (art. 1328-1 ord.) et le cédant déchargé ne libère pas les codébiteurs solidaires qui restent tenus déduction faite de sa part dans la dette (art. 1328-1 al. 2 ord.). Rien n'est dit cependant des sûretés du débiteur cédant au cas où il serait libéré, le texte ne prévoyant la libération que des seuls « tiers » ! On peut enfin regretter que rien ne soit prévu sur les hypothèses de débiteurs successifs, le cessionnaire payant la dette du cédant à l'égard du cédé pour éteindre sa propre dette à l'égard du cédant. On peut également être étonné que l'exigence d'un écrit *ad validitatem* imposée dans la cession de contrat et la cession de créance ne l'ait pas été, *a fortiori*, dans la cession de dette. Enfin, les conflits de qualification entre délégation passive, novation par changement de débiteur et cession de dette sont réels et il faut inviter les parties à être très précis sur la nature des conventions qu'elles ont souhaité rédiger⁷⁸.

⁷⁵ L. Andreu, La cession de dette : quel avenir ?, D. 2009, p. 2400 et s. ; J. François, Les opérations sur la dette, RDC, 2016, n° Hors-série, p. 45 et s. Adde, V. Lasserre, La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand, D., 2016, p. 1578 et s.

⁷⁶ D. Houtcieff, Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur ?, Droit et patrimoine, 2015, Dossier spécial, n° 249.

⁷⁷ V. déjà, Cass. 1re civ., 30 avr. 2009 : Bull. civ. 2009, I, n° 82.

⁷⁸ Sur ces risques, M. Julienne, Le transport des créances et des dettes par novation et délégation, in Le nouveau régime général des obligations, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2016, p. 109 et s., spéc. n° 13, p. 115.

- 34. Cession de dette et « substitution » de caution** – Cette institution officialisée et renouvée par l'ordonnance du 10 février 2016 devrait sinon avoir un certain succès en droit des sociétés, du moins offrir un outil supplémentaire aux spécialistes de l'ingénierie sociétaire pour gérer les dettes des associés ou des dirigeants. L'un des cas récurrents en cas de cession de droits sociaux, entraînant notamment cession de contrôle, est la « substitution » dans les obligations de la caution. La reprise par le cessionnaire du contrat de cautionnement consenti par le cédant est affaire courante. Encore faut-il être prudent lors de la rédaction de la convention afin que l'outil choisi soit adéquat⁷⁹.
- 35. Cession de dette et défaillance économique** – La cession de dette peut être très utile dans les relations intra-groupe. Elle permet de réaliser ce qu'on nomme aux Etats-Unis des opérations de « défaillance économique » qui servent à « nettoyer » le bilan d'une entreprise en y soustrayant les éléments de passif, surtout les dettes à long terme, ce qui restaure sa capacité d'endettement⁸⁰. Cette opération de défaillance peut accompagner la souscription d'un emprunt obligataire dont on transfère l'obligation de remboursement à une autre entité du groupe ou à un fiduciaire⁸¹. Le plus souvent la société émettrice de cet emprunt obligataire cède à titre fiduciaire à une filiale ou à un fiduciaire un portefeuille de valeurs mobilières qui va produire des flux financiers identiques à ceux de l'emprunt qui est l'objet de la défaillance. C'est en quelque sorte une opération nulle et bénéfique pour l'entreprise sur le plan comptable.
- 36. Cession de dette et apport en nature à une société** – Lorsqu'une dette est rattachée à un bien apporté en société, plusieurs techniques sont envisageables pour la prise en charge de ce passif : la promesse de porte-fort, la stipulation pour autrui, la délégation parfaite ou imparfaite, la novation par changement de débiteur⁸². Désormais la cession de dette proprement dite pourra être utilisée avec l'avantage de ne pas créer un lien nouveau mais de transférer la même dette, accessoires, modalités et clauses identiques, entre les mains du cessionnaire. On peut penser par exemple à l'apport d'un bien pollué en société, le passif environnemental faisant l'objet lui d'une cession de dette. Le bien en question peut aussi être un fonds de commerce auquel serait attaché un certain passif. La cession d'une universalité de fait telle qu'un portefeuille de valeurs mobilières pourrait aussi être accompagnée d'une cession de dette. Dans le cadre d'un apport, la cession de dette ne peut absolument pas être un acte à titre gratuit. Non seulement un tel acte ne serait pas conforme à l'intérêt social mais surtout il pourrait être qualifié d'acte anormal de gestion. La contrepartie réside le plus souvent dans l'octroi de droits sociaux⁸³.

⁷⁹ Cass. com., 16 nov. 1993, Bull. civ. 1993, IV, n° 406 : cautionnement hypothécaire avec un cessionnaire qui s'était engagé à reprendre l'engagement hypothécaire, engagement qu'il avait lui-même voulu transmettre à un tiers acquéreur mais sans l'accord des créanciers et donc sans effet : « M. Z... était tenu, en vertu de l'acte du 7 février 1985, de rembourser aux époux Y... les sommes dues au Cepme, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si M. X... avait eu, à son tour, la volonté de s'engager dans les mêmes termes envers les époux Y..., dès lors qu'il n'était pas établi, ni même allégué, que ces derniers avaient consenti à ce que M. Z... fût libéré de son propre engagement ».

⁸⁰ C. Larroumet, Sur la réalisation d'une *defeasance* en droit français, in Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991, p. 193 s. ; A. Pézard, La *defeasance*, RD bancaire et bourse 1989. 51 ; G. Berlioz, Le point de vue du juriste sur l'opération de *defeasance*, RD bancaire et bourse 1989. 54 ; sur les contrats de *swap*, A. Gaudemet, Les dérivés, préf. H. Synvet, Economica, 2010, n°s 71 s.

⁸¹ J.-Ph. Dom, La fiducie-gestion et le contrat de société, éléments de comparaison, Rev. sociétés, 2007, p. 481 et s.

⁸² Sur les autres techniques possibles de transférer cette dette rattachée à un bien, R. Mortier, Opérations sur capital social : LexisNexis 2015, 2^{ème} éd., n° 654 et s.

⁸³ R. Mortier, Vive la cession de dette au service des sociétés !, Dr. sociétés avr. 2016, comm. 50.

B. Le transport indirect des obligations

Le transport indirect désigne à la fois la novation et la délégation.

37. La novation – La novation est régie par les articles 1329 et suivants nouveaux du Code civil. Bien que quelques différences existent entre la novation et la délégation novatoire, le maintien de cette dernière n'est pas justifiée. Certes, la novation par changement de débiteur ne suppose pas le consentement du premier débiteur (art. 1332 ord.), alors que l'article 1336 nouv. C. civ. exige l'accord des trois parties pour qu'il y ait délégation. Cependant, est-ce bien suffisant pour justifier une telle distinction ? La délégation aurait dû se limiter aux seuls cas de délégation imparfaite.

Le régime de l'opposabilité des exceptions n'est pas précisé en cas de novation. Le principe d'inopposabilité des exceptions, qui différencie la novation de la cession de créance et de dette, aurait mérité d'être formellement consacré. En revanche, il est appréciable que l'ordonnance ait corrigé l'ancien article 1346 al. 2 du projet de 2015 qui, pour le maintien des sûretés avec le consentement des titulaires des droits grevés pour la garantie de la nouvelle obligation, ne prévoyait que le cas des sûretés réelles. Le nouvel article 1334 al. 2 n'opère aucune distinction et traite des « sûretés » en général. Enfin, l'article 1333 nouv. C. civ. complète le dispositif de la novation, en s'inspirant du régime de la cession de créance (art. 1323 al. 3) : elle « *est opposable aux tiers à la date de l'acte. En cas de contestation de la date de la novation, la preuve incombe au nouveau créancier, qui peut l'apporter par tout moyen* ». De nouveau, l'intérêt de la date certaine peut justifier l'enregistrement de l'acte ou l'établissement d'un acte notarié.

38. Reprise de prêt, sort du cautionnement et novation – Il arrive en pratique qu'un contrat de prêt conclu avant l'ouverture d'une procédure collective et garanti par un contrat de cautionnement fasse l'objet d'une reprise par le cessionnaire dans le cadre d'un plan de cession. Cette opération pourrait s'analyser en une novation par changement de débiteur, mais elle suppose une volonté claire et non équivoque du créancier d'accepter la substitution. A défaut, il ne peut s'agir que d'une superposition, l'engagement du cessionnaire venant s'adjoindre à celui du cédant⁸⁴. Cette intention de nover continue de figurer au sein du Code civil et conditionne l'existence de la novation (art. 1330 nouv. C. civ.).

39. La délégation : les principes⁸⁵ – La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'il s'engage envers une troisième, le délégataire, ce dernier l'acceptant comme débiteur (art. 1336 nouv. C. civ.). Le rapport remis au président de la République précise que cette opération triangulaire peut intervenir sans rapports préexistants entre délégué et délégant ou entre délégant et délégataire. La délégation peut être parfaite (novatoire) ou imparfaite (art. 1337 et 1338 nouv. C. civ.). La dette du délégué ne s'éteint à l'égard du délégant qu'avec l'exécution de l'obligation nouvelle par le délégué. Une nouveauté, cependant, « *la cession ou la saisie de la créance du délégant ne produit effet que sous les mêmes limitations* », c'est-à-dire que pour la part qui excéderait l'engagement du délégué (art. 1339, al. 2 ord.). La créance du délégant peut donc être cédée à ou saisie par un tiers, mais les droits du délégataire sur cette créance sont prioritaires. Quant à l'opposabilité des exceptions, on peut regretter que l'ordonnance n'ait pas apporté de précision sur le sens qu'il faut accorder à l'article 1336 al. 2 lorsqu'il dispose que « *le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire*

⁸⁴ V. en ce sens, Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-23219, F-PB

⁸⁵ Ph. Chauviré, La délégation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Gaz. Pal. 2015, n° 155, p. 11 ; D. Houtcieff, Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur, Droit et

aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire ». En effet, soit cette disposition exige une stipulation visant expressément les exceptions que le délégué peut opposer au délégataire ; soit elle inclut aussi le cas des délégations incertaines (le délégué s'engage à payer ce que le délégant doit au délégataire ou ce qu'il doit au délégant), l'opposabilité des exceptions devenant implicite. C'est la première interprétation qui devrait, ne serait-ce que pour des raisons de sécurité juridique, l'emporter. Enfin, on aurait pu s'attendre à ce que l'article 1338 de l'ordonnance apporte une clarification en indiquant ce qu'il faut entendre, en cas de délégation imparfaite, par la formule selon laquelle « *la délégation donne au délégataire un second débiteur* ». S'agit-il d'un garant accessoire ou d'un codébiteur ? N'aurait-il pas fallu prévoir une hiérarchie entre délégant et délégué, ne serait-ce que pour être en cohérence avec l'idée de transport indirect de la dette⁸⁶ ?

- 40. Délégation, modalités de paiement et sûreté** – Cette délégation peut en droit des sociétés être, soit une modalité de paiement, soit une garantie. La distinction est déterminante. Dans le premier cas, elle échappe notamment aux dispositions de l'article L. 225-35 al. 4 C. com. et ne suppose pas une autorisation préalable du conseil d'administration. Dans le deuxième cas, une telle autorisation s'impose, à défaut de quoi la garantie est inopposable à la société. Si la délégation a été faite avec un délégué qui paye au délégataire ce qu'il doit au délégant, il s'agit d'une modalité de paiement et non d'une garantie. Une telle qualification de garantie serait retenue si le délégué s'engageait soit à payer plus qu'il ne doit au délégant, soit s'engageait à payer le délégataire alors que le délégant n'est pas son créancier.
- 41. Délégation imparfaite et contrat de prêt** – La délégation imparfaite est parfois utilisée lorsqu'une banque, délégataire, qui veut prêter de l'argent à une société au faible capital social, passe par le patrimoine d'un associé à qui elle verse les sommes empruntées, délégant, ce dernier mettant la somme à la disposition de la société, déléguée, sous forme d'avance en compte, société qui se charge de rembourser le prêt auprès de la banque-délégataire. Il est plus rare aujourd'hui que ce mécanisme utilise le canal de la délégation⁸⁷.
- 42. Délégation et substitution de caution** – Enfin, lorsqu'il s'opère une cession de droits sociaux avec cession de contrôle, il arrive que le cédant soit caution et souhaite transférer la garantie entre les mains du cessionnaire. Le transfert n'est pas automatique mais peut prendre plusieurs formes. Parmi ces formes, la délégation de créance est envisageable. Le cessionnaire des droits sociaux va procéder à une « substitution de garantie » au moyen d'une délégation⁸⁸. Il est alors le délégué et s'engage envers le créancier délégataire. Il doit s'agir d'une délégation novatoire pour libérer le délégant cédant. Une clause expresse s'impose dans ce cas et les juges sont particulièrement rigoureux en la matière⁸⁹. Il peut

⁸⁶ V. les critiques de M. Julienne, *Le transport...*, op. cit., n° 21, p. 120. Comp. qui défendent la qualification de codébiteur, M. Bourassin et L. Froment, *Clair-obscur sur la novation et la délégation*, in *Contrats et obligations. Incidences de la future réforme sur la pratique notariale*, sous la dir. M. Mekki et O. Herrnberger, JCP (N), n° 47, 20 nov. 2015, 1214, spéc. n° 22.

⁸⁷ Cass. 1^{re}, 12 juill. 2005, n° 03-10770 ; Bull. civ. I, n° 325 : prêt à l'actionnaire majoritaire et dirigeant destiné à financer un « apport en compte courant bloqué dans la société » « M. X... avait "comptablement" procédé au remboursement de la somme prêtée, mais encore que celle-ci, en raison de son inscription au compte courant d'associé de l'intéressé, serait revenue intégralement à ce dernier si le remboursement avait été mené à son terme et si la liquidation judiciaire de la société Infovil n'avait été prononcée, la cour d'appel a écarté les arguments invoqués par M. X... pour prétendre à l'existence d'une contre-lettre qui aurait conféré à ladite société la qualité d'emprunteur de cette somme ».

⁸⁸ La cession de contrat est également envisageable mais au regard de son nouveau régime, le cédant ne serait libérer pour l'avenir qu'avec l'accord exprès du cédé.

⁸⁹ Cass. com., 29 janv. 2002, Bull. civ. IV, n° 21, RD bancaire et financier 2002, n° 52, obs. D. Legeais ; D. 2002, p. 3335, obs. L. Aynès et p. 716, obs. A. Lienhard.

également s'agir d'une délégation simple ou imparfaite sans libération expresse du délégant par le délégataire.

III. L'extinction de l'obligation

Après l'exécution et la circulation de l'obligation, il reste à aborder son extinction.

43. Paiement en monnaie étrangère – Les articles 1342 et suivants nouveaux du Code civil se rapportent au paiement. Parmi l'ensemble de ces dispositions, l'une d'entre elles doit être mise en lumière. Il s'agit de l'article 1343-3 nouveau du Code civil qui énonce que « *le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger* ». Selon le rapport remis au président de la République, cette disposition est censée consacrer le droit positif : « *Sont également consacrées les règles jurisprudentielles en vigueur sur la monnaie de paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent (article 1343-3)* ». A dire vrai, la formule utilisée par l'article n'est pas parfaitement conforme au droit positif⁹⁰. En effet, la Cour de cassation opère une distinction entre les hypothèses de paiement interne et les hypothèses de paiement international. En interne, la monnaie qui a cours légal est l'euro. La monnaie étrangère peut seulement être une monnaie de compte. En revanche, en cas de « paiement international », la monnaie étrangère peut de nouveau être une monnaie de paiement. Prenons le cas d'une société qui émet des emprunts obligataires auprès d'une banque française. Cette dernière, qui prête en dollars souhaiterait être remboursée en dollars. Le fait que le remboursement se fasse en France interdirait une telle monnaie de paiement. En revanche, s'il s'agit d'un prêt consenti à une société française pour financer un projet immobilier en Argentine, la destination des fonds suffisait autrefois à échapper au cours légal et autorisait la banque à exiger que le prêt effectué en dollars soit remboursé en dollars⁹¹. Si désormais le critère n'est plus le paiement à destination internationale mais la conclusion d'un « contrat international », avec toutes les controverses qui entourent cette notion, est-ce que ce type d'opérations pourra encore échapper à la règle du cours légal ? Rien n'est moins sûr. Il pourrait s'agir d'une opération de commerce international⁹² qui ne suffirait pas à établir l'existence d'un véritable contrat international ! Gageons que les juges ne verront pas avec un trop grand rigorisme le terme choisi de « contrat international », comme la jurisprudence elle-même qui utilise tantôt le terme de « contrat international », « règlement international » ou « paiement international » sans grande rigueur⁹³.

44. Paiement par compensation – Le mécanisme de compensation avait surtout été enrichi par la jurisprudence qui, à la compensation légale, avait ajouté la compensation judiciaire, conventionnelle et la compensation des dettes connexes. Si les règles générales

⁹⁰ V. M. Mekki, La nature juridique de la monnaie, in *Le patrimoine au XXI^e siècle : Regards croisés franco-Japonais*, Editions société de législation comparée, vol. 12, 2012, p. 225 et s., spéc. n° 37 et s., p. 250 et s.

⁹¹ Sur le paiement international, P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2001, n° 127, p. 86 ; Fr. Grua, *Monnaie*, J.-Cl. civ. Fasc. 20, n° 60 et s.

⁹² Cass. 1^{re} civ., 11 octobre 1989, Bull. civ. I, n° 311, D. 1990, p. 167, note de La Marnière : « en se déterminant ainsi, sans rechercher si le prêt litigieux devait donner lieu à un paiement international ou, à tout le moins, s'il était destiné à financer une opération du commerce international, et alors que l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959, modifiant l'article 79 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958, n'admet les indexations que si elles sont en relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties, prohibant ainsi, dans les contrats purement internes, la fixation de la créance en monnaie étrangère, qui constitue une indexation déguisée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1985, Bull. civ. I, n° 146.

⁹³ En ce sens, O. Deshayes, Th. Génicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Commentaire article par article, Lexisnexis, 2016, V. art. 1343-3, spéc. p. 732.

applicables à la compensation sont dans la continuité du droit ancien, les innovations majeures se trouvent au sein des règles particulières traitant des trois catégories de compensation précitées (art. 1347 et s. C. civ.).

45. Règles générales – Mécanisme de paiement simplifié, « quasi-paiement » ou mécanisme autonome, la compensation est souvent sollicitée en droit des sociétés. L'une des utilisations les plus fréquentes se rapporte aux opérations de « coup d'accordéon »⁹⁴. Cette opération consiste à réduire le capital social lorsque les actions ont une valeur nominale inférieure à la valeur vénale des actions, en raison d'un actif net inférieur au capital social ; capital social parfois ramené un instant de raison à 0. Puis, dans un second temps, il est procédé à une nouvelle augmentation du capital social, le plus souvent en faisant entrer de nouveaux actionnaires. Pour réaliser cette opération, soit on sollicite de nouveaux apports en numéraire, de tiers ou d'actionnaires qui font valoir leur droit préférentiel de souscription, soit on opère par compensation de créances. Plus précisément, dans ce dernier cas, une compensation est faite entre les dettes de la société, les comptes-courants d'associés⁹⁵ qui sont des prêts accordés à la société, et le montant de la souscription⁹⁶. Au lieu de libérer la souscription par un versement en espèces ou assimilé, on opère par compensation. L'article L. 225-128 al. 2 C. com. exige une créance liquide et exigible, créance qui doit faire l'objet d'un arrêté de compte et être certifié exact par le commissaire aux comptes (art. R. 225-134 C. com.). La libération par compensation est enfin constatée par le commissaire aux comptes ou par un notaire (art. L. 225-146 al. 2 C. com.). L'ordonnance consolide pour l'essentiel la jurisprudence antérieure⁹⁷. La compensation légale (art. 1347 et s. C. civ.) reste quasiment intacte au sein du nouveau Code civil. Ainsi quatre conditions sont exigées (fongibilité, liquidité, certitude et exigibilité). L'alinéa 2 de l'article 1347 de l'ordonnance conforte le principe selon lequel la compensation ne s'opère pas de plein droit et qu'elle doit être invoquée⁹⁸ : la compensation « s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies ». L'article 1347 al. 2 condamne définitivement l'ancien article 1290 du Code civil. Cette précision est opportune car s'il est possible de renoncer à la compensation dont les conditions sont réunies, comme l'admet la jurisprudence, on ne peut plus soutenir qu'elle opère de plein droit. Cette absence d'automatisme ne devrait pas avoir de conséquences majeures lorsqu'il s'agit de compenser la libération d'un apport en numéraire et un compte-courant d'associé, notamment en présence d'une société soumise à une procédure collective. Si la compensation est invoquée pendant la procédure mais que les conditions étaient remplies avant l'ouverture de celle-ci (liquidité et exigibilité⁹⁹), la compensation opère à la date où les conditions sont réunies sans avoir besoin d'établir une quelconque connexité¹⁰⁰. Notons enfin, en lien avec l'absence d'automatisme de la compensation, que l'article 1347-6 al. 1, qui prévoit que « la caution peut opposer au créancier la compensation intervenue entre ce dernier et le débiteur principal », semble affirmer *a contrario* que si le débiteur ne l'a pas invoquée, la compensation n'est pas à proprement parler « intervenue » et la caution ne pourrait s'en prévaloir, à contre-courant de l'actuel article

⁹⁴ Pour une illustration, CA Aix-en-Provence, 8^e ch. A, 13 févr. 2014, n° 12/23561, Bulletin Joly Sociétés mai 2014, n° 05, p. 325, obs. B. Brignon,

⁹⁵ I. Urbain-Parléani, Les comptes courants d'associés, LGDJ, 1986.

⁹⁶ Cass. com., 28 février 2006, n° 04-17566.

⁹⁷ D. Robine, Consolidation des « règles générales » et consécration des « règles particulières » de la compensation : un projet de réforme à parfaire, Droit et patrimoine, 2015, n° 249.

⁹⁸ Sur cette question, L. Andreu, De l'effet automatique de la compensation, Mélanges D. R. Martin, LGDJ, 2015, p. 1 et s.

⁹⁹ Exigibilité qui fait parfois défaut lorsqu'il s'agit d'un compte-courant d'associé bloqué.

¹⁰⁰ Sur cette confusion, v. Cass. com., 8 janv. 2002, n° 61 FS-P, Bulletin Joly Sociétés, avril 2002, n° 4, p. 477, obs. Fr.-X. Lucas.

1294 al. 1 du Code civil et de la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁰¹ ! Espérons qu'il s'agit d'une mauvaise rédaction et que la règle jurisprudentielle conservera toute sa portée¹⁰².

46. Les règles particulières – Quant aux règles particulières, les nouvelles dispositions (art. 1348 et s. C. civ.) consolident surtout les acquis jurisprudentiels. La compensation judiciaire permet de se dispenser du caractère liquide et/ou exigible de la créance. En revanche, la réciprocité, la certitude et la fongibilité demeurent des conditions exigées. Parmi les règles particulières, une place déterminante doit être accordée à la compensation judiciaire des dettes connexes (art. 1348-1 C. civ.). Son intérêt pratique en droit des procédures collectives justifie une attention toute particulière (L. 622-7 C. com.). La compensation des dettes joue le rôle d'une garantie pour le créancier et justifie la compensation entre des créances nées avant et après l'ouverture de la procédure. Si le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation en cas de compensation judiciaire de dettes non connexes, ce pouvoir est limité au seul contrôle de la certitude et de la fongibilité lorsque les dettes sont connexes¹⁰³. L'absence de déclaration de la créance dans le cadre d'une procédure collective fait obstacle à la compensation¹⁰⁴. La connexité est établie lorsqu'il existe « *un lien unissant deux créances nées d'un même rapport de droit* »¹⁰⁵. Il suffit d'avoir des créances issues d'un même contrat, d'un même rapport contractuel (contrats en exécution d'une convention-cadre) ou d'un même ensemble contractuel unique¹⁰⁶. Cette connexité est très utile en cas de procédure collective. Comme le rappelle régulièrement la Cour de cassation à propos de la compensation entre le montant d'une souscription et un compte-courant d'associé, l'ouverture d'une procédure collective fait obstacle à la compensation légale, à moins qu'il y ait des dettes connexes, ce qui n'est pas le cas en présence d'une souscription d'actions et d'une compensation avec un compte-courant d'associé¹⁰⁷. Pourtant, techniquement, une connexité pourrait être établie entre la libération d'un apport en numéraire et une avance en compte-courant d'associé. Dans les deux cas, en effet, le but est de financer la société¹⁰⁸. Politiquement, en revanche, cette solution avantagerait peut-être à l'excès les droits des associés débiteurs¹⁰⁹. Enfin, le nouvel article 1348-1 al. 2 prévoit que la compensation des dettes connexes opère « *au jour de l'exigibilité de la première d'entre elles* ». Cet article est conforme à la position de la Cour de cassation¹¹⁰. Quant à la compensation conventionnelle, enfin, elle est possible dès lors, au moins, que les créances sont réciproques et qu'elle respecte les conditions de validité applicables à tout contrat.

47. Paiement par subrogation – Même si la subrogation aurait mérité de figurer dans la partie relative aux opérations sur obligations¹¹¹, le législateur a fait le choix de rattacher la

¹⁰¹ Cass. com., 26 oct. 1999, n° 96-12.571, Bull. civ. IV, n° 181.

¹⁰² En ce sens, D. Houtcieff, Le cautionnement à l'épreuve de la réforme du droit des contrats, D., 2016, p. 2183 et s.

¹⁰³ Déjà en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1967, Bull. civ. I, n° 27.

¹⁰⁴ Cass. com., 19 juin 2002, Bull. civ. IV, n° 129.

¹⁰⁵ Vocabulaire juridique Cornu, V° Connexité.

¹⁰⁶ Cass. com., 15 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 62.

¹⁰⁷ Cass. com., 8 janvier 2002, n° 99-11079.

¹⁰⁸ Cette analyse correspondrait à la formule parfois utilisée par les juges pour définir la connexité entre les créances : « *créances réciproques nées de contrats distincts correspondant à une volonté commune de réaliser une même opération économique dans le cadre d'un accord global* », C.A. Paris, 29 avril 1994 : Dr. sociétés, octobre 1994, n° 173, obs. Y. Chaput.

¹⁰⁹ En ce sens, Fr.-X. Lucas, obs. préc.

¹¹⁰ Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-19.858, Bull. civ. IV, n° 50 : « *l'effet extinctif de la compensation ordonnée est réputé s'être produit au jour de l'exigibilité de la première* ».

¹¹¹ Conception qui était celle de l'avant-projet P. Catala.

subrogation à un mode de paiement particulier¹¹². La subrogation est un mode d'extinction de l'obligation (art. 1346 et s. C. civ.)¹¹³. La subrogation légale a été libéralisée, en ne la limitant plus à une liste de cas spécifiques. Selon l'article 1346 de l'ordonnance, « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ». En revanche, l'ordonnance, pour éviter qu'un tiers, *penitus extranei* totalement étranger à la dette et qui pourrait être mal intentionné, ne puisse bénéficier de cette subrogation, exige un « *intérêt légitime* » au paiement (*contra*, anc. art. 1324 du projet). Quant à la subrogation conventionnelle, qui doit être expresse (art. 1346-1 al. 2 C. civ.)¹¹⁴, elle peut être consentie par le créancier ou par le débiteur. L'ordonnance, sensible à l'appel de la doctrine et des praticiens, restaure la subrogation consentie par le créancier qui avait été supprimée dans le projet d'ordonnance. L'article 1346-1 de l'ordonnance dispose que « *La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur* ». La suppression de la subrogation consentie par le créancier était une menace pour de nombreuses techniques de financement, en particulier celle de l'affacturage. En outre, on peut regretter la différence de régime entre la cession de créance et la subrogation. L'article 1346-5 al. 1 C. civ. prévoit que « *Le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance mais elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en pris acte* ». Cette option laissée au débiteur risque de menacer certaines pratiques des affaires¹¹⁵ et ne paraissait pas en pratique indispensable¹¹⁶. Enfin, la subrogation consentie par le débiteur (art. 1346-2 C. civ.), en cas de reprise de dette, opère une distinction entre la subrogation opérée avec le concours du créancier, permettant de se dispenser de l'intervention du notaire, et la subrogation opérée sans le concours du créancier qui impose encore l'intervention du notaire. Rapportée au droit des sociétés, la subrogation consentie par le créancier risque d'être concurrencée par une cession de créance aux conditions assouplies. La subrogation par reprise de dette pourrait en revanche conserver son intérêt.

48. Si la réforme du droit des obligations a des incidences aussi importantes sur l'ensemble des disciplines et en particulier sur le droit des sociétés, c'est bien parce qu'elle se présente comme la matrice de tous les autres droits. Les incidences directes et indirectes de cette réforme sur les contrats, les clauses contractuelles et les obligations qui constituent la toile de fond du droit des sociétés l'ont confirmé. Espérons que ce nouveau droit soit une nouvelle source d'imagination pour les praticiens, tout en faisant l'objet d'une interprétation raisonnable par les juges. La conciliation de l'imagination et de la raison devraient garantir la pérennité et l'efficacité de cette grande réforme.

¹¹² A l'instar de l'avant-projet Fr. Terré.

¹¹³ Ph. Stoffel-Munck, La subrogation : tenons compte de la volonté du créancier, Droit et patrimoine, juillet-août 2015, p. 55.

¹¹⁴ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 2005, n° 04-12513, Defrénois, avril 2006, n° 7, p. 614, obs. R. Libchaber.

¹¹⁵ Ph. Stoffel-Munck, La subrogation : tenons compte de la volonté du créancier, Droit et patrimoine, Dossier spécial, 2015, n° 249 : « Cela risque de perturber la pratique rappelée plus haut, consistant à laisser le subrogeant recouvrer les créances et à ne notifier la subrogation que si le subrogeant cesse de remonter vers le subrogé les fonds qu'il collecte ».

¹¹⁶ N. Litaize, Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris, Revue de Droit bancaire et financier n° 6, Novembre 2015, étude 26.